

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

**El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al
derecho de libertad de empresa del agente bancario:
análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero**

Andrea Fernández de Córdova

Oswaldo Santos Dávalos, M.Sc., Director

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención de título
de abogado

Quito, diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero"

Andrea Fernández de Córdova

Dr. Juan Isaac Lovato
Presidente del tribunal

Dr. Pablo Cevallos
Informante del ensayo jurídico

M.Sc. Oswaldo Santos
Director del ensayo jurídico

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, diciembre del 2015

Informe del director

Alumno:	Andrea Fernández de Córdova
Tema:	“El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero.”
Evaluador:	Oswaldo Santos Dávalos
Fecha:	4 de noviembre

1. *Importancia del tema planteado*

El tema planteado por la estudiante es sumamente trascendente. Analiza la validez de una de las disposiciones más controversiales del Código Orgánico Monetario y Financiero (“Código”), que otorga a la Junta creada por esa misma ley la facultad de direccionar el crédito de las instituciones financieras.

2. *Trascendencia de la hipótesis*

La hipótesis que plantea la estudiante es trascendente. Concluye que la disposición analizada, el artículo 209 del Código (“Artículo”), sí supone una restricción injustificada al derecho a la libertad de empresa. La consecuencia es que esa norma no debería ser aplicada y, por tanto, que la Junta no tiene la atribución de direccionar el crédito otorgado por las instituciones financieras a las que se refiere el Artículo.

3. *Suficiencia de los materiales empleados*

Los materiales empleados son suficientes. A pesar de que la elaboración de la tesina implicó un análisis multidisciplinario, la estudiante hizo una investigación comprensiva. Sus afirmaciones están debidamente sustentadas y la calidad de los materiales empleados es satisfactoria. Es evidente que la tesina es fruto de un gran esfuerzo y de una gran dedicación por parte de la estudiante.

4. *Contenido argumentativo*

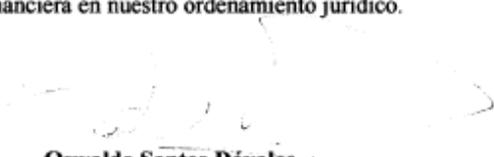
El contenido argumentativo es muy bueno. La estudiante explica con gran claridad las razones por las que estima que varios factores, tanto jurídicos como económicos, traen como consecuencia que las políticas de direccionamiento del crédito constituyan restricciones injustificadas al derecho a la libertad de empresa. Su análisis de los aspectos constitucionales, económicos y políticos de la temática relacionada con el

problema de su tesina es muy satisfactorio. También se debe destacar la claridad conceptual de la estudiante en materias ajenas a la jurídica.

Al momento de realizar la última revisión de su trabajo, sugerí a la estudiante que realice una explicación más detallada de la consecuencia de que el Artículo contrarie el derecho a la libertad de empresa. La estudiante debería explicar por qué esa contradicción afecta la validez del Artículo y acarrea su ineficacia jurídica. Con esa salvedad, la estudiante acogió todas las indicaciones que le fueron dadas.

En resumen, estimo que ésta es una tesina muy bien lograda. Sin duda realiza una aportación muy importante al análisis del direccionamiento del crédito, un aspecto crucial de la regulación financiera en nuestro ordenamiento jurídico.

Atentamente,



Oswaldo Santos Dávalos

Director

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Andrea Fernández de Córdova

Código: 00106659

C. C. 1711754422

Fecha: Quito, diciembre de 2015

Agradezco a Oswaldo Santos quien me ha asesorado en la elaboración de este trabajo con mucho apoyo y dedicación.

Agradezco a mis amigos María Cristina, Andrea, Carolina, Martina, María Clara y Vicente por brindarme su amistad y ser un apoyo incondicional durante mi carrera.

*A mis padres y hermana por siempre impulsarme a
cumplir mis sueños*

Resumen

El derecho de libertad de empresa consagrado en la Constitución ecuatoriana permite al particular desenvolverse en el ámbito económico y decidir cuándo, cómo y por qué ejecutar determinada actividad. Concretamente, en cuanto a la dirección de la empresa, el derecho a desarrollar actividades económicas otorga al ciudadano un alto grado de autonomía para gestionar su compañía pues es éste quien asume los riesgos de incursionar en el mercado. En el ámbito bancario, esta autonomía es crucial dado que al conceder un préstamo el banquero se enfrenta a un alto riesgo. Por consiguiente, éste debe tener la libertad para analizar cuidadosamente a sus deudores conforme a un manejo técnico del riesgo. Sin embargo, en el caso ecuatoriano, el Código Orgánico Monetario y Financiero merma significativamente este derecho al facultar al ente regulador para direccionar el crédito hacia los segmentos crediticios y sectores que estime convenientes. Así, la autoridad competente toma a nombre de los particulares decisiones de riesgo que corresponden a ellos. En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es demostrar cómo el artículo 209 del Código impone una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del operador bancario.

Abstract

The Ecuadorean Constitution explicitly recognizes its citizens' right to undertake economic activities. Such right allows an individual to engage in the economic realm and, above all, it gives him the possibility to decide when, how and why to embark on a given economic activity. When engaging in an activity, an individual assumes its risk of loss, thus, the aforementioned right, gives him an ample liberty to manage his company as he sees fit. In the banking sector, such liberty is crucial as the bank faces a high-risk transaction when granting a loan. Consequently, the banking entrepreneur must screen his applicants carefully, adopting a series of technical decisions. In spite of this situation, in Ecuador, the law adversely affects the banker's right to undertake economic activities as it allows the competent authority to direct credit and channel it to the market and credit segments it deems convenient. Hence, the competent authority has the liberty to adopt risky decisions on behalf of banking administrators. In light of this situation, the purpose of this dissertation is to demonstrate how article 209 of the Ecuadorean Monetary Code imposes an unjustified restriction on the bankers' right to undertake economic activities.

Tabla de contenido

<u>INTRODUCCIÓN</u>	12
<hr/>	
<u>1 EL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA</u>	14
1.1 EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN	14
1.2 CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ECUATORIANA	19
1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO	23
1.3.1 DIMENSIÓN SUBJETIVA	23
1.3.2 DIMENSIÓN OBJETIVA	24
1.4 CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO	26
1.4.1 TEORÍA ABSOLUTA	31
1.4.2 TEORÍA RELATIVA	34
1.5 LIMITACIONES	37
1.5.1 FINALIDADES DE LA LIMITACIÓN	38
1.5.2 EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN	40
1.5.3 PRINCIPIO <i>FAVOR LIBERTATIS</i>	43
1.5.4 PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY	43
1.6 CONCLUSIÓN	47
<hr/>	
<u>2 LOS SERVICIOS FINANCIEROS Y EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO</u>	49
2.1 NATURALEZA DE LAS ACTIVIDADES FINANCIERAS	49
2.1.1 ORDEN PÚBLICO	56
2.2 OPERACIONES BANCARIAS	58
2.2.1 EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO	60
2.2.2 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO	61
2.3 EL RIESGO CREDITICIO	64
2.3.1 RIESGO MORAL Y SELECCIÓN ADVERSA	67
2.4 REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD BANCARIA	69
2.5 DIRECCIONAMIENTO DE CRÉDITO	74
2.5.1 JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA	76
2.5.2 RIESGO MORAL EN EL DIRECCIONAMIENTO DE CRÉDITO	80
2.5.3 EL DIRECCIONAMIENTO DE CRÉDITO EN LATINOAMÉRICA	82
2.6 CONCLUSIÓN	84
<hr/>	
<u>3 EL DIRECCIONAMIENTO DE CRÉDITO COMO UNA RESTRICCIÓN INJUSTIFICADA AL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS</u>	85
3.1 ANÁLISIS DE LA NORMA EN ABSTRACTO	85
3.1.1 DECISIONES INTERNAS DE LA BANCA AL CONCEDER UN CRÉDITO	87
3.1.2 RIESGO MORAL Y DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA	92
3.2 DIRECCIONAMIENTO DE CRÉDITO HACIA EL SEGMENTO DE VIVIENDA	100
3.3 EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA	103
3.4 EL CRITERIO DE IDONEIDAD	105
3.5 CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE NECESIDAD	107
3.6 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	111
3.6.1 BENEFICIOS DE LA MEDIDA	111
3.6.2 COSTOS DE LA MEDIDA	112
<hr/>	
<u>CONCLUSIONES</u>	116

BIBLIOGRAFÍA	121
DOCTRINA	121
LEGISLACIÓN	129
JURISPRUDENCIA	129

Introducción

A partir de la promulgación del Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante, el “Código”) el marco jurídico que rige a la banca privada ecuatoriana cambió drásticamente. Entre los cambios más relevantes que introdujo este nuevo cuerpo legal se encuentra la facultad que tiene la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (en adelante la “Junta”) para orientar el crédito de la banca privada hacia los sectores productivos y segmentos crediticios que la autoridad estime conveniente.

El artículo 209 del Código otorga amplias facultades a la Junta para que ésta decida cómo distribuir el dinero de los depositantes en la economía. Además, el Código puntualiza dos cuestiones relevantes: en primer lugar, exime de responsabilidad a la Junta por sus decisiones; y, en segundo lugar, establece una sanción pecuniaria que recae sobre aquellas entidades financieras que no cumplan las políticas de direccionamiento fijadas por la autoridad. Ante estas circunstancias, el objetivo de la presente investigación es demostrar que las normas relativas al direccionamiento constituyen una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del operador bancario, derecho que está reconocido constitucionalmente.

Una discusión de esta naturaleza es relevante ya que el direccionamiento de crédito acarrea consecuencias jurídicas importantes para el profesional bancario quien tiene la obligación de custodiar el dinero de sus depositantes con suma cautela. Por ello, en el primer capítulo de esta tesina se analizará el derecho a desarrollar actividades económicas a la luz de la Constitución ecuatoriana. Así, se explicará el contenido esencial del derecho de libertad de empresa y su rol tanto dentro de un Estado social así como en una economía popular y solidaria. Además, se evaluarán las posibilidades que tiene el ente regulador para limitar el derecho de libertad de empresa. Se discutirán también dos teorías principales —la teoría relativa y la teoría absoluta—; teorías que han surgido para evaluar la constitucionalidad de una limitación a un derecho. A través de un estudio minucioso del derecho se logrará determinar su importancia para todos aquellos agentes económicos privados que desempeñan sus actividades en el Ecuador, con particular énfasis en el agente bancario.

En el segundo capítulo se examinará la naturaleza de la actividad financiera conforme a su denominación constitucional como un “servicio de orden público”. De esta manera se logrará determinar el grado de intervención estatal admisible en esta actividad. De igual manera, se discutirán brevemente las principales características del contrato de mutuo ya que el otorgamiento de préstamos constituye la principal operación activa que realiza la banca. Adicionalmente, se hará referencia a la selección adversa y riesgo moral dado que éstos constituyen problemas de información asimétrica que afectan a la banca al conceder un crédito. Finalmente, se estudiará el contenido del artículo 209 del Código Monetario a partir de una perspectiva jurídica, económica e histórica para así evidenciar los riesgos que introduce la norma para el profesional bancario.

Finalmente, en el tercer capítulo, se demostrará por qué el direccionamiento de crédito de la banca privada involucra una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del operador bancario. Para tal efecto, se constatará cómo la norma presenta una incompatibilidad con el derecho a la libertad de empresa a partir de un análisis abstracto de su contenido. Así, se verificará que ello sucede debido a que la Junta afecta el manejo técnico del riesgo en la colocación de préstamos pero no asume el riesgo que una distribución defectuosa de créditos acarrea. En consecuencia, se comprobará cómo al no existir un incentivo para que la Junta absorba el riesgo de sus decisiones, la norma impone una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del profesional bancario. Además, se discutirá el contenido de resoluciones de la Junta que orientan el crédito hacia el segmento de vivienda y así se logrará confirmar la vulneración al derecho de libertad de empresa en un caso concreto.

1 El derecho de libertad de empresa

Con el fin de determinar si el direccionamiento de crédito de las entidades del sistema financiero privado por parte del Estado constituye una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa, es menester primero analizar este derecho a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por consiguiente, este capítulo se centrará en describir las principales características del derecho a desarrollar actividades económicas, su rol dentro del sistema económico ecuatoriano, su contenido esencial, así como sus potenciales limitaciones. Todo ello permitirá establecer tanto la importancia del derecho para los agentes económicos privados que operan en la economía nacional como las posibilidades que tiene la administración para interferir en su libre ejercicio.

1.1 El reconocimiento del derecho a la libertad de empresa en la Constitución

Se entiende al derecho de libertad de empresa como un derecho de autodeterminación personal que permite al individuo “acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte”¹. Así, el derecho en cuestión constituye “una manifestación concreta del libre desarrollo de la personalidad”² y, como tal, busca que el ciudadano “[despliegue] su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado [haciéndolo] de la forma menos regulada posible”³. En el caso ecuatoriano, este derecho se encuentra consagrado en el numeral 15 del artículo 66 de la Constitución, según el cual:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental⁴.

El artículo citado se ubica en el Capítulo VI, Título II de la Constitución, que se refiere a los derechos de libertad. Un derecho de libertad se distingue como aquél que

¹ Manuel Aragón Reyes. “Constitución económica y libertad de empresa”. *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I: introducción y títulos valor*. Iglesias Prada Juan (coord.). Madrid: Civitas, 1996, p. 171.

² Antonio Cidoncha. *La libertad de empresa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 205.

³ Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro. “Artículo 38”. *Comentarios a la constitución española*. María Emilia Casas (coord.). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 981.

⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

“[trata] de garantizar el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos”⁵. En otras palabras, un derecho de esta naturaleza atribuye a su titular la facultad de tomar decisiones en un campo concreto. De ello, se desprende que el poder público tiene una obligación de no hacer; abstenerse de interferir en el ejercicio del derecho, pues la configuración de éste –como derecho de libertad– corresponde a sus titulares⁶.

Adicionalmente, de la fórmula consagrada en la Constitución, se colige que el legislador concibió al derecho de manera amplia al permitir al particular “desarrollar actividades económicas”. De la amplitud del precepto se deriva que “dentro del objeto del derecho [se incluye] cualquier tipo de actividad de la que pueda derivarse una ventaja económica”⁷. Es decir, el artículo en cuestión protege a toda clase de operaciones siempre y cuando éstas tengan un carácter económico. Ahora bien, cabe comprender qué características derivan en que una actividad se catalogue como económica. De acuerdo a la Real Academia Española, la palabra “económica” se relaciona con la economía, concretamente con nociones como la riqueza, la administración eficaz de los bienes, y la distribución adecuada de recursos⁸. Por ende, se puede entender que una actividad se incluye en el espectro de la economía mientras ésta emplee los recursos de manera productiva con la finalidad de generar una riqueza, ya sea de manera colectiva o individual.

La concepción del derecho en la Constitución genera dudas acerca de si éste abarca tanto a las iniciativas independientes, como al trabajo en relación de dependencia⁹. Esta discusión se aclara si se infiere que el desarrollo de actividades económicas

⁵ Antonio Cidoncha. *La libertad de (...)* Óp. cit., p. 204.

⁶ *Id.*, p. 206.

⁷ Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 140.

⁸ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, definición de economía. <http://lema.rae.es/drae/?val=economia> (acceso: 27/05/2015).

⁹ Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa (...)* Óp. cit., p 140. Una discusión de esta naturaleza se ha generado en Italia en donde el Artículo 41 de la Constitución contiene la expresión “libre iniciativa económica privada.” Respecto al objeto del derecho, se ha entendido que la iniciativa económica se ejerce en forma de empresa y, que por tanto, el derecho no abarca al trabajo en relación de dependencia al subsumirse éste a las decisiones de otro.

necesariamente se vincula con la empresa¹⁰; más aún si la Corte Constitucional ecuatoriana emplea el término libertad de empresa para referirse a éste derecho¹¹. Además, la voluntad del legislador –plasmada en las actas de la Asamblea Constituyente– refleja su intención de “respetar el texto de la Constitución de 1998” en lo concerniente a los derechos civiles¹². Dado que el numeral 16 del artículo 23 de la norma suprema de 1998 reconocía el derecho a la libertad de empresa, estimamos que éste y el derecho a desarrollar actividades económicas se pueden tratar como sinónimos.

En esta línea, solamente quien emprenda un proyecto con miras a participar en el mercado se entiende como alguien que desarrolla una actividad económica. Para demostrarlo, es pertinente referirse a la definición del derecho a la libertad de empresa expresada por el Tribunal Constitucional colombiano, en estas palabras:

Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial –la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer– y el instrumental –a través de una organización económica típica–, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral¹³.

Refiriéndonos a la interpretación de la Corte, es claro que el desarrollo de una actividad económica implica un grado de emprendimiento. Por tanto, concluimos que el particular que labora en relación de dependencia no se encuentra protegido por este derecho, pues a través de su trabajo, éste pretende generar una renta pero no es quien tiene la iniciativa para ejecutar la actividad. Tal distinción resulta relevante ya que

¹⁰ *Id.*, p. 144. Se entiende a la empresa como la reunión simbiótica del capital y del trabajo o como “toda organización estable de capital y trabajo que ejercita habitual y profesionalmente actividades de carácter económico”.

Desde una perspectiva estrictamente económica, se define a la empresa como una manifestación de la actividad económica mediante la cual se asignan recursos escasos para fines opcionales. Enrique Navarro. “Protección y amparo de la libertad económica en Chile e Hispanoamérica” *Revista Chilena de Derecho* (1998), p. 187.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Caso Empresas de Seguridad e Investigación Privada (ANESI) c. Acuerdo Ministerial No. 654*. Causa No. 005-12-SIN-CC. Sentencia de 29 de marzo de 2012. Registro Oficial Suplemento 714 de 31 de mayo de 2012.

¹² Asamblea Constituyente. *Acta 064 de 18 de junio de 2008*, p. 20. <http://montecristivive.com/acta-064-18-06-2008/> (acceso 26/05/2015).

¹³ Corte Constitucional de Colombia. *Caso Francisco Cuello Duarte c. Art. 19 de la Ley 30 de 1986*. Causa No. C-524/95. Sentencia de 16 de noviembre de 1995.

permite determinar con claridad quien es el titular del derecho mencionado y, por ende, quien puede exigir su cumplimiento en el supuesto de que éste se vea truncado.

Otro aspecto que se destaca de la norma constitucional es el hecho de que el derecho a la libertad de empresa debe ejercerse en estricto ceñimiento a los principios de solidaridad, y responsabilidad social y ambiental. Por ende, los principios mencionados constituyen parámetros dentro de los cuales se enmarca esta libertad. Al circunscribir el ejercicio del derecho a la noción de solidaridad, la Constitución de Montecristi recalca que éste debe propender hacia la cooperación y la reciprocidad, buscando el beneficio de la comunidad¹⁴. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional español (en adelante, “TCE”) determinó que en un Estado social la empresa debe cumplir el siguiente rol:

El Estado Social de Derecho marca un derrotero fundamental para la instauración de la función social de la empresa, pues se propone un Estado en donde tanto individuos como organizaciones tengan su carácter social. Por tanto, la Empresa no puede ser ajena a dicho propósito y menos aún al ser un motor socioeconómico tan importante, tanto que la misma Constitución le ha reconocido el lugar de ser la base del desarrollo¹⁵.

A mayor abundamiento, hay quienes consideran que a pesar de que la libertad de empresa es “la piedra angular de la economía” ésta sólo se justifica mientras cumpla una función social¹⁶. En este sentido, se impone al titular del derecho la responsabilidad de desarrollar su actividad con un sentido social, al ser la empresa una institución clave para el desarrollo de toda la sociedad; así, a través del ejercicio del derecho deben satisfacerse simultáneamente necesidades particulares y comunes¹⁷.

A pesar de que tal limitación fue objeto de críticas durante la elaboración de la Constitución, ésta permaneció en su texto¹⁸. Finalmente, cabe señalar que la norma

¹⁴ Julio César Trujillo y Agustín Grijalva. “El fundamento constitucional de la nueva economía”. *Tendencia* (2010), p. 89.

¹⁵ Luis Fernando Sabogal. “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”. *Revista Mercatoria* (2005), p 15.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Estimamos que la noción de solidaridad se equipara al criterio de la función social de la propiedad. En esa medida, pretende que el particular no ejerza su derecho con el objeto exclusivo de alcanzar sus objetivos personales sino con un sentido colectivo que atienda a los intereses de la sociedad en general.

¹⁸ Asamblea Constituyente. *Acta 064 (...) Óp. cit.*, p. 55. Para el Asambleísta Pablo Lucio Paredes, las libertades económicas y sociales se restringieron en la Constitución de Montecristi. Así, expresa que: “la libertad de iniciativa económica privada no tiene nada que ver con la solidaridad u otras cosas; es una libertad básica.” Por ende, le resulta absurdo el que se deba justificar el ser solidario al ejercer una

suprema concibió a la solidaridad como un principio que redimensiona varios aspectos de la economía; entre éstos: el propio modelo económico, la productividad, el ejercicio de todos los derechos¹⁹ –en particular, el derecho a la seguridad social, la salud y la libertad de empresa–, la gestión de los gobiernos autónomos descentralizados²⁰, etc. A nuestro parecer, el criterio de solidaridad redimensiona los conceptos mencionados ya que les otorga un nuevo enfoque, exigiendo que éstos respondan a las necesidades de la colectividad. En definitiva, el legislador plasmó a la solidaridad como un elemento esencial que debe primar tanto en las actuaciones del Estado como en las de los particulares.

Mientras tanto, la responsabilidad social empresarial propone un manejo ético de la empresa, que además de buscar un lucro, debe desenvolverse en base a ciertos parámetros sociales, económicos y ambientales²¹. Esta visión recalca que la empresa debe comprometerse a contribuir al desarrollo sostenible por lo que debe enfocarse no sólo en generar lucro, sino en cómo hacerlo, armonizando los intereses de varios grupos como sus accionistas, clientes, proveedores, trabajadores y la comunidad en general²². Por último, la referencia a la responsabilidad ambiental abarca la idea de buscar un equilibrio entre el ecosistema, las actividades productivas y el uso eficiente de los recursos con miras a progresar de manera sustentable²³. Esta exigencia también se incorporó respecto del derecho a la propiedad. Lo anterior revela la intención del legislador por buscar que los derechos de índole patrimonial se ejerzan en armonía con la naturaleza, más aún cuando ésta constituye un sujeto de derechos²⁴.

actividad, cuestión que no debería impedir su ejercicio. En este orden de ideas, para Paredes, aún si un particular actúa de manera egoísta en el mercado no puede ser privado de su derecho a la libertad de empresa siempre y cuando se límite a respetar los derechos de terceros.

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. **Art. 83.-** Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 9. Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.

²⁰ Julio César Trujillo y Agustín Grijalva. “El fundamento (...) *Óp. cit.*, p. 89.

²¹ Roque Morán. “La normalización de la Responsabilidad Social Empresarial” *Revista Polemika* (2012), p. 41. Javier Sabogal. “Aproximación y cuestionamientos al concepto responsabilidad social empresarial” *Revista Facultad de Ciencias Económicas* (2008), p 186.

²² *Id.*, p. 189.

²³ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 242.

²⁴ Asamblea Constituyente. *Acta 064 (...) Óp. cit.*, p. 43.

A pesar de que la norma referente al derecho circunscribe su ejercicio a ciertos condicionamientos, para entender a cabalidad su contenido y configuración es necesario recurrir a otros preceptos constitucionales. Solamente a través de una interpretación sistemática y armónica de la Constitución se podrá comprender el verdadero alcance del derecho. Por ello, a continuación, analizaremos las normas que inspiran a la constitución económica ecuatoriana.

1.2 Constitución económica ecuatoriana

En general, el orden económico constitucional de un país esboza ciertos fundamentos esenciales que se deben preservar en la economía, independientemente del partido político que se encuentre en poder²⁵. Así, a juicio del Tribunal Constitucional peruano, la constitución económica de un país supone

El establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica (...) y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho²⁶.

A partir de esta concepción, la Constitución ecuatoriana establece una serie de principios y reglas que fijan el modelo económico que rige en el país así como los lineamientos dentro de los cuales debe enmarcarse la intervención del Estado en la economía y la actuación económica de los particulares²⁷. Por este motivo, el derecho de libertad de empresa debe entenderse en el contexto del sistema económico que corresponde a la economía ecuatoriana.

Dado que la Constitución abarca una serie de normas de carácter económico, es menester partir de la definición del Estado que emana de la Constitución. Al respecto, el Art. 1 del texto constitucional define al Estado ecuatoriano como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático (...)”²⁸. Siguiendo esta línea,

²⁵ Santiago Andrade Ubidia. “El principio de la libertad de empresa y su reconocimiento en la Constitución del Estado” *Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso*. Ximena Moreno (coord.). Quito: Pontificia Universidad Católica, 1995, p. 156.

²⁶ Tribunal Constitucional de Perú. *Caso Roberto Nesta Brero y otros c. el Artículo 4 del Decreto de Urgencia No. 140-2001*. Causa No. 0008-2003-AI/TC. Sentencia de 11 de noviembre de 2003.

²⁷ En un inicio, las constituciones permanecían neutrales pues no hacían alusión a un orden económico específico. Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, las normas supremas de distintos países tendieron a establecer los lineamientos esenciales de la vida económica, claro está, adoptando cierta flexibilidad al respecto. Julio César Trujillo. “La Constitución económica, más allá del neoliberalismo”. *Foro Revista de Derecho* (2007), p. 112.

²⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

el artículo 283 de la norma suprema articula al modelo económico ecuatoriano en los siguientes términos:

Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir²⁹. (El subrayado me pertenece).

De las normas descritas salta a la vista que el Estado ecuatoriano es social, y que, dentro de ese Estado social, se erige un modelo económico social y solidario. Ahora bien, resulta apropiado esclarecer las características que estructuran a este régimen económico con el fin de entender el contexto en el cual se desenvuelve el derecho a la libertad de empresa.

En primer término, cabe precisar la naturaleza de un Estado de índole social. La denominación social de un Estado no impone como tal una determinada composición u organización de los poderes públicos sino que opera como “un principio orientador de la actuación del Estado”³⁰. Conforme a esta interpretación, un Estado social es aquel que “es capaz de intervenir con amplitud en la economía, tanto en la ordenación de la misma como en su propia realización”³¹. Esto porque el Estado no es un mero regulador de la economía sino que debe velar por el cumplimiento de ciertos fines superiores como la justicia, la igualdad y la libertad³². En este orden de ideas, el concepto de Estado social se concreta con estas palabras:

La noción de Estado Social sintetiza las ideas de crecimiento económico y justicia social e impone al Estado la obligación de generar las condiciones necesarias para una vida digna de la población así como condiciones de igualdad material (no sólo formal) para que sus habitantes puedan acceder a los bienes y servicios que requieren³³.

En definitiva, la fisonomía del Estado social permite al poder público intervenir en la economía con el objetivo garantizar la vigencia de determinados valores o condiciones que se estiman vitales para el desenvolvimiento adecuado de la sociedad. Además, esta

²⁹ *Id.*, artículo 283.

³⁰ Manuel Aragón Reyes. *Libertades económicas y estado social*. Madrid: Mc Graw Hill, 1995, p.127

³¹ *Id.*, p. 7.

³² Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en el (...) Óp. cit.*, p. 103.

³³ María Elena Jara. “La Constitución económica ecuatoriana y desarrollo” *Estado, derecho y justicia: estudios en honor a Julio César Trujillo*. Ramiro Ávila (coord.). Quito: Corporación Editora Nacional, 2013, p 28.

concepción del Estado necesariamente exige una ampliación del aparato público ya que el Estado se convierte en un agente económico activo pues es un Estado prestacional que requiere de un extenso sistema burocrático para operar³⁴.

En armonía con la noción de Estado social, la Constitución ecuatoriana ha consagrado un sistema económico social y solidario. Tal modelo se presenta como una alternativa frente a la visión neoliberal de la economía y, resalta la importancia del actuar colectivo de los agentes económicos, buscando la incorporación de agentes previamente excluidos³⁵. Este proyecto busca transformar la sociedad de una que valora el acopio de capital, a partir de una percepción individualista y extractiva, a otra que percibe al trabajo como la principal fuente de valor y que busca desarrollarse de manera justa, equilibrada y ecológica³⁶. Además, este régimen se destaca por incentivar distintas formas de organización de la producción e intercambio de bienes – especialmente aquellas de carácter asociativo– ya que el mercado pierde su papel céntrico en la economía³⁷. Con ello, se busca desarrollar un sentido de comunidad y beneficio colectivo en la sociedad ecuatoriana así como buscar una distribución justa del ingreso.

Cabe añadir que el modelo económico ecuatoriano “reconoce al ser humano como sujeto y fin”³⁸. Bajo esta óptica, la economía debe propender hacia la plena realización del individuo, por lo que, ante todo, debe primar la efectiva vigencia de sus derechos; constituyendo éstos un claro límite para la implementación de políticas públicas y el intervencionismo estatal³⁹. Siendo la persona el eje central del modelo económico, se infiere que:

El Estado está al servicio de la persona humana (...) para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la

³⁴ Manuel Aragón Reyes. *Libertades económicas (...)* Óp. cit., p. 134.

³⁵ María Elena Jara. “La Constitución económica ecuatoriana (...)” Óp. cit., p. 30.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ En esta medida, se reconocen diversas formas de organización que se sustentan en lógicas distintas a las del mercado como las comunitarias, cooperativas, empresas familiares, el trabajo autónomo, las redes de productores, entre otras. Hernán Gómez. “La economía popular y solidaria. Una práctica más que un concepto” *Retos revista de ciencias de la administración y economía* (2013), p. 41.

³⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 283. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁹ Julio César Trujillo y Agustín Grijalva. “El fundamento (...)” Óp. cit., p. 89.

comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos (...) ⁴⁰.

Entonces, es indudable que el Estado y la economía son simplemente instrumentos para que el ciudadano alcance su máximo potencial y se realice de manera plena.

De igual manera, el legislador, también incorpora el concepto del buen vivir en la concepción de la economía, noción que si bien resulta poco clara, se ha entendido busca que el ser humano ejerza sus derechos y responsabilidades para lograr la paz consigo mismo y su entorno ⁴¹. Además, el buen vivir exige que las personas gocen efectivamente de sus derechos ⁴² para así alcanzar su óptimo desarrollo, por ende, resulta natural concluir que al intervenir en la economía el Estado debe velar por la protección de los derechos del ciudadano. Sin lugar dudas, la visión de la economía plasmada en la Constitución ecuatoriana impulsa la presencia e injerencia del Estado en este ámbito, es más, el Estado tiene un rol protagónico en la medida en que es éste el encargado de redistribuir el ingreso, alcanzar la justicia en la economía y garantizar la transición hacia un nuevo sistema en el que se evita la acumulación.

No obstante, la intervención del Estado debe efectuarse sin eliminar el mercado y bajo ningún concepto puede derivar en un vaciamiento de los derechos de libertad de empresa y propiedad privada. En este sentido se pronuncia Jara estableciendo que:

las normas Constitucionales dan cuenta del afán de construir un mercado más vigilado y más sensible a las necesidades de los grupos excluidos, pero mercado al fin, dentro del cual la libertad de empresa y el derecho de propiedad imponen límites que necesariamente deben ser observados en todo tipo de actuación estatal ⁴³.

A la luz del precepto constitucional analizado, se desprende que el Estado debe y puede intervenir en distintos sectores económicos, pero al hacerlo tiene que abstenerse de limitar injustificadamente los derechos, entre éstos, el derecho a la libertad de empresa.

⁴⁰ Gustavo Cuevas. "Protección constitucional de la libertad económica notas y reflexiones". *Letras Jurídicas* (2006), p. 16.

⁴¹ Julio César Trujillo y Agustín Grijalva. "El fundamento (...) *Óp. cit.*, p. 92.

⁴² El segundo inciso del artículo 275 de la Constitución establece: "el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos (...)". Constitución de la República del Ecuador. Artículo 275. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴³ María Elena Jara. "La Constitución económica ecuatoriana (...) *Óp. cit.*, p 38.

1.3 Naturaleza jurídica del derecho

Con el objeto de interpretar el contenido del derecho, su regulación y su relación frente a otros bienes jurídicos constitucionalmente tutelados, es preciso atender a la naturaleza jurídica de éste. A pesar de que la naturaleza jurídica de un derecho abarca varios aspectos, nos centraremos en evaluar una de sus características principales siendo ésta su dimensión tanto subjetiva como objetiva. Así, la doctrina ha considerado que, como todo derecho, el derecho a la libertad de empresa debe analizarse a partir de dos facetas; como una entidad jurídica que confiere facultades subjetivas a su titular, y, a su vez, a través de una dimensión institucional u objetiva como manifestación de una entidad del sistema económico que resalta valores del ordenamiento jurídico⁴⁴. Solamente mediante esta aproximación se podrá obtener un entendimiento integral del derecho en cuestión.

1.3.1 Dimensión subjetiva

En su faceta subjetiva, la libertad de empresa comporta una facultad que permite al individuo operar de manera autónoma en el mercado y, por tanto, libre de intromisiones ilegítimas por parte de la autoridad⁴⁵. En esta línea, el derecho objeto de estudio constituye una libertad positiva ya que su titular es libre para realizar una actividad y decidir cuándo, cómo y por qué ejecutarla siempre y cuando se circunscriba a los límites impuestos por la ley. Sin embargo, esta libertad también envuelve un elemento negativo dado que el particular tiene la opción de abstenerse de emprenderla en determinadas circunstancias, en concordancia con sus intereses personales⁴⁶. Precisamente porque el derecho otorga poderes a su titular, en una situación concreta, éste puede exigir a la administración que respete su libertad personal cuando ésta se ve truncada.

Evidentemente, el derecho a desarrollar actividades económicas es un derecho de índole patrimonial o económico dado que permite al individuo desenvolverse en la vida económica y generar medios para su subsistencia. Al definir a la libertad de empresa a partir de su concepción subjetiva, la Corte Constitucional colombiana ha mencionado

⁴⁴ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en el (...) Óp. cit.*, p. 267

⁴⁵ *Id.*, p. 278.

⁴⁶ *Ibíd.* El aspecto negativo de un derecho envuelve la libertad que tiene un particular de hacer o no hacer algo conforme a su fuero interno. Mientras que el aspecto positivo de la libertad abarca la noción de ser libre para algo como el iniciar una actividad económica o el crear una empresa.

que ésta es una “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”⁴⁷. Por tanto, la libertad permite el desarrollo del individuo al otorgarle un campo de autonomía para participar en el mercado e iniciar los emprendimientos que desee.

1.3.2 Dimensión objetiva

De acuerdo al aspecto objetivo, el derecho a la libertad de empresa se entiende como un elemento que forma parte del orden político-económico de un país. En esa medida, el estudio de esta cara del derecho recalca que los derechos tienen un aspecto que trasciende el interés individual y se vinculan con todo el ordenamiento y, por tanto, con el interés general de la sociedad⁴⁸. Al concebir al derecho a la libertad de empresa como una institución que forma parte del sistema económico se busca su preservación no por ser éste un derecho de libertad personal sino por constituir una institución que estructura al Estado. En esta línea, Font Galán manifiesta que, “[l]a empresa, en su manifestación espiritualista de *libertad de iniciativa económica privada* (art. 38 CE) y *pública* (art. 129.2 CE) se concibe como una pieza o institución esencial del sistema económico (...)”⁴⁹.

En otras palabras, la clasificación objetiva de los derechos los percibe como garantías de instituto. Ello implica que el ordenamiento jurídico garantiza a los ciudadanos la existencia y preservación de una institución jurídica específica⁵⁰. Al respecto, Llorente recalca que, “la Constitución no convierte a todos los españoles en propietarios o empresarios libres, pero sí les da el derecho a serlo, es decir, el derecho a que en el ordenamiento español exista la institución de la propiedad y la de la empresa libre”⁵¹. En definitiva, el legislador tiene la obligación de conservar ciertas instituciones

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. Proceso de acción de tutela. *Caso Mauricio Nicolás Sánchez y otros*. Causa No. T-425/92. Sentencia de 24 de junio de 1992.

⁴⁸ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de la libertad de empresa, libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid: Ediciones Jurídicas, 1995, p. 93

⁴⁹ Juan Ignacio Font Galán. “La empresa en el derecho mercantil”. *Derecho mercantil*. Guillermo Jiménez (coord.). Barcelona: Ariel, 2003, p. 64.

⁵⁰ Francisco Rubio Llorente. “La libertad de empresa en la Constitución” *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I: introducción y títulos valor*. Juan Iglesias Prada (coord.). Madrid: Civitas, 1996, p. 435.

⁵¹ *Id.*, p. 436.

jurídicas para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y, a su vez, para que el Estado mantenga su organización.

No obstante, ello resulta peligroso porque a partir de esta visión institucional de los derechos se puede pretender desfigurar su dimensión individual. Lo anterior tiene cabida porque si se concibe al derecho simplemente como una institución jurídica que se debe preservar, el legislador tiene mayor amplitud para regularla. Lógicamente, una intervención intrusiva del legislador es más aceptable si se argumenta que a través de ésta se afecta a una institución que si se sostiene que la intervención en cuestión restringe una libertad personal. Por ello, bajo la premisa de normar una institución, se pueden justificar una serie de conductas lesivas al derecho. En este sentido, si éste simplemente se cataloga como “un puro parámetro de orden económico que debe ser respetado en general” puede perder su relevancia como derecho subjetivo de carácter accionable y resultar completamente anulado en un caso concreto⁵².

De todas maneras, esta visión del derecho se presenta como un límite ante la injerencia estatal ya que se deben conservar todas aquellas instituciones que se estima forman una parte crucial del orden del Estado. Así, toda regulación o actuar del Estado debe encaminarse a velar por la eficacia del derecho pues éste se debe preservar en el ordenamiento⁵³. Evidenciados los riesgos que presenta esta dimensión, es necesario buscar un equilibrio entre la concepción subjetiva y objetiva del derecho. De lo contrario, el percibir al derecho a la libertad de empresa como una mera garantía de instituto podría derivar en la justificación de un sinnúmero de intromisiones y limitaciones a éste, limitaciones que definitivamente sean arbitrarias.

Dado que ambas dimensiones del derecho resultan cruciales, y gozan de igual validez, no se puede abogar por un predominio de una vertiente sobre otra, sino que las dos deben coexistir en equilibrio. En este sentido se pronuncia Henao al concluir que:

La dimensión objetiva de la libertad no puede así convertirse en causa válida para diluir la noción de la libertad de empresa como conjunto de facultades y de posiciones jurídicas de su titular para actuar en el mercado y para oponerse a las intervenciones ilegítimas del poder público o de otros particulares. De igual manera, la dimensión

⁵² Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...) Óp. cit.*, p. 94.

⁵³ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en el (...) Óp. cit.*, p. 270.

subjetiva no puede ser blandida como un privilegio o prerrogativa desde la cual sea posible someter a los intereses generales del Estado⁵⁴ (...).

Así, se debe tener un acercamiento integral al derecho entendiéndose que el individuo debe gozar de una esfera de libertad para acometer distintas iniciativas económicas pero que debe hacerlo con ciertas limitaciones y responsabilidades con el afán de preservar el interés general de la sociedad.

1.4 Contenido esencial del derecho

Una vez que se han analizado las dimensiones del derecho, es conveniente precisar su contenido, sobre todo su contenido esencial, es decir, aquellos elementos o características propias de la libertad que integran su núcleo. Concretar el contenido esencial del derecho es una tarea compleja que, sin embargo, resulta indispensable para constatar cuál es la frontera irreductible de éste que el legislador debe proteger⁵⁵. Precisamente por ello, primero se procederá a describir las facultades y distintas características que definen al derecho a la libertad de empresa para posteriormente determinar cuál es su núcleo esencial. Como ya se ha mencionado, a breves rasgos, el derecho a desarrollar actividades económicas permite al particular intervenir en el mercado con miras a crear riqueza y mantenerla. Para alcanzar tal objetivo, el empresario debe gozar de un cierto grado de libertad en varios aspectos que envuelven la operación del negocio en el mercado.

Entre las características que integran el derecho, la doctrina ha identificado tres atributos esenciales, siendo éstos, la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio y la libertad de cese⁵⁶. Reconociendo lo anterior, el TCE, ha concluido que la libertad de empresa involucra varias facultades, expresándose en los siguientes términos:

Si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en libertad, ello entraña en el marco de una economía de mercado (...) el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la

⁵⁴ *Id.*, p. 272

⁵⁵ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...)* Óp. cit., p. 83.

⁵⁶ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en el (...)* Óp. cit., p. 381. Antonio Cidoncha. *La libertad de (...)* Óp. cit., p. 313.

empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado⁵⁷. (El subrayado me pertenece).

Como se desprende de la cita, el derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio de la actividad, lo que involucra la posibilidad de acceder al mercado y crear empresas; y, su mantenimiento o ejercicio, cuestión, que envuelve la libertad para organizar y dirigir el negocio. Si bien el TCE no menciona la finalización de la actividad, estimamos que ésta se encuentra incluida en el acceso al mercado, entendiéndose que así como un agente económico puede iniciar una actividad puede optar por terminarla y, en consecuencia, abandonar el mercado.

De manera similar, a juicio de la Corte Constitucional ecuatoriana, la dimensión subjetiva de la libertad de empresa faculta al empresario para “crear empresas que puedan actuar en el mercado; establecer los propios objetivos de la empresa, dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y a las condiciones del propio mercado y gestionar la propia empresa y del [sic] personal”⁵⁸. Bajo esta lógica, se entiende que la libertad de empresa incluye cuatro aspectos fundamentales, a saber: 1) la libertad de creación de empresas; 2) la libertad de organización; 3) la libertad de dirección del negocio; y, 4) la terminación de la actividad⁵⁹. Nos referiremos a estos atributos con miras a delinear con mayor precisión el contenido del derecho.

En cuanto al inicio del emprendimiento, se debe permitir al particular acceder a distintos sectores económicos –ya sea para constituir compañías o adquirir empresas que ya operan en el mercado–. Sin embargo, esta libertad no permite al ciudadano iniciar toda clase de actividad. Existen dos supuestos en los cuales se prohíbe absolutamente el ingreso al mercado: el primero, se verifica cuando el Estado se reserva la titularidad de un sector al estimar que éste es estratégico y, que por ende, el interés general exige su sustracción del mercado; y, el segundo, cuando la ley califica a una actividad en concreto como ilícita⁶⁰. Evidentemente, debido a su intensidad de

⁵⁷ Tribunal Constitucional de España. *Caso Diputados y Gobierno de la Nación c. La Ley de Generalidad Valenciana de 29 de diciembre de 1986*. Causa No. 418/1987 y 421/1987. Sentencia de 8 de julio de 1993.

⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador. *Caso Empresas de Seguridad (...) Óp. cit.*

⁵⁹ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...) Óp. cit.*, pp. 85-92.

⁶⁰ Antonio Cidoncha. *La libertad de (...) Óp. cit.*, p. 312.

afectación al derecho, ambas prohibiciones deben estar debidamente justificadas en la ley.

Una tercera hipótesis involucra una prohibición relativa de la actividad por parte de la administración. Así, ésta podrá razonablemente exigir el cumplimiento de ciertos requisitos objetivos o subjetivos, previo a otorgar una autorización al particular⁶¹. Este supuesto se constata en sectores regulados –como la banca y seguros– en los que la autoridad condiciona su ejercicio a la obtención de una autorización, debido al interés general que la actividad reviste. En resumidas cuentas, la libertad de empresa no abarca el libre acceso a toda clase de actividad económica sino que permite al ciudadano iniciar una actividad mientras la ley no la prohíba o mientras se cumplan ciertos requisitos o condiciones establecidas por la autoridad.

Respecto a la libertad de ejercicio, entendemos que esta abarca tanto la libertad de organizar la empresa como la libertad de dirigirla. Como bien menciona Rojo, con relación al ejercicio del derecho, la libertad de empresa “permite al empresario establecer sus propios fines u objetivos económicos, y, en función de ellos, organizar la empresa y orientar su actividad”⁶². Tanto el aspecto organizativo como el de dirección, ocurren al interior de la empresa y, en esa medida, constituyen atributos “donde mejor despliegue puede tener la libertad del empresario para actuar autónomamente(...)”⁶³. Concretamente, el organizar la compañía implica el gozar de libertad para elegir su nombre, domicilio, su tipología dentro de las distintas opciones que plantea el derecho societario y cuestiones relativas a su composición interna –la elección de su representante legal, el diseño de sus estatutos, entre otros⁶⁴. Claro está, dependiendo del sector económico en el que se desempeñe la actividad, la autoridad podrá imponer que se conforme una categoría societaria determinada –por ejemplo, la sociedad anónima en el caso de la banca–.

Finalmente, la libertad de dirección de la empresa comprende un amplio espectro de decisiones que orientan su accionar en el mercado. Entre éstas, se incluye el fijar el

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Ángel Rojo. “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”. *Revista de Derecho Mercantil* (1993), p. 331.

⁶³ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en el (...) Óp. cit.*, p. 489.

⁶⁴ Luis Fernando Sabogal. “Nociones generales de (...) Óp. cit., p. 11.

volumen de producción, la calidad de los bienes, el monto de inversiones, estrategias comerciales y de precios, mecanismos de distribución de los productos y la libertad para contratar⁶⁵. Además, en lo relativo a la dirección, el administrador debe gozar de libertad para asignar los recursos financieros de la empresa conforme a sus objetivos y, en atención al principio de buena fe y debida diligencia⁶⁶. Esto último dado que al administrar compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad.

Por su importancia, las facultades de dirección deben residir en su titular, es decir, la administración puede establecer “exigencias puntuales sobre alguno de los elementos que componen la materia dirigida, pero no sobre la acción misma de dirigir”⁶⁷. Así, en general, la autoridad no puede incidir sobre el manejo interno de la empresa y su gestión pues ello atenta contra el derecho de libertad de empresa⁶⁸. Además, como agrega Rojo,

En el desarrollo [de la empresa], el empresario organiza y dirige el proceso asumiendo el riesgo de empresa, es decir, el riesgo de que los costes de la actividad sean superiores a los ingresos que se obtengan de la misma (...) es precisamente la asunción del riesgo de empresa por parte del empresario lo que justifica el poder de dirección de los elementos personales y materiales integrados en el establecimiento (o empresa en sentido objetivo) y lo que legitima la apropiación de las ganancias (...)⁶⁹ (el subrayado me pertenece).

Como es lógico, todo emprendimiento envuelve un riesgo por lo que una vez que un particular compromete su patrimonio en un negocio busca dirigirlo según su criterio precisamente para atenuar su exposición al riesgo y recuperar su inversión.

Por ello, una adecuada conducción de la empresa es fundamental; quien administra una compañía debe combinar exitosamente todos los factores que la integran para competir en el mercado y obtener una utilidad⁷⁰. En esa medida, la proyección de una utilidad futura opera como un incentivo económico para alcanzar un manejo eficiente de la empresa. Además, si jurídicamente se concibe a la empresa como un “un centro

⁶⁵ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...)* Óp. cit., p. 89.

⁶⁶ Luis Fernando Sabogal. “Nociones generales de (...) Óp. cit., p. 12.

⁶⁷ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en el (...)* Óp. cit., p. 496.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Francisco Cuello Duarte (...)* Óp. cit.

⁶⁹ Ángel, Rojo. “El empresario: concepto, clases y responsabilidad” *Curso de derecho mercantil Tomo I*. Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez (coords.). Madrid: Editorial Civitas, 2006, p. 60.

⁷⁰ Raúl Etcheverry. *Derecho comercial y económico. Formas jurídicas de la organización de la empresa*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 8.

autónomo de decisión”⁷¹ es justamente porque se supone que el empresario goza de libertad para organizarla y dirigirla. Por lo anterior, la intervención del Estado en decisiones internas de la compañía, relativas a su dirección es inconveniente pues puede exponerla a niveles de riesgo indeseados e incluso afectar su estabilidad financiera. Todo ello exige que previamente a intervenir en decisiones de esta índole, la autoridad analice cuidadosamente el interés colectivo que busca tutelar y únicamente opte por intervenir en circunstancias realmente excepcionales.

En suma, la dirección de la empresa entraña la facultad otorgada al titular del derecho para adoptar decisiones relativas a su administración. En esta línea, tal atributo es una manifestación concreta del principio de autonomía privada, entendido como el poder otorgado a una persona para ordenar su esfera privada y autorregular sus intereses⁷². Es más, el ejercicio del derecho se materializa precisamente a través del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual; mediante ésta última, el empresario se desempeña en el mercado y alcanza los objetivos de la compañía. Es así que la libertad contractual, integra a la libertad de empresa, pues el contrato constituye un instrumento indispensable para la actividad económica⁷³. Acertadamente, Henao describe esta relación concluyendo que “si la economía de mercado jurídicamente se cristaliza en la libertad de empresa, implícitamente lo hace en la autonomía privada⁷⁴”. Es decir, la libertad contractual constituye una manifestación directa del derecho a la libertad de empresa.

Como se ha descrito, la libertad de empresa envuelve una serie de facultades de las que debe gozar el empresario para poder ejercer el derecho a cabalidad. Sin embargo, estas facultades no son absolutas, siendo factible su limitación con el objetivo de velar por el bien común o el interés general. Por lo anterior, es preciso esbozar el contenido esencial del derecho. En palabras de la Corte Constitucional colombiana, se define al

⁷¹ Juan Ignacio Font Galán. “La empresa en el derecho (...) *Óp. cit.*, p. 70.

⁷² Fernando Hinestrosa. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado* (2014), p 7.

⁷³ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en (...) Óp. cit.*, p. 481.

Debido a su vínculo con otros derechos, la libertad contractual se cataloga como un derecho relacional en consideración a que con “su ejercicio se ejecutan también otros derechos”. Tribunal Constitucional de Perú. *Caso Roberto Nesta Brero (...) Óp. cit.*

⁷⁴ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en (...) Óp. cit.*, p. 482.

núcleo esencial de un derecho como “el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares⁷⁵”. De igual manera, para el TCE, el núcleo esencial del derecho abarca “aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya constitución el derecho se otorga⁷⁶”. En este orden de ideas, el núcleo esencial de un derecho encierra una serie de características sin las cuales el derecho se tornaría irreconocible. Por ello, se entiende que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección⁷⁷”.

1.4.1 Teoría absoluta

Para delimitar el contenido esencial del derecho, se debe acudir a dos teorías conocidas como la teoría absoluta y la teoría relativa. De acuerdo a la primera, todo derecho goza de un contenido completamente irreductible, definido *a priori*, que debe preservarse ya que si ese mínimo no se respetara, “la libertad literalmente desaparecería⁷⁸”. En consecuencia, toda restricción que traspase la barrera del contenido mínimo resulta inconstitucional. Debido a los retos que presenta, esta teoría no ha tenido muchos adeptos pues se estima que es poco realista el pretender establecer en abstracto un contenido mínimo del derecho que se encuentra al margen de cualquier restricción⁷⁹. A pesar de ello, para Aragón, como partidario de la tesis absoluta, el contenido esencial de la libertad de empresa se puede fijar así:

En cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también ese reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de la libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino pública; lo que podría llevar incluso a sostener que en el artículo 38 CE se encuentra la empresa privada como instituto garantizado (...) ⁸⁰.

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Hernando de Jesús Blanco c. el Director de la Caja Nacional de Previsión Social*. Causa No T426/92. Sentencia de 24 de junio de 1992.

⁷⁶ Tribunal Constitucional de España. *Caso Nicolás Redondo Urbiola y otros c. Real Decreto 17/1977*. Causa No. 192/1980. Sentencia de 8 de abril de 1981.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Manuel Aragón Reyes. “Constitución económica y (...) *Óp. cit.*, p. 173.

⁷⁹ Christian Viera Álvarez. “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2010), p 205.

⁸⁰ Manuel Aragón Reyes. “Constitución económica y (...) *Óp. cit.*, p.180.

Aunque el intento por delimitar el contenido esencial del derecho que realiza el autor es válido, resulta irreal.

Aun cuando se establezca una barrera absoluta de protección del derecho a la libertad de empresa que el legislador no puede afectar, siempre existirán motivos para limitarlo y reducir su contenido esencial, a pesar de que éste sea supuestamente absoluto⁸¹. Así pues, si se define al límite absoluto del ejercicio del derecho como “un mínimo pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía” que debe tener el empresario para dirigir su empresa, partimos de una definición que admite excepciones. Evidentemente, lo que se defina como “suficiente” conforme a la autoridad esta sujeto a interpretación y variabilidad. Tal ambigüedad es precisamente la que da paso a limitar un contenido supuestamente absoluto ya que el ejercicio del derecho puede vulnerarse a través de injerencias estatales, sosteniendo que a pesar de ellas, el empresario aun goza de un grado “suficiente” de autonomía.

Además, la indeterminación de las normas referentes a derechos fundamentales tanto, semántica como de aplicación, se opone a una visión absolutista⁸². La indeterminación semántica tiene cabida porque de la norma constitucional no se desprende qué se entiende por libertad de empresa y qué facultades confiere a su titular éste derecho⁸³. Es decir, se requiere de una interpretación jurídica por parte de la autoridad competente para determinar el alcance del derecho. En cuanto a su aplicación, aun cuando se concluya que el derecho otorga determinadas facultades, por ejemplo, el derecho a organizar la empresa libremente, todo acto de organización no está tutelado por la norma constitucional. Lógicamente, si un acto de autonomía organizativa colisiona con otro derecho, puede que en el caso concreto, éste no se ampare⁸⁴. Ante tales circunstancias, consideramos que, en general, la naturaleza de los derechos impide definir su contenido de manera absoluta *a priori* ya que éste sólo podrá determinarse mediante una ponderación en un caso concreto.

⁸¹ Antonio Cidoncha. *La libertad de (...) Óp. cit., p. 289.*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Id.*, p. 296.

⁸⁴ *Ibíd.*

Siguiendo la línea de Aragón, Rubio Llorente apoya la teoría absoluta. Precisa el autor que deviene imposible determinar el contenido absoluto de cada actividad por lo cual el criterio de igualdad ofrece un punto de partida firme⁸⁵. Así, argumenta que mientras todas las empresas dedicadas a un mismo género de actividad gocen del mismo grado de libertad, se verifica una protección al contenido esencial del derecho⁸⁶. Evidentemente, tal razonamiento tiene sentido respecto de los países que integran la Unión Europea; al sujetarse éstos a normativa comunitaria es claro que las legislaciones nacionales no deben imponer restricciones más severas a sus empresas ya que el hacerlo las dejaría en una posición de desventaja. Si bien la igualdad de las empresas en el mercado constituye un elemento integrador del contenido absoluto del derecho a la libertad de empresa, no es el único factor a considerar. Por ende, resulta claro que tal posición es sumamente criticable pues simplemente reduce el núcleo del derecho a un criterio de igualdad abandonando por completo la noción de libertad que caracteriza al derecho.

Cabe señalar que un esfuerzo de esta naturaleza resulta innecesario pues la igualdad –incluyendo la igualdad de las empresas en el mercado– ya se encuentra tutelada por el derecho a una igualdad tanto material como formal, derecho constitucionalmente reconocido⁸⁷. Además, este análisis desnaturaliza por completo al derecho, como ya se ha mencionado, éste es un derecho de libertad y, como tal, plantea un espectro de actuación libre para el individuo en el ámbito económico. Dicho de otra manera, el derecho a desarrollar actividades económicas no es un derecho de igualdad y, por tanto, no debe catalogarse como tal⁸⁸. Así, la libertad de empresa “no es el derecho a la igualdad en el ejercicio de actividades económicas”⁸⁹. Finalmente, aceptar esta visión, derivaría en el absurdo de sostener que aún cuando una restricción a la libertad de empresa sea claramente atentatoria del derecho, ésta sea válida y justificable mientras se aplique por igual a todas las empresas que operan en un mismo sector. Bajo esta lógica,

⁸⁵ Francisco Rubio Llorente. “La libertad de empresa en la (...) *Óp. cit.*, p. 445.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

⁸⁸ Antonio Cidoncha. *La libertad de (...) Óp. cit.*, p. 205.

⁸⁹ *Ibíd.*

la autoridad podría establecer un trato igual para determinadas empresas, imponiendo a todas una falta de libertad igual⁹⁰. Manifestadas las dificultades que presenta la teoría absoluta, procederemos a evaluar la tesis relativa.

1.4.2 Teoría relativa

Desde la perspectiva relativa, todo contenido de un derecho tiende a ser elástico, por ende, no se define *a priori* un núcleo esencial de éste sino que ello se delimita en cada caso concreto a través del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad tiene cabida ya que los partidarios de la tesis relativa reconocen que “no existen derecho absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”⁹¹. Conforme a éste, una medida restrictiva de un derecho es justificada y, compatible con su contenido esencial, si cumple un test tripartito; concretamente si es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto⁹².

En cuanto a la adecuación, una restricción cumplirá este criterio si es idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo⁹³. El análisis de idoneidad debe fundamentarse en evidencia económica que permita al juzgador verificar que la medida efectivamente sea funcional⁹⁴. A su vez, una medida se ciñe a la cláusula de necesidad únicamente cuando no existe otra alternativa menos restrictiva que goce de la misma eficacia para alcanzar el fin perseguido. Así, a criterio de nuestra Corte Constitucional, este principio exige que se acredite “la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo”⁹⁵.

Por último, una restricción es proporcional siempre y cuando el interés que tutela sea más valioso que el perjuicio que se genera al limitar un derecho. En otros términos,

⁹⁰ Manuel Aragón Reyes. “Constitución económica y (...) *Óp. cit.*, p. 174.

⁹¹ Miguel Carbonell. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.” *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 10.

⁹² Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro. “Artículo 38” (...) *Óp. cit.*, p. 293.

⁹³ Antonio Cidoncha. *La libertad de (...)* *Óp. cit.*, p. 278.

⁹⁴ Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa (...)* *Óp. cit.*, p. 235.

⁹⁵ Corte Constitucional del Ecuador. *Caso de Blanca Dalmita Mena c. Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Loja*. Causa No. 1212-12-EP Sentencia de 6 de mayo de 2015. Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio de 2015.

las ventajas obtenidas a causa de la restricción deben superar los sacrificios que ésta envuelve para los titulares del derecho y para la sociedad en general⁹⁶. Conforme a esta interpretación, el criterio de proporcionalidad se asemeja a un análisis costo-beneficio mediante el cual se otorga un peso o una valoración a dos principios⁹⁷ que colisionan en una situación concreta para determinar cuál de ellos debe prevalecer. Por ende, mientras más intensa sea una injerencia en el derecho, mayor tiene que ser el peso del interés que se protege. Bajo esta tesis, toda medida que imponga un límite a un derecho preservará su contenido esencial siempre que supere el examen de proporcionalidad –es decir, el cumplimiento cumulativo de los tres requisitos. En definitiva, la teoría relativa estima que el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa es aquella parte del derecho que permanece luego de efectuar el análisis de proporcionalidad⁹⁸.

Si bien la teoría opta por una visión más realista en cuanto al contenido del derecho y sus potenciales limitaciones, presenta varias falencias que se deben señalar. En primer lugar, la aplicación del juicio de proporcionalidad puede derivar en la aceptación de una serie de intromisiones estatales arbitrarias, más aún cuando exista un fuerte interés político que busque justificarlas. Esto porque, como bien expresa Cidoncha, el contenido del derecho se delimita conforme a sus limitaciones. Así, el autor manifiesta que:

La constitucionalidad de una limitación no se juzga tomando como base el contenido del derecho fundamental, sino la limitación en sí y la finalidad perseguida con dicha limitación. Esto significa que la libertad de empresa como derecho subjetivo sólo existe allí donde acaba la posibilidad de limitarla, y las posibilidades de limitación son infinitas⁹⁹.

Este tema resulta sumamente problemático respecto al derecho de libertad de empresa dado que el legislador goza de un serie de cláusulas generales de gran amplitud que blindan su intervención. A manera de ejemplo, el legislador está legitimado para intervenir en el derecho para velar por el interés general, fomentar la solidaridad en la economía y, en general, bajo la premisa de respetar la cláusula del Estado social¹⁰⁰.

⁹⁶ Antonio Cidoncha. *La libertad de (...) Óp. cit.*, p. 278.

⁹⁷ Entiéndase por principio a un mandato de optimización.

⁹⁸ Luis Fernando Sabogal. “Nociones generales de la libertad (...) Óp. cit.”, p. 7.

⁹⁹ Antonio Cidoncha. *La libertad de (...) Óp. cit.*, p. 279.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 274.

Reconociendo esta situación, el TCE establece que:

las exigencias de la economía en general constituyen una cláusula genérica que habilita al legislador para establecer toda una rica variedad de limitaciones al derecho subjetivo a la libertad de empresa. La defensa del interés general en el terreno económico es causa justificante de toda la normativa sobre la ordenación del mercado y de la actividad económica general a la que debe estar plenamente sujeto el ejercicio del derecho subjetivo a la libertad de empresa.¹⁰¹

Como bien señala la sentencia, la libertad de empresa está expuesta a un amplia gama de limitaciones que pueden resultar fácilmente justificadas de acuerdo a conceptos jurídicos indeterminados. En este contexto, la teoría relativa es altamente riesgosa pues su aplicación puede derivar en el vaciamiento del derecho o su total anulación¹⁰². Siendo la libertad de empresa un derecho fuertemente limitable, una aplicación de la teoría relativa exige un análisis bastante riguroso para descartar restricciones arbitrarias que deriven en la desfiguración del derecho. De lo contrario, inevitablemente se podría aceptar su completo sacrificio.

A pesar del intento por tratar de interpretar qué abarca el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa –sea conforme a la teoría relativa o a la teoría absoluta– concluimos que éste es un concepto abierto a múltiples interpretaciones. En este sentido, a criterio de Palacios, “no es posible establecer un parámetro general que determine el contenido esencial de un derecho” por lo que en cada situación y momento los contornos del derecho pueden variar¹⁰³. No obstante, consideramos que la referencia al contenido esencial de un derecho aún guarda relevancia, pues a pesar de ser un término impredecible, invita al juzgador a recordar la importancia de preservar el derecho al analizar una limitación¹⁰⁴. En efecto, aunque no se llegue a un consenso respecto a que facultades integran el núcleo duro del derecho o que teoría es más acertada, el aludir a un núcleo esencial del derecho exige evaluar con mayor cautela el

¹⁰¹ Tribunal Constitucional de España. *Diputados y Gobierno de la Nación c. La Ley de Generalidad Valenciana de 29 de diciembre de 1986*. Causa No. 418/1987 y 421/1987. Sentencia de 8 de julio de 1993.

¹⁰² Christian Viera Álvarez. “La libertad de empresa y (...) *Óp. cit.*, p. 205.

¹⁰³ Alfonso Palacio. “Reserva de ley en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el caso colombiano”. *Revista de Derecho del Estado* (2001), p. 155.

¹⁰⁴ La distinción entre los elementos esenciales y accidentales de un derecho resulta un tanto artificial y arbitraria sin embargo, se considera importante porque obliga al juzgador a analizar cuidadosamente el grado de afectación que tiene una regulación sobre un derecho efectuando una ponderación. Luis Prieto Sanchis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Revista Pensamiento Constitucional* (2002), pp. 73-74.

potencial restrictivo de una limitación. Debido a la dificultad que entraña la teoría absoluta, nos inclinamos a favorecer la teoría relativa en la medida en que una ponderación en el caso concreto buscará proteger el derecho.

Adicionalmente, examinado todo lo anterior, como acertadamente recalca el TCE es claro “que no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad concreta”¹⁰⁵. Por ende, aun cuando se realice un esfuerzo por definir el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa en abstracto, éste podrá ser sujeto a ciertos cambios al momento de analizar el caso concreto y la actividad específica de que se trate.

1.5 Limitaciones

Dado que el derecho a la libertad de empresa no es absoluto, está sujeto a una serie de límites¹⁰⁶. A diferencia de otros derechos, en el caso del derecho a la libertad de empresa, existen varias fuentes constitucionales que justifican la limitación del derecho por parte del legislador. Por esta razón, es fundamental que toda restricción al derecho cumpla con tres criterios: en primer lugar, la medida limitativa debe fundamentarse en una finalidad legítima, es decir el porqué de la medida debe sustentarse en la protección de un bien constitucionalmente protegido, un derecho o valores superiores del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, la medida debe respetar el contenido esencial del derecho; y por último, toda restricción debe atenerse al principio de reserva de ley¹⁰⁷.

Si la medida restrictiva se fundamenta en la protección de otro derecho constitucional, entra en juego el criterio de la ponderación; criterio que permite al

¹⁰⁵ Tribunal Constitucional de España. *Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia c. Ley de 25 de noviembre de 1994*. Causa No. 83/1984. Sentencia de 24 de julio de 1984.

¹⁰⁶ Dentro de la acepción de límites se entiende comprendida toda regulación que obligue al particular a realizar una actividad o le impida hacerlo. La exigencia de la obtención de una licencia, un permiso, concesión o autorización así como sujetar la prestación de un servicio al cumplimiento de ciertos requisitos. Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro. “Artículo 38” (...) *Óp. cit.*, p. 994.

Se han esbozado tres teorías en cuanto a la procedencia de los límites al derecho. Así, para la teoría interna los límites son intrínsecos al derecho por lo que los establece la propia norma suprema al definir el derecho. Mientras tanto, la teoría externa deslinda a los límites del derecho y sostiene que éstos nacen de la necesidad de tutelar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Por último, la teoría de los límites implícitos admite que un derecho constitucionalmente reconocido puede ser limitado para proteger bienes jurídicos que no se encuentran expresamente contemplados en la Constitución. Magdalena Correa Henoa. *Libertad de empresa en el (...) Óp. cit.*, pp. 614-620.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 648.

juzgador analizar dos principios conforme a las circunstancias de un caso concreto para determinar cuál de ellos debe prevalecer¹⁰⁸. Además, toda decisión de la autoridad que derive en una afectación al derecho debe ceñirse al principio *favor libertatis*. El mencionado principio recalca que una restricción no debe afectar el núcleo esencial del derecho, por ende, si existe duda en cuanto a si una limitación lo afecta, el legislador deberá optar por preservar la libertad¹⁰⁹.

1.5.1 Finalidades de la limitación

Como se ha adelantado, partiendo de la definición constitucional del derecho a la libertad de empresa, se concluye que éste debe ejercerse en armonía con los principios de solidaridad y responsabilidad social y ambiental¹¹⁰. A lo anterior se suma el hecho de que el sistema económico social y solidario impone límites amplios al derecho al recalcar que se debe propender hacia un “equilibrio entre la sociedad, Estado y mercado”, buscando alcanzar condiciones que “posibiliten el buen vivir”. Es decir, el derecho a la libertad de empresa se delimita conforme a cláusulas abiertas. Como bien menciona Viera,

lo particular de la libertad de empresa es que el constituyente habría delimitado el derecho no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas como “interés general”, “exigencias de la economía general” o la “planificación,” por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a cláusulas generales y sociales¹¹¹.

El problema de subsumir el ejercicio de esta libertad a criterios tan flexibles – solidaridad, buen vivir, equilibrio en la economía– es que se otorga un amplio grado de discrecionalidad a la autoridad para coartar el derecho. Quizás, tales conceptos son intencionalmente indeterminados precisamente para conferir un mayor margen de intervención a los poderes públicos¹¹². Así, a juicio de la Corte Constitucional colombiana, justamente porque la libertad de empresa esta sometida a limitaciones severas, el Legislativo goza “de un marco amplio y flexible para regular esta

¹⁰⁸ Carlos Bernal Pulido. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 54.

¹⁰⁹ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...) Óp. cit.*, p. 97.

¹¹⁰ [vid. *supra* §1. El reconocimiento del derecho en la Constitución]

¹¹¹ Christian Viera Álvarez. “La libertad de empresa y (...) Óp. cit., p. 207

¹¹² Antonio Cidoncha. *La libertad de (...) Óp. cit.*, p. 276.

materia”¹¹³.Corresponde entonces exigir un mayor escrutinio de las restricciones al derecho por parte del juzgador pues se debe evitar que la autoridad utilice estos criterios como una oportunidad política para alcanzar otros fines.

Además de limitar el derecho por la referencia a cláusulas generales, éste se puede restringir con la intención de tutelar otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En cuanto a los derechos, con relación a la libertad de empresa, se vinculan los derechos de los trabajadores, el derecho a la libertad de expresión (Art. 66. 6 CE), el derecho a vivir en un medio ambiente sano (Art. 66. 27 CE) la libertad de los demás empresarios que operan en el mercado (derecho de la competencia)¹¹⁴ y los derechos de la naturaleza (Art. 71 CE), considerando que en Ecuador ésta es un sujeto de derechos. Mientras tanto, para determinar cuáles son los bienes jurídicos que el Estado debe tutelar, cabe remitirse a las directrices que inspiran la ordenación de la economía en un Estado de índole social¹¹⁵. Entre estas, se incluyen varios objetivos de la política económica ecuatoriana concretados en el artículo 284 de la Constitución entre los que se destacan principalmente, el incentivar la producción nacional, el impulsar un consumo responsable y el mantener la estabilidad económica.

Junto con las disposiciones mencionadas, caben también limitaciones al derecho en aras a proteger a los consumidores pues, conforme a la norma suprema, éstos constituyen un grupo de atención prioritaria¹¹⁶. De igual manera, el interés general se presenta como una potencial restricción, ello dado que el constituyente ha puntualizado que el ciudadano ecuatoriano tiene la responsabilidad de anteponer el interés general por sobre el particular conforme a la noción del buen vivir¹¹⁷.

Finalmente, dependiendo de la actividad económica que realiza el particular, caben limitaciones especiales, como lo es el caso de la actividad bancaria. Concretamente, en el caso ecuatoriano, el legislador tiene atribuciones de intervención para preservar los depósitos o “atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los

¹¹³ Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Hernán Antonio Barrero Bravo c. Ley 44 de 1993*. Sentencia de 2 de junio de 1994.

¹¹⁴ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en (...) Óp. cit.*, p. 609.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 52. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹⁷ *Id.*, artículo 83.7.

objetivos de desarrollo del país¹¹⁸”. En resumen, todos los preceptos constitucionales descritos suponen potenciales instrumentos que el legislador tiene a su merced para limitar el derecho a la libertad de empresa.

1.5.2 El método de la ponderación

Dado que el derecho a la libertad de empresa puede restringirse en aras de proteger otros derechos constitucionales, es necesario hacer referencia al método de la ponderación. En primer lugar, la ponderación resulta aplicable al reconocer que las normas que enuncian derechos constituyen principios. Un principio se entiende como un “mandato de optimización” es decir, como una norma “que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”¹¹⁹. Bajo esta lógica, un determinado principio puede colisionar con otro principio que opere en sentido contrario a aquél; si esto sucede, el conflicto se puede solucionar empleando la técnica de la ponderación. Así, para la Corte Constitucional ecuatoriana,

la ponderación es un método de interpretación constitucional que consiste en sopesar dos derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, con el objeto de que atendiendo a los elementos fácticos y particularidades de cada caso, el intérprete constitucional le otorgue una primacía de [sic] un derecho por sobre el otro.¹²⁰

Como señala la cita, la ponderación permite al juzgador determinar una solución en el caso concreto estableciendo una “relación de precedencia condicionada entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso (...)”¹²¹. En otras palabras, la ponderación no establece una relación de carácter absoluto entre dos principios sino que otorga una solución para cada caso en particular.

En el mismo sentido se pronuncia Guastini al reconocer que cuando dos principios se oponen se debe determinar una jerarquía axiológica móvil entre ellos. Una jerarquía axiológica tiene lugar cuando, conforme al criterio del juzgador, uno de los dos

¹¹⁸ *Id.*, artículo 283.

¹¹⁹ Robert Alexy. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 14.

¹²⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Caso Segundo *Ángel Pandi Toalombo c. Sentencia de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura*. Causa No. 1116-10-EP. Sentencia de 27 de marzo de 2012. Registro Oficial Suplemento 728 de 20 de junio de 2012.

¹²¹ Carlos Bernal Pulido. “La racionalidad de (...)” *Óp. cit.*, p. 54.

principios tiene un peso mayor o una importancia ético-política superior respecto del otro por lo que prevalece sobre él¹²². A su vez, la jerarquía es móvil porque es válida para el caso concreto pero tiene un carácter inestable¹²³. Ello implica que es perfectamente factible que la relación de jerarquía cambie en atención a las circunstancias de otro caso concreto.

Conforme al criterio esbozado por Alexy, el método de la ponderación se segmenta en tres pasos. En primer lugar, se define el grado de afectación de uno de los principios que se encuentra en colisión¹²⁴. En segundo lugar, se determina el grado de satisfacción del principio contrario¹²⁵. Finalmente, se analiza si la importancia de satisfacer uno de los principios justifica la restricción del principio contrario. Todo ello, se evalúa de acuerdo a una escala tríadica con los grados leve, medio y grave¹²⁶. Así, se atribuye un valor numérico tanto al grado de intervención o afectación de uno de los derechos como a la importancia o necesidad de satisfacer el otro. Por ello, la ley de la ponderación se expresa en estos términos, “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia o satisfacción del otro”¹²⁷.

Evidentemente, el empleo de esta fórmula no esta exento de problemas pues en ocasiones no resulta fácil atribuir una valoración a cada principio en base a criterios objetivos. Por ello, quienes critican a la ponderación sostienen que este es un método que depende del criterio subjetivo del juez y, que además, es inconmensurable ya que pretende sopesar dos magnitudes o principios que en realidad son incomparables¹²⁸. Además, es relevante considerar que conforme al numeral 6 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía¹²⁹. Por

¹²² Jaime Araujo. “La protección de los derechos fundamentales por la justicia constitucional. Técnicas de control de constitucionalidad y la ponderación crítica”. *Revista IUSTA* (2009), p. 87.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Robert Alexy. “La fórmula del peso” (...) *Óp. cit.*, p. 16.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Id.*, p. 17.

¹²⁷ *Id.*, p. 14.

¹²⁸ Carlos Bernal Pulido. “La racionalidad de (...) *Óp. cit.*, pp. 45-46.

¹²⁹ El numeral 6 del artículo 11 de la Constitución en su tenor literal reza,

ende, el aplicar el método de ponderación en el caso ecuatoriano resulta más complejo pues parte de la noción de que dos derechos en contradicción son jerárquicamente equivalentes.

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana ha precisado que la inexistencia de una jerarquía entre los derechos dificulta la interpretación judicial de los derechos¹³⁰. Por lo tanto, al analizar un conflicto entre derechos el juzgador debe aplicar el principio de unidad de la Constitución¹³¹ y el principio de armonización junto con el principio de proporcionalidad¹³². Concretamente resulta pertinente que la autoridad aplique el principio de armonización el cual determina que al aplicar el juicio de ponderación en un caso concreto el juez debe buscar que los derechos en colisión conserven su identidad¹³³. Así, a criterio de la Corte Constitucional colombiana,

El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad¹³⁴.

Como se desprende de la cita, la igualdad de jerarquía entre derechos exige una aplicación rígida del método de ponderación. Solamente de esta manera se logrará alcanzar una solución que armonice los derechos en juego, buscando que cada uno de ellos tenga la máxima efectividad posible en un caso específico.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa*. Causas No. 0003-08-IC/0004-08-IC/0008-08-IC. Sentencia de 2 de diciembre de 2008. Registro Oficial 479 de 2 de diciembre de 2008.

¹³¹ *Ibíd.* El principio de unidad de la constitución recalca que la Constitución constituye un sistema conjunto que sostiene una concepción política, ideológica y jurídica. Al interpretar normas de igual jerarquía en base a este principio es necesario buscar su óptima eficacia.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia en el caso de Augusto Vargas Sáenz c. Anais Moreno de Alzate*. Causa No. T-72178. Sentencia de 26 de septiembre de 1995.

A pesar de sus potenciales limitaciones, en la actualidad, la ponderación constituye uno de los principales elementos de interpretación constitucional. Es por esto que el método mencionado ha sido utilizado por la Corte Constitucional ecuatoriana para resolver conflictos entre derechos. Además, de emplear la ponderación como un método para constatar la validez de una limitación a un derecho, toda restricción también debe realizarse a la luz del principio *favor libertatis* y el principio de reserva de ley.

1.5.3 Principio *favor libertatis*

Cualquier restricción al derecho debe analizarse a la luz del principio *favor libertatis*. El mencionado principio recalca que ante la duda entre limitar un derecho o no hacerlo, se debe preferir la segunda opción. Al respecto, Ariño es del criterio que:

En caso de existir duda en torno a la ubicación del núcleo esencial para proceder a la limitación de un derecho, el intérprete deberá orientarse por el principio del “*favor libertatis*,” es decir que no deberá limitarse el derecho porque la restricción es lo excepcional y lo excepcional deberá justificarse, no debe dejarse al margen de la duda¹³⁵.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha establecido que las cláusulas que pueden ser empleadas para limitar un derecho como la referencia al orden público, la moral e incluso los derechos de terceros deben

(...) ser interpretad[as] y aplicad[as] rigurosamente, sin licencias que permitan extender[las] más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos¹³⁶.

En este sentido, el principio invocado enfatiza la necesidad de preservar el espectro de libertad del ciudadano por lo que solamente resultan admisibles aquellas restricciones que no lesionen el núcleo esencial del derecho.

1.5.4 Principio de reserva de ley

Una de las garantías esenciales para velar por la protección de los derechos es el principio de reserva de ley. Éste constituye una “técnica legislativa en virtud de la cual se encarga a la ley el desarrollo de los principales aspectos de determinadas materias,

¹³⁵ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...) Óp. cit.*, p, 97.

¹³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica *Caso Deloitte & Touche Sociedad Anónima y otros c. el Art. 8 del Reglamento de auditores externos y medidas de gobierno corporativo aplicables a los sujetos fiscalizados por la SUFEF, SUGEVAL y SUPEN*. Causa No. 05-003588-0007-CO Sentencia de 6 de diciembre de 2006.

excluyendo de este ámbito de regulación a otras normas jurídicas”¹³⁷. Con sustento en la reserva legal, se busca asegurar que la esfera de libertad y los derechos que corresponden a los ciudadanos sean normados por la voluntad de sus representantes, siguiendo un procedimiento legislativo¹³⁸. Esta garantía de carácter formal evita así potenciales abusos por parte del poder ejecutivo ya que éste al existir un “debilitamiento de los mecanismos de responsabilidad política,” podría tender a regular los derechos, a través de normas reglamentarias, de manera arbitraria¹³⁹. En consecuencia, la reserva de ley opera como una medida preventiva cuyo objetivo es evitar que la regulación de los derechos responda a intereses políticos no justificados.

En esta línea, la Constitución ecuatoriana recoge el principio de reserva de ley en el artículo 132 estableciendo en su numeral primero que se requiere de ley para “regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales¹⁴⁰. Dado que la norma se refiere a todos los derechos sin distinción alguna, tal reserva es aplicable al derecho a desarrollar actividades económicas. Con base en el tenor literal del precepto, cabe interpretar el alcance del concepto “regulación del ejercicio”. Si bien no existe un consenso respecto al significado concreto de esta terminología se ha entendido que la regulación alude a “cualquier afectación normativa de un derecho¹⁴¹”. Asimismo, la regulación se ha asociado con la labor del legislador conducente “al establecimiento de limitaciones o restricciones tendientes, en esencia, a asegurar la compatibilidad de los derechos fundamentales entre y con otros bienes jurídicos asimismo constitucionalmente protegidos¹⁴²”.

Compartiendo el pensamiento anterior, el Tribunal Constitucional chileno ha concluido que “si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de

¹³⁷ Alfonso Palacio. “Reserva de ley en los derechos fundamentales (...) *Óp. cit.*, p. 155.

¹³⁸ El procedimiento legislativo se caracteriza por el pluralismo político, la publicidad de las decisiones y el proceso de elaboración de normas que se adoptan en el seno de la asamblea y la adopción de decisiones por parte de una mayoría. Estas características dotan de un contenido democrático a la regulación de las materias reservadas a la ley., *Id.*, p 182. Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en (...) Óp. cit.*, p.664.

¹³⁹ Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa (...)* *Óp. cit.*, p. 213.

¹⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 132. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁴¹ Alfonso Palacio. “Reserva de ley en los derechos fundamentales (...) *Óp. cit.*, pp. 167–168.

¹⁴² *Ibíd.*

“regular” puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador¹⁴³”. En definitiva, en cuanto a los derechos, el término “regular” se vincula con la imposición de limitaciones a la libertad, limitaciones que necesariamente deben establecerse mediante ley. Es justamente la incidencia de estas limitaciones sobre los derechos la que condujo al Constituyente a exigir una ley para su implementación, pues sin lugar a dudas, éste buscó proteger el ámbito de libertad que corresponde a los agentes económicos privados.

Ahora bien, evidentemente, no toda norma que afecte un derecho debe tener rango de ley porque ello derivaría en tornar ineficiente a la administración pública. Sobre este tema, se ha señalado que:

Respecto al rigor en la exigencia de esta garantía, existe acuerdo en señalar que la reserva tiene carácter relativo, es decir, que no impide la colaboración del reglamento en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa. La reserva de ley veda simplemente la aprobación de normas reglamentarias claramente independientes de las directrices fijadas por el legislador¹⁴⁴.

Es decir, la ley debe contener todas las determinaciones esenciales respecto al ejercicio de los derechos y el reglamento única y exclusivamente se debe dedicar a complementarlos¹⁴⁵. Entendiéndose, por tanto, que el reglamento se enfoca en regular cuestiones secundarias que bajo ningún concepto pueden alterar o modificar la ley pues la administración no posee una autonomía creadora¹⁴⁶. A la luz de lo anterior, toda restricción que genere una afectación sustancial al contenido esencial del derecho necesariamente deberá establecerse por ley.

Adicionalmente, el derecho de libertad de empresa constituye un derecho de configuración legal y, debido a ello, la ley cumple un papel central en delinear su contenido esencial y sus limitaciones¹⁴⁷. Sin embargo, el que una libertad se pueda

¹⁴³ Tribunal Constitucional Chileno. *Caso Diputado Gustavo Alessandri Balmaceda y otros c. Decreto Supremo No. 327 del Ministerio de Obras Públicas*. Causa No. 167- 93-CDS. Sentencia de 6 de abril de 1993.

¹⁴⁴ Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa (...)* *Óp. cit.*, p. 217.

¹⁴⁵ Christian Viera Álvarez. “La libertad de empresa y (...)” *Óp. cit.*, p. 201.

¹⁴⁶ Francisco Rubio Llorente. “La libertad de empresa en la (...)” *Óp. cit.*, p. 438.

¹⁴⁷ El que un derecho se configure legalmente involucra el que la ley concrete aspectos relativos a su regulación, ejercicio y limitaciones. Todo lo anterior debe realizarse evaluando las circunstancias

configurar legalmente no implica que se pueda emplear tal justificativo para privarla de eficacia jurídica. Por ello, la Corte Constitucional colombiana ha mencionado que

las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales¹⁴⁸.

A pesar de todo lo mencionado, el Tribunal Constitucional español ha llegado a la absurda conclusión de determinar que “la regulación de las distintas profesiones, oficios, o actividades empresariales en concreto no es una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados”¹⁴⁹. Es decir, para el juzgador español, el normar una actividad no afecta al ejercicio del derecho a la libertad de empresa y, por tanto, se podría normar cualquier actividad por vía reglamentaria –siempre y cuando se respete el principio de legalidad–.

Lo anterior demuestra la escasa sensibilidad que se tiene ante las libertades económicas. Aceptar tal afirmación derivaría en el vaciamiento del derecho a la libertad de empresa pues es claro que la regulación de un emprendimiento concreto puede afectar y limitar al derecho a la libertad de empresa de manera sustancial y, por ende, regular su ejercicio. Si bien resulta difícil determinar en qué punto termina la competencia del legislativo e inicia la de la administración¹⁵⁰, no se puede asumir que toda regulación de una actividad empresarial no incide en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa.

Como se ha visto, las limitaciones a una actividad y su grado de regulación dependen del sector económico en el que se la desempeña. Así, como acertadamente recalca Llorente, “la regulación de la libertad de empresa es diferenciada, lo que la Constitución garantiza es la libertad de empresa, pero no que todas las empresas hayan de gozar del mismo grado de libertad”¹⁵¹. De la misma manera, para Vitoria, se someten a una reglamentación y a una ordenación estricta –es decir, a un alto grado de

específicas del sector económico. Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en (...) Óp. cit.*, pp. 336-337. Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa (...) Óp. cit.*, p. 218.

¹⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Francisco Cuello Duarte (...) Óp. cit.*

¹⁴⁹ Tribunal Constitucional de España. *Diputados y Gobierno de la Nación (...) Óp. cit.*

¹⁵⁰ Magdalena Correa Henao. *Libertad de empresa en (...) Óp. cit.*, p. 670.

¹⁵¹ Francisco Rubio Llorente. “La libertad de empresa en la (...) Óp. cit.”, p. 439.

intervención– las actividades definidas como servicios públicos o aquellas especialmente reguladas como la banca y seguros¹⁵².

Conviene, por tanto, realizar una distinción entre las actividades calificadas como “libres” y aquellas “disciplinadas”. Las primeras simplemente se encuentran sujetas a un marco legal básico – las normas del Código de Comercio, Código Civil, Constitución, entre otras– y a ciertas normas de policía¹⁵³ que protegen los intereses de terceros. Mientras tanto, las actividades disciplinadas –actividades consideradas vitales para el adecuado desenvolvimiento de las sociedad– también son sometidas a una regulación económica, es decir, a medidas que afectan la dinámica interna de la empresa estableciendo directrices en cuanto a aspectos técnicos, financieros o comerciales que la autoridad estima como relevantes¹⁵⁴. Puesto que la libertad de empresa tiene distinta intensidad, dependiendo de la actividad, la ley debe definir la categoría jurídica de cada sector de la economía. Solamente así, resulta posible interpretar si una norma reguladora presenta una intromisión ilegítima en una actividad determinada. Cabe recalcar que el hecho de que una actividad revista mayor importancia para la sociedad, no debe ser empleado como una excusa para desvirtuar el contenido del derecho a la libertad de empresa.

1.6 Conclusión

Como se ha mencionado a lo largo del capítulo, el derecho a la libertad de empresa constituye un derecho de libertad cuyo objetivo es permitir que el individuo se desarrolle autónomamente en el ámbito económico. Para lograr tal cometido, el particular debe gozar de libertad para acceder y salir del mercado así como de la posibilidad de organizar y sobre todo dirigir su empresa conforme a su criterio. Sin embargo, en virtud de que el derecho no es absoluto, se han formulado dos tesis para

¹⁵² Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa (...)* Óp. cit., p. 206.

¹⁵³ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...)* Óp. cit., p. 101-102. Las normas de policía se limitan a adecuar la actuación del particular a ciertos intereses generales como la salud pública, la seguridad, la organización urbanística pero no configuran en modo alguno la actividad en sí misma.

Respecto al poder de policía administrativa, la Corte Constitucional colombiana ha precisado que “éste consiste en un conjunto de actividades administrativas que tienen por objeto la expedición de reglas generales y de medidas individuales necesarias para el mantenimiento del orden público”. Corte Constitucional de Colombia. *Proceso de acción de tutela. Caso Mauricio Nicolás Sánchez y otros (...)* Óp. cit.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

definir el contenido esencial del derecho y sus potenciales limitaciones. Así, para la teoría absoluta, el derecho a la libertad de empresa tiene un contenido infranqueable que el legislador no puede afectar. En cambio, conforme a la teoría relativa, el derecho es elástico por lo que una limitación a éste es válida si cumple con el examen de proporcionalidad.

Por ende, caben limitaciones al derecho en aras a proteger el interés general de la sociedad u otros bienes jurídicos constitucionalmente tutelados. No obstante, las limitaciones en cuestión no pueden ser arbitrarias por lo que deben cumplir con el criterio de proporcionalidad esbozado por la tesis relativa así como con el método de ponderación utilizado comúnmente como un instrumento interpretativo ante la colisión de derechos. Adicionalmente, toda limitación al derecho de libertad de empresa debe ceñirse al principio *favor libertatis* y al principio de reserva de ley. De esta manera, se busca preservar el derecho en la mayor medida de lo posible al reconocer que éste es fundamental para fomentar la participación de los agentes económicos privados en la economía, logrando así que ésta se dinamice.

2 Los servicios financieros y el contrato de préstamo bancario

Al analizar el contenido del derecho a la libertad de empresa y sus potenciales limitaciones, se observó que éste depende en gran medida del sector económico en el que se desempeña una persona. Debido a ello, el presente capítulo se centra en analizar la naturaleza de los servicios financieros a la luz de la Constitución ecuatoriana con miras a determinar el grado de intervención estatal admisible en esa actividad. Igualmente, se evaluará la principal operación activa¹⁵⁵ que efectúa la banca, a saber el otorgamiento de préstamos.

Así, se obtendrá un entendimiento del negocio bancario y las decisiones internas que conllevan a la entidad crediticia a otorgar un préstamo o denegarlo. En atención a ello, se mencionaran brevemente los principales aspectos que conforman el riesgo crediticio así como ciertos fallos de mercado que afectan al sector. Por último, se examinará el artículo 209 del Código, el cual faculta a las autoridades a direccionar el crédito de la banca nacional. Lo anterior permitirá determinar posteriormente por qué tales políticas constituyen una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del profesional bancario, tema al que dedicaremos nuestro tercer capítulo.

2.1 Naturaleza de las actividades financieras

El artículo 308 de la Constitución ecuatoriana califica a las actividades financieras como un “servicio de orden público”, señalando que éstas sólo pueden ejercerse una vez que se obtenga la respectiva autorización del Estado. Evidentemente, el concepto acuñado por el legislador genera incertidumbre pues no se desprende con claridad si su intención era clasificar a tales actividades como un servicio público –sea propio o impropio- o simplemente como una actividad de carácter privado que reviste interés general. Ante tal situación, es menester analizar los trabajos preparatorios que antecedieron a la Constitución, con el fin de dilucidar el alcance de los términos

¹⁵⁵ Entre las operaciones activas de la banca se destaca principalmente el otorgamiento de préstamos. Sin embargo, existen otras operaciones activas como las operaciones interbancarias, inversiones en títulos o bonos de distintos plazos así como operaciones activas similares al préstamo como el contrato de descuento y el contrato de apertura de crédito. José Ramón Cano. *Manual práctico de contratación mercantil. Tomo II Contratos bancarios, financieros y sobre títulos-valores*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 64-65.

empleados por el constituyente, atendiendo a un elemento histórico¹⁵⁶ para luego proceder a realizar una interpretación gramatical y sistemática¹⁵⁷.

En un principio y, conforme al informe para el primer debate, se propuso calificar a las actividades financieras como un “servicio público delegable”. Debido a que el proyecto de ley buscaba recuperar la “soberanía económica del país”, se resaltó la “necesidad imperiosa de ejercer un control exhaustivo”¹⁵⁸ sobre las actividades del sector financiero. Además, el informe puntualizó que,

dado que la estabilidad económica es un bien público, que la Banca [sic] trabaja mayoritariamente con recursos que no son propios, que por su naturaleza las actividades financieras generan dinero ficticio del cual extraen rentabilidad y ya que el dinero cumple con una función esencialmente social y por tanto la generación monetaria debe ser un privilegio exclusivo del Estado, esta Constitución declara a las actividades financieras como un servicio público delegable. (El subrayado me pertenece)¹⁵⁹.

Entre los argumentos esgrimidos por los asambleístas se destacó, en repetidas ocasiones, que de esta manera se buscaba evitar el feriado bancario que vivió anteriormente el país, controlar a los “banqueros corruptos” y proteger al depositante al permitir que el Estado, como su legítimo representante, sea quien fije las políticas bancarias. Como se vislumbra, el criterio planteado por los constituyentes refleja su intención de preservar la estabilidad económica del país, estabilidad que según su entender únicamente puede alcanzarse mediante un escrutinio estricto de las actividades financieras por parte del Estado. En esta línea, una regulación rígida de esta actividad se lograría al declarar que ella constituye un servicio público. No obstante, el informe

¹⁵⁶ Se emplea el término histórico ya que éste hace referencia a los debates en los que se discutió la ley y los informes que condujeron a su promulgación. Julio César Rivera. *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 178.

¹⁵⁷ *Ibíd.* De acuerdo al tratadista Savigny la ley se debe interpretarse conforme a cuatro elementos siendo éstos los siguientes: gramatical, histórico, lógico y sistemático. El primero busca interpretar el sentido literal de las palabras empleadas conforme a su acepción técnica; el segundo, pretende interpretar la ley conforme a los antecedentes que impulsaron su promulgación; el tercero, analiza la relación lógica del pensamiento; y finalmente, el elemento sistemático establece que toda ley debe interpretarse de manera armónica como una unidad coherente.

¹⁵⁸ Asamblea Constituyente. *Acta 056 de 31 de mayo de 2008*. <http://montecristivive.com/acta-056-31-06-2008/> (acceso 15/06/2015) p. 10.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

jamás menciona las repercusiones jurídicas que conlleva el denominar a una actividad como un servicio público¹⁶⁰.

Por su parte, el informe para el segundo debate modificó la propuesta de categorizar a la actividad financiera como un “servicio público delegable”, estableciendo que ésta debía ser un “servicio de orden público.” A la luz del informe, así como refiriéndonos a las opiniones vertidas por los integrantes de la Mesa No. 7¹⁶¹, inferimos que tal conceptualización buscaba resaltar el control del Estado sobre la actividad. Así, para la asambleísta Beatriz Tola, al concebir al sistema financiero como un servicio de orden público se recalca que sobre tal sistema existen mecanismos de control¹⁶². Mientras tanto, para la diputada Martha Roldós, tal denominación de la banca busca garantizar los ahorros de los ecuatorianos¹⁶³. Por último, para el asambleísta Norman Wray, al establecer que la actividad financiera constituye un servicio de orden público se “[garantiza] con claridad, la posibilidad del control, la regulación y la protección del bien público, que son los depósitos de la gente”¹⁶⁴. En resumidas cuentas, el catalogar a la actividad como un servicio de orden público pretendía otorgar al Estado un mayor control sobre su ejercicio y desenvolvimiento, bajo el argumento de que así se evitaría una severa crisis financiera como la que el país experimentó en 1999.

Adicionalmente, es pertinente referirse a la intervención del asambleísta León Roldós, ya que durante el debate él mencionó que la legislación mexicana emplea la terminología “servicio de orden público” para catalogar a la actividad bancaria¹⁶⁵. Cabe

¹⁶⁰ Al respecto, únicamente el Asambleísta Pablo Lucio Paredes menciona que el calificar a los servicios financieros como servicios públicos resulta inapropiado jurídicamente pues la actividad bancaria no debe cumplir con el criterio de obligatoriedad que caracteriza a un servicio público. Asamblea Constituyente. *Acta 056 de (...) Óp. cit.*, p. 32.

¹⁶¹ La Mesa No. 7 fue la encargada de redactar los artículos referentes al sistema financiero siendo integrada por Norman Wray, Germánico Pinto, Beatriz Tola, Martha Roldós, Pablo Lucio Paredes, Alberto Acosta, entre otros. Nos referiremos a sus opiniones debido a que éstas constituyen una fuente de interpretación de la ley al no representar opiniones individuales expresadas en el debate, sino aclaraciones de los miembros que desarrollaron el proyecto de ley. Julio César Rivera. *Instituciones del Derecho (...)* *Óp. cit.*, 182.

¹⁶² Asamblea Constituyente. *Acta 069 de 26 de junio de 2008*. <http://montecristivive.com/acta-069-26-06-2008/> (acceso 15/06/2015) p. 58.

¹⁶³ *Id.*, p. 61.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 71.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 73. Concretamente, el asambleísta menciona que “posiblemente, la legislación mexicana, en diferentes etapas, ha sido la más avanzada en materia bancaria. Ahí está calificado como orden público y, en las actuales circunstancias, se mantiene la calificación de orden público.” Cabe señalar que para el año

precisar que la legislación mexicana, concretamente el decreto ejecutivo mediante el cual el Presidente López Portillo nacionalizó la banca en 1982¹⁶⁶, se refiere al crédito y a la inversión como actividades de interés social y de orden público pero en ningún momento cataloga a la actividad financiera como un servicio de esta naturaleza. Es más, en 1982, la banca mexicana constituía un servicio público concesionado al particular¹⁶⁷. En esa medida, la afirmación del asambleísta es equivocada. En todo caso, su aporte devela que quizás la intención del legislador fue emplear el concepto de orden público utilizado en otra legislación con la errada idea de que éste ya se había empleado previamente para catalogar a la actividad financiera en su integralidad.

Dado que la denominación “servicio de orden público” no ha sido utilizada previamente, es necesario recurrir a una interpretación literal de sus términos para esclarecer su significado. Como se mencionó, en un inicio, la Asamblea Constituyente propuso catalogar a la actividad financiera como servicio público delegable y, posteriormente, optó por la expresión “servicio de orden público.” Por ello, es evidente que esta última expresión no debe vincularse con la noción de servicio público –ya sea propio o impropio–, pues de ser así, la intención inicial del constituyente no habría sufrido modificaciones. Sin embargo, a continuación, se analizará brevemente el concepto de servicio público propio e impropio con miras a despejar toda duda respecto a su distinción con el concepto de “servicio de orden público”.

Como es ampliamente conocido y, como lo expresa el tratadista Linares, se denomina servicio público a

la prestación obligatoria individualizada y concreta de cosas y servicios, para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, ya directamente por la Administración, ya por medio de particulares: en ambos casos bajo un régimen de derecho público¹⁶⁸.

2008 en México regía –y rige actualmente– la Ley de Instituciones de Crédito, ley que simplemente señala que las disposiciones contenidas en su texto son de orden público.

¹⁶⁶ Intuimos que el asambleísta alude a tal Decreto debido a que es éste el que se detalla en su libro *Banca y Crédito*, libro mencionado durante el debate. Asamblea Constituyente. *Acta 056 de (...) Óp. cit.*, p. 25.

¹⁶⁷ Incluso, el carácter de servicio público concesionado resulta debatible en la legislación mexicana ya que en realidad solamente se exigía una autorización para ejercer la actividad y además esta no compartía los caracteres del servicio público por lo que se consideraba que su denominación era errónea y simplemente ésta constituía una actividad sujeta a control y vigilancia. Gustavo Velasco. “Sobre la naturaleza jurídica de la concesión bancaria”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* (1969), p. 310.

¹⁶⁸ Juan Francisco Linares. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986, p. 509.

Una vez que se declara como servicio público a determinada actividad esta se somete al régimen de derecho público, es decir, es estrictamente regulada por el Estado quien busca garantizar su prestación¹⁶⁹. Además, la prestación de servicios públicos debe cumplir con ciertos requisitos como lo son la continuidad, regularidad, igualdad, y obligatoriedad¹⁷⁰. En la actualidad, la noción de servicio público abarca actividades tan variadas que se ha cuestionado su utilidad e incluso se ha considerado que el concepto se encuentra en crisis¹⁷¹.

Por su parte, algunos autores definen al servicio público impropio como una actividad prestada por una persona privada que exige una autorización¹⁷² previa y está sujeta a cierta reglamentación, en definitiva, una actividad de interés público¹⁷³. Bajo esta concepción, el servicio público impropio es una actividad que la ejerce el particular, con sometimiento a ciertas regulaciones estatales. Dado que la actividad “reviste un interés general muy caracterizado por la colectividad”, el Estado reserva para sí poderes de intervención y control sobre la actividad que se mantienen a lo largo de su desarrollo¹⁷⁴. Mientras tanto, otro sector de la doctrina arguye que las actividades calificadas de tal manera son híbridas pues las prestan particulares pero éstas presentan

¹⁶⁹ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 402.

¹⁷⁰ La continuidad implica que la necesidad pública se satisfaga de manera oportuna, dependiendo de ésta, el servicio deberá prestarse de manera ininterrumpida o intermitente. La regularidad exige que la prestación del servicio sea plena y se ciña a las reglas establecidas para el efecto. Por su parte, el criterio de igualdad determina que todos los solicitantes del servicio que estén en condiciones análogas deben recibir el mismo servicio. Finalmente, la obligatoriedad exige al prestatario del servicio admitir a todo aquel que lo requiera. Juan Francisco Linares. *Derecho Administrativo (...) Óp. cit.*, p. 517-518. Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. VI 34-35.

¹⁷¹ Hugo Palacios. “El inútil concepto de “servicio público.” Notas para una crítica desde la perspectiva de “*law and economics*”. *Colección Derecho Económico III*. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2001, p. 99.

¹⁷² Por autorización se entiende a un acto administrativo de carácter preventivo y declarativo mediante el cual la administración permite al particular ejercer un derecho preexistente una vez que haya cumplido ciertos requisitos. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispania Libros, 2006, p. 848. Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 659.

¹⁷³ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo (...) Óp. cit.*, p. 826. Juan Francisco Linares. *Derecho Administrativo (...) Óp. cit.*, p. 515-516. Guillermo Matta y Trejo. “El control estatal de la actividad financiera”. *Revista Derecho Empresario* (1978), p. 30.

¹⁷⁴ Gaspar Ariño. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p. 374-375.

ciertos elementos del servicio público como la continuidad¹⁷⁵ e inclusive la obligatoriedad¹⁷⁶. Sin embargo, ambas posturas concuerdan al sostener que, a diferencia del servicio público propiamente dicho, en este caso no existe una transferencia de ciertas potestades de la administración a favor de los particulares que ejecutan el servicio¹⁷⁷.

Justamente por la limitación que involucra el declarar una actividad como servicio público impropio es menester que exista una declaración legislativa que establezca que una actividad determinada reviste tal carácter. Así, Cassagne se pronuncia en los siguientes términos:

la admisión del servicio público impropio exige una declaración legislativa, en atención a que la norma que sujete una determinada actividad de titularidad privada al régimen del servicio público implica transformar una actividad esencialmente libre en una actividad reglamentada o regulada por el Estado, donde el principio de libertad sufre importantes amputaciones al imponerse a los particulares la obligación de prestar el servicio, en forma igualitaria a toda la población¹⁷⁸.

Como se vislumbra, la distinción entre el servicio público impropio y una actividad privada destinada a satisfacer necesidades colectivas varía en relación a la tesis que se adopte. Para quienes creen que el servicio público impropio tiene ciertos caracteres del servicio público propiamente dicho –como la continuidad y obligatoriedad–, la diferencia radica precisamente en que una actividad privada no goza de tales calidades por lo que no se encuentra sometida a un régimen de control tan estricto. Por su parte, otros autores expresan que la única diferencia entre una actividad privada sujeta a reglamentación y un servicio público impropio se constata en el hecho de que éste último requiere de una declaración legislativa para ser considerado como tal. Finalmente, otro sector de la doctrina sostiene que resulta innecesaria tal calificación

¹⁷⁵ Para Gordillo, el Estado reglamenta los servicios públicos impropios con el objetivo de garantizar su continuidad y uniformidad de tarifas. Así, califica como tales a las farmacias, los coches y botes de alquiler, entre otros. Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho (...)* *Óp. cit.*, p. VI 39.

¹⁷⁶ De acuerdo al criterio de Cassagne, todo servicio público independientemente de su distinción entre propio e impropio consiste en una prestación obligatoria y concreta. Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo (...)* *Óp. cit.*, p. 407. En el mismo sentido, se pronuncia Fernández para quien el prestatario de un servicio público impropio esta obligado a brindar el servicio a quien lo solicite. Jorge Fernández. “Disertación sobre el servicio público”. *Foro Revista de Derecho* (2010), p. 15.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 401.

¹⁷⁸ *Id.*, p. 412. En los mismos términos se pronuncia Gordillo al mencionar es necesario un acto expreso de reconocimiento por parte del Estado para que una actividad sea un servicio público impropio pues de lo contrario su régimen podría extenderse arbitrariamente a cualquier actividad. Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho (...)* *Óp. cit.*, p. VI 39.

legislativa¹⁷⁹. En este orden de ideas, la distinción sólo tiene importancia si se adopta la primera tesis, pues, por lo demás, ésta resulta inútil.

Concretamente, en cuanto a la actividad bancaria, la doctrina se encuentra fragmentada en tres vertientes. Así, ciertos autores sostienen que ésta es un servicio público¹⁸⁰; mientras tanto, otro sector doctrinario la cataloga como un servicio público impropio¹⁸¹; y, finalmente, una tercera postura considera que ésta es una actividad privada sujeta a regulación mediante técnicas de policía administrativa¹⁸². Conforme a la última concepción, resulta absurdo considerar que la actividad bancaria es un servicio público propio o impropio –adoptando la tesis de que éste último se rige por la obligatoriedad y continuidad– pues el hacerlo implicaría una desnaturalización de los servicios financieros. Esto porque “uno de los rasgos que más caracteriza a la operatoria bancaria es la selección voluntaria de clientela y de riesgos¹⁸³” cuestión que a todas luces excluye al criterio de obligatoriedad.

Si bien esta postura es discutible pues la banca no puede negarse a otorgar un crédito con fundamento en circunstancias subjetivas sino únicamente con base en

¹⁷⁹ Marienhoff argumenta que no es necesario un acto estatal expreso para que una actividad se considere servicio público impropio sino que esto puede derivar de su propia esencia o naturaleza. Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo (...)* *Óp. cit.*, p. 55. De igual manera, Fernández sostiene que la ley no esta encargada de crear el servicio público impropio. Jorge Fernández. “Disertación sobre el (...) *Óp. cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ Para Acosta, la actividad bancaria es un servicio público ya que es un actividad vigilada que interesa al Estado y se rige por normas de derecho público que exigen su igualdad, regularidad y continuidad. Miguel Ángel Acosta Romero. *Derecho Bancario*. México D.F: Editorial Porrúa, 1991, p. 152-154. Por su parte, para el autor argentino Carlos Villegas la banca es un servicio público propio ya que satisface necesidades generales que le otorgan las características y condición de un servicio público sometido a normas de subordinación establecidas por el Estado. Citado en Carlos Gersovich. “Marcos del derecho bancario y financiero” *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 41.

¹⁸¹ *Id.*, p. 43. Para Gersovich, la actividad bancaria constituye un servicio público impropio, es decir, la actividad se posiciona en una situación intermedia entre el servicio público propio y la actividad privada sujeta a simple autorización.

¹⁸² Ernesto Martorell. *Tratado de los contratos de empresa. Tomo II Contratos bancarios*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1996, p. 17-18. Guillermo Matta y Trejo. "El control estatal (...) *Óp. cit.*, p. 30. Para Ariño, la actividad bancaria es una actividad programada a la que no se le extiende el régimen jurídico propio del servicio público, la entiende como un servicio público impropio pero tratando al término como sinónimo de actividad privada de interés general. Gaspar Ariño. *Economía y Estado (...)* *Óp. cit.*, p. 379-380.

¹⁸³ Ernesto Martorell. *Tratado de los contratos (...)* *Óp. cit.*, p. 18.

criterios objetivos –relativos al mérito crediticio y la capacidad de pago del deudor¹⁸⁴–, la entidad financiera aún conserva un amplio margen de discrecionalidad para extender líneas de crédito o negarlas en función de tales circunstancias. Por este motivo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina ha recalcado que en la actividad bancaria no se constata un derecho subjetivo del cliente a la obtención del crédito¹⁸⁵. A nuestro parecer, esta perspectiva es acertada, por lo que concluimos que simplemente la actividad bancaria se rige por una regulación de derecho público que vigila su desempeño y, bajo esa lógica, constituye una actividad reglamentada que reviste interés público. Sin embargo, por cuestiones de interpretación, se procederá a analizar el concepto de orden público.

2.1.1 Orden público

Como es sabido, el orden público constituye un concepto jurídico indeterminado¹⁸⁶ por lo que no existe una única acepción de este término. Ello dado que tal noción envuelve un concepto de naturaleza valorativa por lo que su significado es flexible y varía en razón del espacio y el tiempo¹⁸⁷. Además, el entendimiento del orden público cambia en atención al área del derecho que se estudie; así, éste tiene un alcance distinto en el ámbito constitucional, en el derecho privado y en el derecho internacional¹⁸⁸. Sin

¹⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Caso Gilberto Gaviria Posada y otros c. Banco Santander y otros*. Causa No. SU-157/99. Sentencia de 10 de marzo de 1999.

¹⁸⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A. *The First National Bank Of Boston c. S.K.P. Establecimientos Metalúrgicos*. Sentencia de 22 de agosto de 1985.

¹⁸⁶ Por concepto jurídico indeterminado identificamos a aquellos términos legales cuyo alcance es incierto al referirse la ley a una realidad cuyos límites son imprecisos. Se entiende también como aquel término jurídico cuyo contenido solamente se puede fijar a través de la concreción judicial. Sergio Tamayo. *Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 40-43.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 46.

¹⁸⁸ Para el derecho internacional privado, el orden público se emplea para descartar la aplicación del derecho foráneo que correspondía utilizar conforme a las normas de conflicto porque éste atenta contra los intereses fundamentales del sistema jurídico local, es decir, tiene una función esencialmente correctiva. José Antonio Moreno. “Orden público y arbitraje: algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y Mercosur”. *Derecho Comercial en el Siglo XXI*. Jorge Oviedo Albán (coord.). Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 211. En derecho civil, las normas de orden público operan como un límite al principio de autonomía de la voluntad de las partes, buscando un equilibrio en las relaciones contractuales. Juan Morales. *Teoría General del Derecho Civil*. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 47. Finalmente, en derecho constitucional, las normas de orden público constituyen un límite para el libre ejercicio de los derechos tanto individuales como colectivos. Ángel Juárez. *Los principios de interés social, orden público y apariencia del buen derecho*. Coyoacán: Raúl Juárez Carro Editorial, 2012, p. 75.

embargo, en general, se ha descrito al orden público como un conjunto de valores o principios necesarios para la convivencia pacífica y la conservación del bienestar colectivo¹⁸⁹. Es decir, la voluntad de la sociedad constituye la columna vertebral del concepto, al ser ésta la que determina aquellos valores socialmente deseables que deben primar sobre cualquier interés individual, con miras a vivir en una sociedad justa.

En este orden de ideas se ha definido al orden público de la siguiente manera:

bajo una acepción genérica, se ha de considerar el orden público, por lo tanto como un presupuesto de paz y tranquilidad necesario para el libre ejercicio de los derechos y libertades del hombre en una sociedad democráticamente organizada, en la cual, el normal funcionamiento de las instituciones, el mantenimiento de la paz social, tranquilidad, y el libre ejercicio de esos derechos y libertades constituyen el fundamento mismo de ese orden público¹⁹⁰.

Como se desprende de la cita, el orden público envuelve una serie de criterios de índole filosófica, ética, social y económica¹⁹¹, por lo que su sentido varía en razón de las concepciones sociales dominantes en un momento dado. Igualmente, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”), el orden público alude a “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”¹⁹². Si bien es el Estado es el llamado a preservar el orden público, éste último puede resultar turbado tanto por los ciudadanos como por el mismo poder público ya que su conservación depende de un equilibrio entre los particulares y la administración¹⁹³.

Aunque usualmente el término orden público se ha empleado para calificar a normas que se estiman imperativas y no se ha utilizado previamente para catalogar a una actividad en concreto, se intuye que la intención del legislador al calificar a las actividades financieras como un servicio de orden público era recalcar la importancia

¹⁸⁹ Juan Morales. *Teoría General del (...) Óp. cit.*, p. 36.

¹⁹⁰ Alfredo Carballo. “Orden público, seguridad ciudadana y reconversión policial en los procesos de reforma del Estado”. *Reforma del estado y derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999, p. 172.

¹⁹¹ Incluso, en algunos países como Chile la doctrina ha manejado la noción de orden público económico entendido como el “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” Juan Pablo Torrijo. “Orden público económico y constitución económica” *Revista de Estudios Uis Novum* (2009), p. 291.

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985, párr. 64.

¹⁹³ Julián Delgado. *La noción de orden público en el constitucionalismo español*. Madrid: Dyckinson, 2011, p. 24

que tiene ese tipo de actividad para el adecuado desenvolvimiento de la economía del país. En esa medida, el calificar a las actividades financieras como un “servicio de orden público” no transmuta su carácter privado sino que simplemente se limita a recalcar el interés general que conlleva el desempeño de la actividad. En otras palabras, se infiere que la finalidad del legislador era enfatizar el papel crucial que juega la banca en el desarrollo de una economía sana, recalcando así la necesidad de que la administración pública la fiscalice y regule.

A pesar de ser altamente doctrinaria, la discusión en cuestión es de trascendental importancia en la práctica. Esto porque, como se ha expuesto, el contenido del derecho a la libertad de empresa, así como el grado de intervención estatal permisible en una actividad depende de su estatus jurídico¹⁹⁴. Lógicamente, el grado de regulación es mayor en aquellas actividades catalogadas como servicios públicos pues éstas tienen una relevancia particular en la vida de la sociedad. Toda vez que se ha determinado que la actividad bancaria en el Ecuador no ha perdido su carácter privado, corresponde analizar su rol en la economía y en el desarrollo de la sociedad en general.

2.2 Operaciones bancarias

Como es ampliamente conocido, el banco desempeña su función en el mercado financiero como un comerciante profesional, altamente especializado que realiza con habitualidad una serie de operaciones de intermediación financiera con miras a obtener un lucro¹⁹⁵. En otras palabras y, como lo menciona Morales,

banco es un establecimiento de estructura accionaria privada o pública y de naturaleza mercantil que debidamente autorizado, capta recursos de capital en forma de depósito y los transfiere, junto con sus propios recursos y bajo su propia responsabilidad, hacia otros sectores de la actividad económica¹⁹⁶.

Por su parte, Garrigues expresa que, en esencia, los bancos son “negociantes de crédito que median entre los que necesitan dinero para sus negocios y los que desean colocar su dinero de manera fructífera”¹⁹⁷. Al funcionar como intermediarios indirectos del crédito, los establecimientos crediticios tienen una extraordinaria influencia pues dinamizan la

¹⁹⁴ Gaspar Ariño. *Principios constitucionales de (...) Óp. cit.*, p. 102.

¹⁹⁵ Joaquín Garrigues. *Contratos bancarios*. Madrid: S.N., 1958, p. 3.

¹⁹⁶ Francisco Morales Casas. *Fundamentos de la actividad y los negocios bancarios*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1991, p. 329.

¹⁹⁷ Joaquín Garrigues. *Contratos bancarios (...) Óp. cit.*, p. 33.

economía de un país canalizando el ahorro o el capital ocioso –captado generalmente en forma de depósito– hacia actividades de carácter productivo –mediante la concesión de préstamos o el empleo de otros instrumentos jurídicos similares¹⁹⁸–. Precisamente por este motivo, el accionar del banco trasciende la relación coyuntural que éste mantiene con sus diversos clientes “influyendo prácticamente hasta en los últimos rincones de la vida social; y así, desde la economía doméstica hasta la del propio Estado (...)”¹⁹⁹.

Desde la óptica contable, las actividades bancarias pueden catalogarse como operaciones bancarias pasivas y activas; entendiéndose por operación bancaria a la manifestación fáctica de la relación entre el banco y su cliente cuyo objetivo es satisfacer intereses de índole económico²⁰⁰. Así, a través de las operaciones pasivas, el banco capta recursos reembolsables del público con el propósito de utilizarlos para diversos fines de financiamiento. Por ello, frente al banco, el cliente ostenta un derecho de crédito para exigir la restitución de los fondos concedidos en las condiciones de forma y tiempo pactadas²⁰¹. En cambio, se denomina operación activa a aquella mediante la cual la institución financiera concede un crédito, ya sea a través de un préstamo, un contrato de apertura de crédito u otro instrumento jurídico análogo, siendo éste pagadero a futuro²⁰². Como se evidencia, en ambos supuestos el crédito tiene un rol fundamental, pues en las operaciones pasivas el banco es receptor de éste mientras que en las activas actúa como el otorgante del mismo. Justamente por ello, para Garrigues, “el crédito es la materia genuina de la operación bancaria²⁰³”.

En este orden de ideas, el contrato bancario constituye la manifestación o el esquema jurídico de la operación bancaria. En términos generales, se entiende por contrato bancario a “aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiendo por tal la que se incardina dentro

¹⁹⁸ Los bancos también funcionan como mediadores directos –colocando obligaciones emitidas por una sociedad– aunque su principal actividad es la intermediación indirecta.

¹⁹⁹ Ernesto Martorell. *Tratado de los contratos de empresa (...)* Óp. cit., p. 11.

²⁰⁰ José Ignacio Bonet. “El contrato bancario”. *Contratos bancarios y parabancarios*. Nieto, Ubaldo (coord.). Valladolid: Editorial Lex Nova S.A, 1998, p. 83. Cabe destacar que conforme al numeral 9 del Art. 3 del Código de Comercio ecuatoriano las operaciones bancarias se consideran actos de comercio.

²⁰¹ Guillermo Jiménez Sánchez. *Derecho mercantil*. Barcelona: Editorial Ariel, 2006, p. 481.

²⁰² Miguel Ángel Acosta Romero. *Derecho bancario (...)* Óp. cit., p. 529.

²⁰³ Joaquín Garrigues. *Contratos bancarios (...)* Óp. cit., p. 32.

de la actividad de intermediación crediticia indirecta”²⁰⁴. De igual manera, para Bonet, el contrato bancario nace a la vida jurídica como consecuencia de la intermediación financiera de un establecimiento de crédito²⁰⁵. En cuanto a las operaciones activas, el contrato más empleado en la práctica constituye el contrato de mutuo²⁰⁶. Por este motivo, se analizarán sus principales características pues siendo la cartera de préstamos el principal activo de la banca, es indudable que las políticas de direccionamiento de crédito incidirán notoriamente sobre este contrato.

2.2.1 El contrato de préstamo bancario

En el contexto de la actividad bancaria, el contrato de préstamo de consumo constituye aquel negocio jurídico mediante el cual la entidad financiera entrega al prestatario una suma de dinero en un solo importe, obligándose el deudor a restituirla, generalmente de una manera fraccionada en fechas previamente fijadas²⁰⁷. Además de restituir el capital, el cliente se obliga, de manera accesoria, a pagar el interés convenido. Resulta conveniente precisar que la suma de dinero a restituirse se expresa en términos nominales por lo que el receptor del crédito extingue su obligación al pagar una suma de dinero numéricamente equivalente a la suma concedida por la entidad crediticia, independientemente de su valor real²⁰⁸. Esto porque la contraprestación del deudor no consiste en devolver un valor –el cual puede variar en razón de diversas circunstancias económicas– sino en restituir cierta cantidad de unidades monetarias²⁰⁹.

Así, al celebrar un contrato de préstamo, el banco se convierte en acreedor de una obligación cuyo cumplimiento está diferido en el tiempo²¹⁰. La obligación es aplazada

²⁰⁴ José Ramón Cano. *Manual práctico de (...) Óp. cit.*, p. 12.

²⁰⁵ José Ignacio Bonet. “El contrato bancario” (...) *Óp. cit.*, p. 87.

²⁰⁶ El principal activo de la banca es su cartera de préstamos. Gersovich, Carlos. “Marcos del derecho bancario (...) *Óp. cit.*, p. 58. Néstor Martínez. *Sistemas financieros*. Bogotá: Federación Latinoamericana de Bancos, 1994, p. 152.

²⁰⁷ A través del principio nominalista se ignora la incidencia de la inflación o deflación en el poder adquisitivo de la moneda. Independientemente de las circunstancias económicas, el deudor extingue su obligación al pagar el valor nominal de su deuda. Guillermo Jiménez Sánchez. *Derecho mercantil (...) Óp. cit.*, p. 500.

²⁰⁸ *Id.*, p. 503.

²⁰⁹ Joaquín Garrigues. *Contratos bancarios (...) Óp. cit.*, 78.

²¹⁰ *Id.*, p. 36.

porque así guarda armonía con la finalidad económica del contrato de préstamo, siendo éste de carácter duradero precisamente para otorgar al cliente la posibilidad de restituir el dinero prestado. En cuanto al interés, éste opera como el “precio del tiempo”²¹¹ o el precio de los fondos concedidos al prestatario; es decir, en esencia, los intereses tienen un carácter remuneratorio pues representan el beneficio económico que el banco extrae de la operación.

Al respecto, el autor colombiano Hildebrando Leal establece que,

debe tenerse en cuenta que los intereses son los réditos de un capital, debiéndose entender incluido en ellos tanto lo que se cobra por ceder el beneficiario de hacer uso del dinero, como por asumir el riesgo que ello representa y, en general, todas las cargas de tipo accesorio que se derivan para el acreedor (...) como podrían ser los estudios de crédito y los costos de su contabilización, control y cobranza normal u ordinaria, resultando así remunerada con tales réditos, y en su integridad, la operación financiera²¹².

Dado que el beneficiario debe saber con precisión el monto de intereses a abonar, la entidad financiera debe explicar detalladamente la fórmula empleada para calcularlos, el tipo de interés aplicable –sea fijo o variable– así como las fechas de devengo y su periodicidad²¹³. Además, es necesario precisar que la tasa de interés a cobrar es diferencial, es decir, depende del tipo del tipo de préstamo que se otorga. En esta línea, al fijar la tasa de interés el banco considera aspectos como el riesgo de incumplimiento de la obligación, el plazo de amortización y la liquidez del préstamo, las garantías, entre otros²¹⁴.

2.2.2 Principales características del contrato

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que el contrato de préstamo es un contrato real y aquellos que lo clasifican como un contrato consensual en atención a su tratamiento en la práctica bancaria. Los partidarios de la primera tesis aducen que el contrato es real porque así lo

²¹¹ José Ramón Cano. *Manual práctico de (...) Óp. cit.*, p. 14.

²¹² Hildebrando Leal. *Contratos bancarios*. Bogotá: Librería del Profesional, 1990, p. 188.

²¹³ Guillermo Jiménez Sánchez. *Derecho mercantil (...) Óp. cit.*, p. 503. Para cuantificar el interés, la institución financiera toma en cuenta tres factores: el capital prestado, el tipo de interés nominal y el tiempo. A su vez, el tiempo se divide en dos criterios el tiempo de financiación –que multiplica a los otros dos factores– y la base anual (en general, 365 días). José Ignacio Bonet. “El contrato bancario” (...) *Óp. cit.*, p. 95.

²¹⁴ Roger Le Roy y Robert Pulsinelli. *Moneda y banca*. Bogotá: Mc. Graw Hill Interamericana, 1992, p. 107-108.

determina la ley por lo que éste únicamente se entiende perfecto una vez que el dinero se encuentra a disposición del deudor²¹⁵. Por su parte, para los autores que se adhieren a la segunda tesis, el contrato se reputa perfecto cuando se efectúa el acuerdo de voluntades; bajo esta hipótesis, la entrega de dinero por parte del prestamista se considera un acto de ejecución del contrato²¹⁶. La relevancia de esta distinción radica en determinar si el contrato es bilateral –en el caso de considerarlo consensual– o unilateral, generando así obligaciones sólo a cargo del prestatario –si se lo categoriza como un contrato real.

Independientemente de las consideraciones acerca del perfeccionamiento del contrato de préstamo, su naturaleza como contrato *intuitu personae* es indiscutible. Por consiguiente, para extender una línea de crédito, el banco debe confiar plenamente en el porvenir de su cliente y, sobre todo, en que éste adoptará una conducta leal en cuanto al destino de los fondos otorgados²¹⁷. Como acertadamente lo precisa Martorell, “[p]ara que haya crédito debe haber confianza en el otorgante sobre el requirente. O sea, que no existe un derecho abstracto o universal del cliente al crédito²¹⁸”. En el mismo sentido se pronuncia Anelli, al recalcar que

el banco, como cualquier otra empresario que opera en condiciones de libre mercado, no tiene obligación alguna de contraer con terceros que se propongan como clientes de la entidad. Cada banco tiene libertad de determinación discrecional en orden a la opción de conceder o no conceder crédito a quien aspirase a obtener financiamiento²¹⁹. (El subrayado me pertenece).

²¹⁵ Nicolás Marti. “El préstamo bancario de dinero” *Contratos bancarios y parabancarios*. Nieto, Ubaldo (coord.). Valladolid: Editorial Lex Nova S.A, 1998, p. 401. Hildebrando Leal. *Contratos bancarios (...)* *Óp. cit.*, p. 171.

²¹⁶ Joaquín Garrigues. *Contratos bancarios (...)* *Óp. cit.*, p. 233. Reconoce que a pesar de que el contrato sea real en términos jurídicos, conforme a la mentalidad del banquero el contrato es un pacto consensual. José Ramón Cano. *Manual práctico de (...)* *Óp. cit.*, p. 62.

²¹⁷ *Id.*, p. 17.

²¹⁸ Ernesto Martorell. *Tratado de los contratos de empresa (...)* *Óp. cit.*, p. 72.

²¹⁹ Franco Anelli. “La responsabilidad resarcitoria de la banca por ilícitos cometidos en el otorgamiento de crédito” *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 630.

Justamente por la libertad que tiene la entidad crediticia para elegir a sus potenciales deudores, analizando cuidadosamente su riesgo crediticio, es que ésta puede resultar civilmente responsable ante un incumplimiento contractual²²⁰.

En concordancia con lo anterior, se deduce con claridad que el contrato padece de cierta fragilidad pues si la confianza del prestamista resulta truncada por una circunstancia sobreviniente –por ejemplo, si el patrimonio del cliente se ve significativamente menguado– el banco se encuentra facultado para terminar la relación contractual²²¹. Debido al alto nivel de confianza que exige el contrato, el principio de buena fe resulta crucial para su adecuado desenvolvimiento, es más, es en el ámbito bancario en el que tal principio se plasma con mayor claridad. Incluso, se ha llegado a argumentar lo siguiente respecto a la relación entre el banco y sus clientes,

Quien tiene recursos los entrega al banco creyendo o confiando en que éste no sólo hará buen uso de ellos, sino que los retornará cuando el depositante así lo exija. A su turno, cuando el banco facilita un dinero a quien lo requiere, lo hace con la confianza de que éste devolverá oportunamente ese dinero. Atando conceptos tenemos entonces que hay “intermediación en el crédito” porque el banco se coloca en medio de dos sujetos, existiendo confianza tanto entre un sujeto con el banco, como entre el banco y otro sujeto; lo que conlleva a deducir que también existirá confianza entre un sujeto y el otro, así estos sean indeterminados o no se conozcan entre sí, pero en donde ambos creen y confían en la institución bancaria que los interrelaciona²²². (el subrayado me pertenece).

Como se vislumbra, el banco forma parte de una cadena de confianza; así, el depositante cree plenamente que el banco tutelaré su patrimonio y, a su vez, la entidad crediticia supone que su deudor tomará decisiones cautelosas que no comprometan la restitución del crédito otorgado.

Por último, en razón del plazo de amortización, el préstamo puede calificarse como un préstamo a corto plazo –cuya duración tiene un máximo de doce meses–, a mediano plazo –usualmente entre uno a tres años– o como un préstamo a largo plazo –al tener

²²⁰La entidad crediticia puede ser contractualmente responsable por la revocación de un crédito que se estime injustificada o abusiva pues tal accionar puede incluso llevar a una compañía a la quiebra. Andrea Brunet. “La responsabilidad civil del banquero otorgador de crédito. *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 665. Franco Anelli. “La responsabilidad resarcitoria (...) *Óp. cit.*, p. 634

²²¹ Andrea Brunet. “La responsabilidad civil (...) *Óp. cit.*, p. 664-665.

²²² Francisco Morales. *Fundamentos de la actividad (...) Óp. cit.*, p. 348.

una duración superior a tres años²²³—. En términos generales, el tipo de crédito que otorgue un banco dependerá del tipo de recurso que éste capte, en su gran mayoría, a través del depósito. De tal manera, si la mayor parte de capital captado por la entidad financiera lo conforman depósitos a la vista u otros depósitos de corta duración, resulta del todo lógico y prudente que el banco coloque tales recursos en préstamos de corto plazo²²⁴. De lo contrario, la diferencia de plazos entre los depósitos y colocaciones de una entidad financiera puede dar cabida a un descalce financiero²²⁵, forzando al banco a enfrentarse a una situación indeseada de iliquidez. Además, el conceder préstamos para inversiones a mediano o largo plazo exige un análisis más riguroso del riesgo ante el cual se enfrenta la entidad. Como acertadamente menciona Leal,

Los créditos a mediano o largo plazo obligan a los bancos a hacer estudios más detenidos, en especial porque en ellos debe tenerse en cuenta tanto la actual capacidad de pago del deudor, como las condiciones mismas del negocio y las proyecciones durante un período más o menos largo, coincidente con el de la operación de crédito (...) el banco debe hacer un análisis dinámico de los proyectos de inversión y de las condiciones de mercado que le permita colegir que la solvencia actual de su presunto deudor va a mantenerse en el futuro permitiéndole atender las obligaciones a su cargo²²⁶.

Precisamente por ello, y como se analizará a continuación, la banca centra su negocio en la producción de información de calidad, información que le permite analizar cuidadosamente a cada uno de sus potenciales deudores para medir adecuadamente el riesgo que afrontaría en caso de celebrar un contrato de préstamo con una persona en particular.

2.3 El riesgo crediticio

Por la naturaleza del negocio en el que se desenvuelve, la empresa bancaria tiene que asumir una serie de riesgos, concretamente, respecto de la liquidez, el crédito y la administración²²⁷. Es más, el banco es un constante evaluador del riesgo al ser éste un

²²³ José Ramón Cano. *Manual práctico de contratación mercantil (...)* Óp. cit., p. 65.

²²⁴ Hildebrando Leal. *Contratos bancarios (...)* Óp. cit., p. 175.

²²⁵ César Atilio. “Competencia, tasas de interés y rentabilidades en los mercados financieros colombianos”. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho económico Tomo I*. Alfonso Miranda (coord.). Bogotá: Editorial Temis, 2010, p. 134.

²²⁶ Hildebrando Leal. *Contratos bancarios (...)* Óp. cit., p. 176.

²²⁷ El riesgo de liquidez guarda relación con la congruencia entre el activo y el pasivo de un banco, generalmente se mide analizando los préstamos y depósitos. Tal riesgo exige que el banco estime de manera precisa las futuras demandas de fondos así como la posibilidad de que sus activos sean convertidos en disponibilidades. Por su parte, el riesgo de administración abarca distintas hipótesis entre

elemento inherente en la mayoría de decisiones que le conciernen²²⁸. En lo que respecta al riesgo crediticio, Gersovich lo define como

la posibilidad de que los créditos otorgados no sean cancelados en el tiempo y la forma convenidos. Es posiblemente el riesgo más manifiesto de la actividad, que debe afrontarse en forma constante como elemento sustancial de la misma y será condicionante de la rentabilidad y de la evaluación de lo que deberá ser el principal activo: la cartera de préstamos²²⁹.

En el mismo sentido se pronuncia Martínez al manifestar que,

el riesgo crediticio más común del sistema financiero tiene que ver con el riesgo derivado de la cartera de préstamos. Es este el principal activo de la banca comercial (...) cuando se deteriora la calidad de la cartera, se afecta de manera sustancial la calidad de sus activos y la fuente de repago de los pasivos que toma del público²³⁰.

Ante la probabilidad de pérdida, el banco busca minimizar su exposición al riesgo, por lo que, previo a conceder un crédito realiza un estudio detallado de cada uno de los solicitantes.

En base a criterios tanto cualitativos como cuantitativos, la entidad crediticia establece distintas categorías de riesgo²³¹ para calificar a sus deudores. Conforme a tal calificación, la entidad determina la tasa de interés a cobrar; lógicamente, mientras la calificación baja, la tasa de interés a cobrar es mayor, precisamente porque la eventual falta de restitución del préstamo es más alta²³². A manera de ejemplo, un banco analiza

las que se incluyen robos, fallas contables, desfalcos, entre otros. Carlos Gersovich. "Marcos del derecho bancario (...) *Óp. cit.*, p. 56-57.

²²⁸ Guillermo Jiménez Sánchez. *Derecho mercantil (...) Óp. cit.*, p. 503.

²²⁹ Carlos Gersovich. "Marcos del derecho bancario (...) *Óp. cit.*, p. 58.

²³⁰ Néstor Martínez. *Sistemas financieros (...) Óp. cit.*, p. 152.

²³¹ Linda Allen y Anthony Sanders. *Credit risk measurements: new approaches to value at risk and other paradigms*. New York: John Wiley and Sons, 2002, p. 18-19. En términos generales, los préstamos se califican en base a un rango del 1 al 10, otorgando una calificación AAA al préstamo cuyo riesgo es mínimo y D a aquel que representa una pérdida total y por ende, carece de mérito crediticio. Los préstamos con una calificación de 4 o un valor superior requieren de mayores niveles de supervisión y monitoreo. De acuerdo a los lineamientos de Basilea, el porcentaje de capital mínimo requerido depende del riesgo del crédito. Así, un préstamo con una calificación AAA requiere el 1.6% de capital mínimo total.

²³² Cabe destacar que la tasa de interés debe ser cuidadosamente analizada pues si el banco cobra una tasa de interés alta atrae a inversionistas más riesgosos, ya que son éstos quienes están dispuestos a pagar una mayor tasa de interés. Además, una tasa de interés más alta, exacerba el problema de riesgo moral al generar un incentivo para que los clientes se involucren en actividades más riesgosas que incrementan su probabilidad de mora. Por ello, al relacionar la rentabilidad del banco y el interés activo se obtiene una función cóncava. Daniel Covitz y Erik Heitfield. "Monitoring, moral hazard, and market power: a model of bank lending". *Federal Reserve Board* (1999), p. 12. Helmut Bester. "Screening vs. rationing in credit markets with imperfect information". *The American Economic Review* (1985), p. 850.

factores como: la reputación de la compañía y su historial crediticio, su estado financiero, el sector económico en el que opera, su posicionamiento y grado de competitividad, la volatilidad del negocio o la industria frente a cambios en el ciclo económico, el valor de la garantía exigida, sus prácticas gerenciales, el tipo de préstamo a conceder, entre otros²³³. Como se vislumbra, los riesgos a analizar derivan del sector en el que la empresa se desempeña, de características de la propia compañía y de la modalidad de la operación bancaria²³⁴.

En cuanto a las tasas de interés, cabe destacar que conforme a la regulación financiera nacional, las entidades crediticias deben ceñirse a las tasas de interés activas efectivas máximas fijadas para cada segmento de crédito. De acuerdo a las Resoluciones 043-2015-F y 044-2015-F emitidas por la Junta²³⁵, existen dieciséis categorías de crédito por lo que el interés máximo a cobrar depende del producto crediticio que se otorgue²³⁶.

Como se ha mencionado, la tasa de interés constituye el precio del crédito, por ende, al establecer un límite máximo para su cobro, el Estado incide en la asignación de recursos en la economía. En otras palabras, el hecho de que cada instrumento de crédito tenga un precio máximo afecta las fuerzas de la oferta y la demanda. Así, manteniendo otros factores constantes, si la tasa de interés máxima es baja, la demanda de crédito se

²³³ Linda Allen y Anthony Sanders. *Credit risk measurements (...) Op. cit.*, p. 10. Peter Miu and Boggy Ozdemir. *Basel II Implementation*. New York: Mc Graw-Hill, 2009, p. 3.

²³⁴ Carlos Gersovich. "Las crisis bancarias y financieras". *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 711.

²³⁵ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículo 13. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014. De acuerdo a lo prescrito por el artículo 14 numeral 23 del Código, entre las funciones de la Junta se encuentra el "establecer niveles de crédito, tasas de interés, reservas de liquidez, encaje y provisiones aplicables a las operaciones crediticias, financieras, mercantiles y otras, que podrán definirse por segmentos, actividades económicas y otros criterios."

De igual manera, el artículo 130 del Código establece lo siguiente: "la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrá fijar las tasas máximas de interés para las operaciones activas y pasivas del sistema financiero nacional y las demás tasas de interés requeridas por la ley, de conformidad con el artículo 14 numeral 23 de este Código.

²³⁶ Concretamente, el crédito se clasifica en las siguientes categorías: crédito productivo con las subcategorías pymes, empresarial y corporativo, crédito comercial ordinario y prioritario con las subcategorías pymes, empresarial y corporativo, crédito de consumo ordinario y prioritario, crédito educativo, crédito de vivienda de interés público, crédito inmobiliario y microcrédito con las subcategorías minorista, de acumulación simple y de acumulación ampliada. Resolución 043-2015-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Artículo 1. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

expandirá mientras la oferta se contraerá²³⁷. Si bien los gobiernos justifican esta clase de regulaciones bajo la premisa de que así se evita el cobro de tasas usureras²³⁸, éstas limitan el accionar libre de la banca al imponer un precio máximo a sus contratos de crédito.

En general, la imposición de un precio máximo, restringe la capacidad de otorgar crédito de la banca, sobre todo frente a aquellos deudores riesgosos; en un mercado en el que las tasas de interés no se regulan, el banco puede reflejar el mayor riesgo de mora de un deudor a través de un incremento en la tasa de interés²³⁹. Dicho de otro modo, la tasa de interés es el instrumento principal a través del cual la banca ajusta su riesgo. En consecuencia, regulaciones de esta naturaleza tienden a obstaculizar el crédito para aquellos deudores que sean más riesgosos produciendo un racionamiento de crédito.

2.3.1 Riesgo moral y selección adversa

El nivel de escrutinio previo a conceder un crédito es riguroso debido a que la banca se enfrenta a dos problemas de información asimétrica: la selección adversa y el riesgo moral. A breves rasgos, se entiende a la asimetría de información como una circunstancia en la cual los agentes económicos que participan en una transacción poseen distintos niveles de información²⁴⁰. Bajo esta lógica, en el ámbito bancario, la selección adversa tiene cabida porque el prestatario posee información privilegiada—acerca de su mérito crediticio y su capacidad de pago— que el banco desconoce²⁴¹. Por ello, previo a extender una línea de crédito, al banco le resulta complejo distinguir entre aquellas personas cuyo riesgo es bajo y aquellos solicitantes con alto riesgo crediticio. Para resolver este problema, el intermediario financiero se convierte en un ente especializado en la producción y análisis de información, información que le permite clasificar a sus potenciales deudores conforme al riesgo que representan. En esta línea,

²³⁷ Roger Le Roy y Robert Pulsinelli. *Moneda y banca*. (...) *Óp. cit.*, p. 89.

²³⁸ Liliana Rojas. “El acceso a los servicios bancarios en América Latina: identificación de obstáculos y recomendaciones”. *Center for Global Development* (2006), p. 34.

²³⁹ César Atilio. “Competencia, tasas de interés (...) *Óp. cit.*, p. 134.

²⁴⁰ Robert Pyndick y Daniel Rubinfeld. *Microeconomics*. Nueva Jersey: Pearson Education Inc., 2009. p. 618.

²⁴¹ *Id.*, p. 621.

el potencial rendimiento que el banco calcula obtener opera como un incentivo para generar información de calidad.

De igual manera, el banco tiene otras herramientas a su alcance para atenuar el problema de selección adversa. Una de estas alternativas consiste en la especialización, es decir, una estrategia mediante la cual el banco opta por otorgar préstamos a ciertos sectores específicos²⁴². Así, se convierte en un experto en el otorgamiento de determinada clase de préstamos, identificando con mayor precisión a aquellos prestatarios que están en condiciones de cumplir sus obligaciones. En otros términos, la banca sacrifica la diversificación de su portafolio con el objetivo de disminuir la probabilidad de enfrentarse a préstamos impagos²⁴³. La entidad crediticia también se protege ante el riesgo al exigir garantías, sean éstas personales o reales²⁴⁴. Con ello, el banco reduce sus pérdidas pues, ante el incumplimiento del deudor principal, puede exigir el pago de la deuda a sus fiadores o subastar el bien sujeto a garantía.

Mientras tanto, el problema de riesgo moral sucede una vez que se ha celebrado el contrato; otorgado el préstamo, el banco no puede observar las acciones adoptadas por el prestatario en cuanto al empleo de los fondos²⁴⁵. Por ende, éste corre el riesgo de que el deudor se involucre en actividades que estima indeseables ya que afectan la posibilidad de que el crédito se reembolse oportunamente²⁴⁶. Para controlar tal situación, la institución bancaria se embarca en costosas actividades de supervisión de sus clientes, por ejemplo, a través de auditorías²⁴⁷. Adicionalmente, la institución crediticia puede optar por racionar el crédito, es decir, otorgar un préstamo cuyo monto

²⁴² *Id.*, p. 230.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ La garantía personal tiene lugar cuando otra persona, distinta del deudor principal, se compromete frente al acreedor a responder con su patrimonio ante una determinada obligación. Los instrumentos típicos de garantía personal constituyen la fianza, la solidaridad y el aval. Por su parte, las garantías reales envuelven el empleo de determinados derechos o bienes del deudor para garantizar el cumplimiento de la obligación. En general la prenda se constituye sobre títulos valor, saldos de depósitos u otra cosa mueble mientras la garantía real hipotecaria consiste en afectar la propiedad mediante escritura pública que se inscribe en el Registro de Propiedad correspondiente. Guillermo Jiménez Sánchez. *Derecho mercantil (...)* *Óp. cit.*, p. 504. Francisco Morales. *Fundamentos de la actividad (...)* *Óp. cit.*, p. 492.

²⁴⁵ Walter Nicholson y Christopher Sneider. *Intermediate Microeconomics*. Ohio: Cengage Learning, 2007. p. 529. Daniel Covitz, y Erik Heitfield. "Monitoring, moral hazard, (...)" *Op. cit.*, p. 2.

²⁴⁶ Frederic Mishkin. *Moneda, banca y mercados (...)* *Óp. cit.*, p. 167.

²⁴⁷ David Besanko y George Kanatas. "Credit market equilibrium with bank monitoring and moral hazard. *The Review of Financial Studies* (1993), p. 214.

es menor al solicitado. Finalmente, al igual que en el caso de la selección adversa, para atenuar su exposición al riesgo, el banco exige garantías; al comprometer en mayor medida el patrimonio del deudor, éste actúa de manera más prudente, alineando sus intereses con los intereses de la entidad bancaria²⁴⁸.

Como se evidencia, el banco debe analizar cautelosamente el riesgo que conlleva cada operación de crédito, forjando criterios sólidos de concesión de créditos para así tutelar su patrimonio y, ante todo, el de sus depositantes. Al respecto, Anelli precisa lo siguiente:

en definitiva, el motivo que justifica el deber del banco de actuar con prudencia al otorgar un crédito, considerando inclusive los posibles efectos indirectos del propio comportamiento, se revela al tener en cuenta la calidad especial de la actividad desarrollada por los bancos, que impone a éstos un papel selectivo en el ámbito del sistema económico, debiendo favorecer la correcta distribución de los recursos financieros (...) ²⁴⁹.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la entidad crediticia debe observar un alto umbral de diligencia por lo que sólo debe otorgar créditos a aquellas personas que estime solventes o, en su defecto, reflejar el mayor riesgo de impago de un deudor a través de un incremento en la tasa de interés, evitando así exponer los fondos de sus depositantes a un riesgo indeseado. Precisamente por ello, el banco tiene un manifiesto interés en preservar su autonomía decisoria en cuanto a la concesión de crédito. No obstante, su autonomía en éste ámbito no es absoluta, por lo que a continuación analizaremos el rol del Estado en la actividad bancaria en general con miras a determinar su grado de intervención en el sector.

2.4 Regulación y supervisión de la actividad bancaria

Debido a que el negocio bancario es una actividad privada de interés general, el Estado reserva para sí amplios poderes de regulación y supervisión de la actividad. Entre los objetivos que justifican su intervención se encuentran: el proteger al depositante, el velar por el adecuado funcionamiento de las entidades financieras y, ante todo, el salvaguardar la confianza en el sistema al promulgar normas que prevengan el

²⁴⁸ J Niinimaki. “Does collateral fuel moral hazard.” *Journal of Banking and Finance* (2008), p. 514. Frederic Mishkin. *Moneda, banca y mercados (...)* *Óp. cit.*, p. 176.

²⁴⁹ Franco Anelli. “La responsabilidad resarcitoria (...) *Óp. cit.*, p. 642.

riesgo sistémico²⁵⁰. En esta línea se pronuncia la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica al precisar lo siguiente,

(...) el agente económico que participa en los mercados financieros (sea valores, pensiones o bancario), no es un agente comercial común y corriente, pues su actuación incide directamente en la estabilidad económica del país y ello a su vez se refleja en la situación política y social del mismo. De ahí que se deban imponer reglas de comportamiento a los agentes financieros, con el fin de prevenir que incurran en riesgos excesivos y a garantizar la solvencia y la liquidez de éstos y así, del sistema en general²⁵¹.

Tal es el caso que incluso pensadores extremadamente liberales argumentaban que la actividad bancaria debe ser regulada. En este sentido, Adam Smith sostenía que,

Las reglamentaciones que restringen la libertad bancaria pueden considerarse en cierta forma como una violación a la libertad natural; sin embargo, las manifestaciones de la libertad natural de un pequeño número de individuos que pongan en peligro la seguridad de la colectividad, es y debe ser detenida por las leyes (...)²⁵²

En otras palabras, el Estado tiene un interés manifiesto en orientar la actividad bancaria con el fin de preservar intereses comunes de la sociedad. Al respecto, el artículo 309 de la Constitución ecuatoriana prescribe:

Art. 309.- El sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez (...)²⁵³.

Del artículo se desprende que en el país existen tres sectores financieros: el público, el privado y el popular y solidario²⁵⁴. En virtud de que cada sector persigue diferentes objetivos de financiamiento y ofrece sus servicios a cierta clientela²⁵⁵, la normativa que

²⁵⁰ El riesgo sistemático se refiere a la posibilidad de que una crisis financiera tenga repercusiones globales afectando a las actividades financieras en su conjunto como consecuencia de una pérdida generalizada de confianza. María Amparo Salvador. “El riesgo sistémico en la regulación bancaria: respuestas tras la crisis”. *Derecho administrativo y regulación económica*. Cuétara, Juan Miguel et al. (coords.) Madrid: La Ley, 2011, p. 1363.

²⁵¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica *Caso Deloitte & Touche Sociedad Anónima y otros (...)* *Óp. cit.*

²⁵² Guillermo Matta y Trejo. “El control estatal de (...) *Óp. cit.*, p. 28.

²⁵³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵⁴ El sector financiero privado está compuesto por los bancos privados múltiples y especializados así como por las sociedades financieras. Mientras tanto, el sector popular y solidario está integrado por las mutualistas, cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro. Walter Spurrier. “¿Las financieras serán bancos?” *Análisis Semanal* (2014), p. 1.

²⁵⁵ Conforme al artículo 310 de la Constitución el sistema financiero público orienta su actividad crediticia a los sectores productivos que impulsen el Plan Nacional de Desarrollo así como a los grupos más vulnerables que requieren una inclusión en la economía. Por su parte, el sector financiero popular y

rige a cada uno es diferenciada. Dado que el enfoque de esta tesina es el sector financiero privado, se evaluarán ciertas normas que rigen al sistema financiero en general así como aquellas destinadas específicamente para el sector privado.

A partir de la promulgación del Código, la Junta es la autoridad administrativa encargada de regular a las actividades financieras²⁵⁶. Por regulación bancaria nos referimos a un concepto amplio que abarca a un conjunto de preceptos e instrumentos jurídicos de carácter vinculante cuyo objetivo es ordenar la conducta del sector y atribuirle ciertas responsabilidades²⁵⁷. Cabe destacar que sobre la actividad bancaria recaen normas relativas a la regulación económica, es decir, normas y directrices que “no solo limita[n] o condiciona[n] el ejercicio de la actividad, sino que configuran internamente a ésta”²⁵⁸. En otras palabras, la autoridad regula la composición interna de la actividad financiera pues exige a la banca cumplir con cierto capital mínimo, clasificar su cartera de créditos bajo parámetros establecidos así como mantener una dispersión y ponderación de riesgos adecuada²⁵⁹.

En particular, en el caso ecuatoriano, el artículo 14 del Código atribuye a la Junta la potestad de regular varios aspectos relativos a la actividad bancaria. A manera de ejemplo, la Junta tiene las siguientes funciones: establecer criterios para la gestión de los excedentes de liquidez (Art. 14.14); determinar los niveles de reservas de liquidez,

solidario está compuesto por la banca comunal, las cooperativas de ahorro y crédito y por entidades asociativas cuyo enfoque principal es otorgar microcréditos.

²⁵⁶ De acuerdo al artículo 14 numeral 3 del Código le corresponde a la Junta “regular mediante normas las actividades financieras que ejercen las entidades del sistema financiero nacional.” De igual forma, el artículo 150 del Código precisa que “las entidades del sistema financiero nacional estarán sujetas a la regulación que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.” Respecto a la regulación diferenciada el Art. 151 del Código prescribe “la regulación deberá reconocer la naturaleza y características particulares de cada uno de los sectores del sistema financiero nacional. La regulación podrá ser diferenciada por sector, por segmento, por actividad, entre otros. Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículo 14. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

²⁵⁷ Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de derecho bancario colombiano*. Bogotá: Legis Editores, 2000, p 77. De igual manera se pronuncia Dromi al establecer que regular implica el establecimiento de un marco normativo que ordene y organice la actividad. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispania Libros, 2006, p. Para Jiménez, la regulación tiene dos acepciones una como sinónimo del ejercicio del poder reglamentario; y otra acepción amplia entendida como una intervención integral en un sector determinado de la economía que incluye asesoría, reglamentación, prevención y represión por parte de la instancia controladora. Claudia Jiménez Jaramillo. “Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control” *Heinonline*, (1999), p. 27

²⁵⁸ Luis Ortiz. “La potestad reglamentaria del regulador bancario costarricense” *Derecho administrativo y regulación económica*. Juan Miguel Cuétara, et al. (coords.) Madrid: La Ley, 2011, p. 1304.

²⁵⁹ Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de derecho bancario (...)* *Óp. cit.*, p. 85.

patrimonio técnico y las ponderaciones por riesgo (Art. 14.16); fijar los niveles de crédito y tasas de interés establecidos por segmento o actividad económica (Art. 14.23); y, en general, emitir un marco regulatorio relativo a la gestión solvencia y prudencia al que deben acogerse las entidades financieras (Art. 14.15). Como se evidencia, la Junta tiene amplios poderes para fijar reglas de carácter preventivo y prudencial entendiéndose por tales a aquellas normas cuyo objetivo es promover la estabilidad y solvencia del sistema²⁶⁰.

Adicionalmente, el Código también establece medidas dirigidas a proteger la liquidez de las entidades financieras y el ahorro de los depositantes. En esta línea, la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondos de Liquidez y Fondos de Seguros Privados es la institución pública encargada de administrar tanto el Fondo de Liquidez como el Seguro de Depósitos²⁶¹. Cabe señalar que los fondos de ambos fideicomisos²⁶² se integran por los aportes de las entidades del sector financiero privado y popular y solidario siendo la Junta la encargada de fijar el monto a contribuir por cada sector financiero²⁶³. En cuanto al Seguro de Depósito es importante recalcar que, conforme al artículo 328 del Código, los depósitos de las entidades financieras privadas de cada persona natural o jurídica están asegurados por un valor que no puede ser inferior a USD 32.000.

Por su parte, el Fondo de Liquidez se instituye con el objeto de cubrir las deficiencias de liquidez del sistema financiero privado y popular y solidario. En otras palabras, el fondo en cuestión opera en calidad de prestamista de última instancia en el supuesto de que una o varias instituciones financieras no estén en capacidad de cumplir con sus obligaciones en el momento de su vencimiento²⁶⁴. Dado que los recursos que componen el fondo son aportados únicamente por las instituciones financieras privadas, éste sistema de protección disminuye el problema de riesgo moral. Ello dado que tal

²⁶⁰ Rosa Lastra. “Principles of financial regulation” (...) *Óp. cit.*, p. 1284.

²⁶¹ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículo 319. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

²⁶² De acuerdo a lo prescrito por los Art. 324 y 334 del Código, la Corporación debe constituir en el Banco Central tanto el fideicomiso del Seguro de Depósitos de las entidades del sector financiero privado al igual que el fideicomiso del Fondo de Liquidez.

²⁶³ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículos 326 y 335. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

²⁶⁴ Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de derecho bancario* (...) *Óp. cit.*, p. 147.

problema se verifica en el caso de que el Banco Central u otra institución análoga, en el caso ecuatoriano el Fondo de Liquidez, actúe como prestamista de última instancia con recursos provenientes del Estado. En este supuesto, la banca privada es más proclive a actuar imprudentemente al saber que el Estado acudirá a su rescate en caso de que su negligencia derive en consecuencias gravosas para la estabilidad del sistema financiero en general²⁶⁵.

Mientras la Junta ostenta la potestad reglamentaria, de acuerdo al numeral 1 del artículo 62 del Código, a la Superintendencia de Bancos le corresponde “ejercer la vigilancia, auditoría, control y supervisión del cumplimiento de las disposiciones [del] Código y de las regulaciones dictadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (...)”²⁶⁶ en lo que respecta al sector financiero privado y público. Entonces, es deber de la Superintendencia aplicar las normas dictadas por el ente regulador y vigilar el comportamiento de la entidades financieras para asegurar que éstas respeten la reglamentación impuesta²⁶⁷. En esta línea la supervisión o control abarca tres fases: el otorgar una autorización para el inicio de la actividad, la supervisión en sentido estricto que incluye el solicitar información a las entidades, realizar visitas *in situ*, controlar la realización de auditorías y el ejercicio de la potestad sancionatoria²⁶⁸.

En conclusión, las normas de regulación prudencial, las medidas dirigidas a proteger al sistema financiero y los procedimientos de supervisión de las entidades bancarias a cargo de la Superintendencia de Bancos integran el sistema de red de seguridad del sistema financiero. De esta manera, el Estado busca garantizar la estabilidad y seguridad de las entidades crediticias así como preservar la estabilidad del sistema de pagos, la moneda y el crédito²⁶⁹. Sin embargo, como se analizará a continuación, las potestades de la Junta no sólo se centran en la promulgación de normas de índole prudencial sino que también le otorgan la prerrogativa de direccionar el crédito de la banca privada.

²⁶⁵ Rosa Lastra. “Principles of financial regulation” (...) *Óp. cit.*, p. 1285.

²⁶⁶ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

²⁶⁷ Rosa Lastra. “Principles of financial regulation” (...) *Óp. cit.*, p. 1282.

²⁶⁸ *Ibíd.*

²⁶⁹ Carlos Gersovich. “Marcos del derecho bancario (...) *Óp. cit.*, p. 59.

2.5 Direccionamiento de crédito

Sin lugar a dudas, el crédito es un instrumento fundamental para impulsar el progreso de una sociedad pues a través de él se fomentan las actividades productivas, se multiplica el capital y se genera una mayor riqueza. Es más, en los países latinoamericanos, el crédito bancario constituye la principal fuente de financiamiento en razón del incipiente crecimiento de los mercados de capitales²⁷⁰. Debido a su extraordinaria influencia social, en el caso ecuatoriano, además de imponer normas de carácter prudencial, el artículo 209 del Código faculta a la Junta a direccionar el crédito. Así, reza en el tenor literal del artículo,

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

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

La Junta podrá establecer incentivos para la implementación de esta disposición²⁷¹. (El subrayado me pertenece).

Como se evidencia, la norma citada concede amplias facultades a la Junta para orientar el ahorro de los depositantes hacia los segmentos de la población y sectores productivos que el gobierno estime convenientes, con sujeción a ciertos parámetros como las tasas de interés, garantías y límites de crédito.

La norma también determina que al adoptar medidas relativas al direccionamiento de crédito, la Junta debe tomar en cuenta el calce de los plazos entre los activos y pasivos de las entidades financieras. Tal consideración es crucial dado que al imponer políticas de direccionamiento, la autoridad modifica la distribución de la cartera de préstamos y, por ende, puede propiciar un descalce entre los plazos de los activos y pasivos de la institución, generando un riesgo de iliquidez²⁷². Esto sucede porque existe “una lógica correlación entre la fuente y los mecanismos de captación de los recursos,

²⁷⁰ Claudia Tárfur. “Bancarización: una aproximación al caso colombiano a la luz de América Latina. *Estudios Gerenciales* (2009), p. 17.

²⁷¹ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículo 13. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

²⁷² Abelardo Pachano. Entrevista personal llevada a cabo el 01 de septiembre de 2015.

de una parte, y los instrumentos y los plazos de colocación, de la otra”²⁷³. En este sentido,

(...) el banco no debe comprometer sus recursos [de corto plazo] en inversiones o colocaciones a mediano y largo plazo, pues podría encontrarse en una situación de iliquidez ante la eventual demanda de reembolso que hiciesen sus clientes, por encima de los porcentajes históricos. Por eso los recursos a corto plazo se utilizan, en principio, en préstamos de la misma naturaleza (...) ²⁷⁴.

Por este motivo, es necesario que previo a imponer una política de direccionamiento de crédito, la Junta analice con cautela la constitución de los pasivos de las entidades financieras para así evitar un riesgoso descalce entre los activos y pasivos de la institución²⁷⁵.

Finalmente, el artículo permite a la Junta establecer incentivos para la implementación del direccionamiento. Conforme a su acepción económica, se entiende a un incentivo como un estímulo que se otorga a cierto sector de la economía con el fin de alcanzar políticas sociales que el Estado busca implementar; los incentivos constituyen instrumentos para asistir a ciertas industrias o para fomentar una determinada clase de negocio o transacción financiera²⁷⁶. De acuerdo con el criterio del reconocido economista ecuatoriano y ex-Gerente General de Produbanco, Abelardo Pachano, los incentivos que se podrían conceder para implementar esta norma incluyen: el permitir que se coloque el crédito con un menor requerimiento patrimonial, el otorgar cierta flexibilidad en la tasa de interés, la implementación de una exención tributaria, el permitir que los bancos privados accedan a un fondo de redescuento o de restitución de liquidez²⁷⁷, por nombrar algunos.

²⁷³ Hildebrando Leal. *Contratos bancarios* (...) *Óp. cit.*, p. 176.

²⁷⁴ *Id.*, p. 175

²⁷⁵ De acuerdo a cifras proporcionadas por la Superintendencia de Bancos, para marzo de 2015, los depósitos del público conformaron el 89, 47% del total de los pasivos²⁷⁵. Dentro del esquema de depósitos, un 59, 26% lo integraron los depósitos a la vista, es decir, depósitos que pueden retirarse en un plazo menor a 30 días mientras que los depósitos a plazo constituyeron un 26, 55% del pasivo entendiéndose a este clase de depósitos como aquellos en los cuales el depositante únicamente puede exigir su restitución una vez transcurrido el plazo convenido. Como se vislumbra, más de la mitad de los recursos captados por la banca privada tienen un plazo sumamente corto. Superintendencia de Bancos y Seguros. *Análisis Financiero Sistema de Bancos Privados período marzo 2014-marzo 2015*. http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/articulos_financieros/Estudios%20Técnicos/2015/AT1_2015.pdf (acceso 17/09/2015).

²⁷⁶ Stanley Surrey. “Tax incentives as a device for implementing government policy: a comparison with direct government expenditures” *Harvard Law Review* (1970), p. 705.

²⁷⁷ Abelardo Pachano. Entrevista personal llevada a cabo el 01 de septiembre de 2015.

Cabe destacar que el Código establece que el incumplimiento de las disposiciones sobre la orientación del crédito constituye una infracción muy grave y acarrea una multa²⁷⁸. En esta línea, el artículo 264 del Código prescribe que una infracción muy grave implica una sanción de hasta 0,01% de los activos de la entidad financiera además de la remoción de los administradores y/o la revocación de la autorización. Evidentemente, el monto de la sanción va a depender del volumen de activos que tenga cada uno de los bancos privados ecuatorianos, incrementando a medida que el activo de la entidad financiera sea mayor. Por ello, independientemente del riesgo que envuelva el acatar una medida de direccionamiento, el banco se verá forzado a acatarla por miedo a enfrentar una severa sanción.

2.5.1 Justificación de la norma

En concordancia con otros preceptos del Código, esta norma tiene por objeto impulsar el acceso a los servicios financieros por parte de grupos considerados vulnerables, logrando así una mayor democratización del crédito²⁷⁹. Además, la orientación del crédito forma parte del “proceso de conversión del Estado burgués clasista hacia un Estado popular, no clasista, en donde las reglas del juego no se definen por la clase dominante [concebida como el poder mediático de los grupos financieros privados, (...)] sino por el pueblo (...)”²⁸⁰. En definitiva, mediante normas como la citada, el gobierno pretende transformar las instituciones de “explotación” asociadas con el capitalismo.

Independientemente del interés político detrás de la medida, en ocasiones, la intervención gubernamental en las actividades privadas está dirigida a corregir ciertos fallos de mercado. Como ya se ha mencionado, el mercado financiero es más proclive a fallos que otros sectores pues su actividad depende de la producción, análisis, y

²⁷⁸ Art. 261.- Son infracciones muy graves las siguientes:

8. No observar las disposiciones sobre activos, límites de crédito, provisiones y orientación de crédito. Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículo 261. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

²⁷⁹ *Informe Primer Debate Proyecto de Código Orgánico Monetario y Financiero* <http://leyes.asambleanacional.gob.ec> (acceso 21/07/2015) p. 5.

²⁸⁰ *Id.*, p. 17.

utilización de información en un mercado en el que ésta es asimétrica y costosa²⁸¹. Tal situación puede conducir a ineficiencias en la distribución de recursos; debido a los costos de generar información o la falta de ésta²⁸², el sector privado puede negar un crédito a determinado segmento de la población aun cuando el hacerlo resultaría socialmente deseable. En general, este problema aqueja a los ciudadanos de bajos recursos ya que éstos no poseen la documentación necesaria que acredite su nivel de ingresos o su capacidad de pago, por lo que carecen de un historial crediticio y, consecuentemente, no constan en las centrales de riesgo de la banca²⁸³. En otros casos, a pesar de recabar información del potencial deudor, el banco no extiende una línea de crédito por el alto riesgo de mora; al no poder reflejar tal riesgo a través de un incremento en la tasa de interés, la transacción resulta inviable²⁸⁴. Ello dado que una institución financiera saludable evita elevar la tasa de interés activa a niveles inconvenientes por lo que modula sus riesgos, minimizando así su porcentaje de préstamos en mora²⁸⁵.

Las circunstancias mencionadas incentivan al Estado a buscar mecanismos para democratizar el crédito con el objetivo de incluir a ciertos sectores marginalizados como los microempresarios o segmentos del sector solidario de la economía²⁸⁶. Entendiéndose a la democratización del crédito como el proceso mediante el cual se concede préstamos a personas previamente excluidas del sistema, en términos competitivos y accesibles, logrando una mejora en su situación económica²⁸⁷. Al impulsar la democratización del crédito, la legislación financiera busca disminuir el uso

²⁸¹ Joseph Stiglitz. "The role of the state in financial markets." *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics* (1994), p. 23. El autor señala siete supuestos de fallos de mercado que afectan al sistema financiero entre estos se destacan la falta de control y monitoreo por parte de los depositantes, situación que puede conducir a un actuar negligente del banco; las asimetrías de información existentes previo a otorgar un crédito; el que el Banco Central actúe como prestamista de última instancia, situación que da paso al problema de riesgo moral al incentivar al banco a actuar de manera más imprudente; la competencia imperfecta, la información incompleta, entre otros.

²⁸² Claudia Tárfur. "Bancarización: una aproximación (...) *Óp. cit.*, p. 24.

²⁸³ Liliana Rojas. "El acceso a los servicios bancarios en América Latina: identificación de obstáculos y recomendaciones". *Center for Global Development* (2006), p. 11.

²⁸⁴ Joseph Stiglitz. "The role of the state (...) *Óp. cit.*, p. 32.

²⁸⁵ Liliana Rojas. "El acceso a los (...) *Óp. cit.*, p. 25.

²⁸⁶ Néstor Humberto Martínez. *Sistemas financieros* (...) *Óp. cit.*, p. 140.

²⁸⁷ Regina Austin. "Of predatory lending and the democratization of credit: preserving the social safety net of informality in small-loan transactions." *American University Law Review* (2004), p. 1253-1254.

del sector informal; al no tener acceso al sistema financiero institucionalizado, las personas aceptan préstamos informales con tasas de interés excesivas²⁸⁸.

Precisamente, para evitar el uso del sector informal, la economía popular y solidaria y, concretamente, el sistema financiero popular y solidario buscan abatir la exclusión del sistema financiero que experimenta la población de bajos recursos. Para propiciar la inclusión económica de sectores marginalizados, la economía popular y solidaria fomenta el empleo de prácticas de carácter asociativo fundamentadas en criterios de reciprocidad, igualdad, cooperación, redistribución y gestión comunal²⁸⁹. En esta línea, el sistema financiero popular y solidario tiene como objetivo ofrecer servicios de crédito en sectores de la economía que resultan menos rentables pero que tienen un alto impacto social, contribuyendo así al desarrollo local²⁹⁰.

De esta manera, tal sistema busca suplir las deficiencias de la banca tradicional. En general, la banca privada no tiene la capacidad ni la flexibilidad para otorgar créditos pequeños debido a que sus mecanismos de evaluación y costos operativos son altos, por ende, si ésta otorgase créditos de sumas pequeñas su costo sería más alto que el beneficio que obtendría por hacerlo²⁹¹. Sin embargo, el sistema financiero popular y solidario también se enfrenta a problemas pues también registra altos costos operativos y sus tasas de interés son altas por lo que no logra alcanzar su cometido a cabalidad²⁹².

Evidentemente, el sistema financiero privado no está exento de falencias, es más, como se ha visto, éste es más vulnerable a fallos del mercado. Por este motivo, el renombrado economista Stiglitz es partidario de las medidas de direccionamiento de crédito ya que aduce que a través de su intervención, el gobierno puede apoyar

²⁸⁸ Regina Austin. "Of predatory lending (...) *Óp. cit.*, 1218-1222. En Estados Unidos, el sector informal emplea una serie de prácticas predatorias de crédito al imponer tasas de interés demasiado altas, y emplear tácticas de intimidación para el cobro de sus deudas. Es más, dado el monto reducido de los préstamos y su corto plazo, en promedio el interés llega a representar el 300% a 400% del valor de la transacción.

²⁸⁹ Fausto Jordán. "Acciones de política pública en economía social y solidaria". *Conocimiento y políticas públicas de economía social y solidaria*. José Luis Coraggio (coord.). Quito: IAEN, 2012, p. 168.

²⁹⁰ Hugo Jácome y José Paéz. "Desafíos para la economía social y solidaria de la región: una mirada desde la realidad del Ecuador". *Contextos de la otra economía*. José Ramón Paéz (coord.). Quito: Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, 2014, p. 31.

²⁹¹ César Atilio. "Competencia, tasas de interés (...) *Óp. cit.*, p. 133.

²⁹² Hugo Jácome y José Paéz. "Desafíos para la economía (...) *Óp. cit.*, p. 9.

inversiones socialmente deseables que el sector privado no desea fomentar²⁹³. Es necesario señalar que el autor se refiere principalmente al direccionamiento de crédito a través de programas gubernamentales y solamente menciona limitadas posibilidades para dirigir el crédito del sector privado²⁹⁴. Su análisis resulta altamente cuestionable pues no demuestra con claridad cómo las medidas adoptadas por el gobierno –aun suponiendo que éste es altamente eficiente– pueden superar los fallos de mercado que afectan al sector financiero e ignora en absoluto las distorsiones que una intervención equivocada o ilegítima puede generar.

De lo anterior se colige que la constatación de un fallo de mercado no es un justificativo suficiente para ameritar la injerencia estatal por lo que el gobierno debe demostrar que sus medidas son capaces de corregir tal fallo de forma más eficiente que el sector privado²⁹⁵. En consecuencia, si bien fomentar el acceso al crédito es un objetivo loable, éste no constituye una razón suficiente para direccionarlo, ello sólo será aceptable si se demuestra fehacientemente que la norma supera la asimetría de información o la externalidad en cuestión, confirmando la necesidad de distorsionar el mercado. Esto implica que las autoridades deben acreditar su capacidad para evaluar los riesgos de su política cuidadosamente, de lo contrario, su intromisión en el sector financiero puede dar lugar a consecuencias fatales para los agentes económicos que operan en él así como para la estabilidad macroeconómica de un país²⁹⁶.

Es precisamente por ello que autores como Anelli miran con escepticismo a tales políticas destacando que,

No puede dejar de señalarse el carácter delicado de cualquier intento de someter a censura la actuación de los bancos en el otorgamiento de crédito, que habría terminado

²⁹³ Joseph Stiglitz. “The role of the state (...) *Óp. cit.*, p. 30.

²⁹⁴ *Id.*, p. 30-42. El autor recalca el éxito del gobierno japonés al direccionar el crédito hacia las exportaciones y la industria de tecnología limitando el crédito al sector hipotecario. En cuanto al sector privado, Stiglitz resalta que a través de su intervención el gobierno puede evitar el racionamiento del crédito y canalizar los recursos hacia industrias menos especulativas por ejemplo, limitando el número de créditos otorgados al sector inmobiliario.

²⁹⁵ Kim Staking y Antonio Vives. “Financial intermediation and policy-based lending: policy recommendations for Latin America and the Caribbean”. *Policy-Based Finance and Market Alternatives*. Staking, Kim (coord.) New York: Interamerican Development Bank, 1997. p. 169.

²⁹⁶ Michael Pagano. “Credit, cronyism and control: evidence from the Americas”. *Journal of International Money and Finance* (2008), p. 388.

por interferir con las elecciones internas de la entidad crediticia de carácter altamente discrecional (...) ²⁹⁷

Tal afirmación resulta del todo lógica al considerar que la entidad financiera debe ser libre para adoptar decisiones relativas a sus operaciones activas, operaciones que manifiestan el riesgo del negocio.

2.5.2 Riesgo moral en el direccionamiento de crédito

Además, la medida en cuestión debe estar absolutamente dissociada de otros objetivos políticos; en general, el direccionamiento de crédito ha sido empleado por las autoridades para tutelar sus intereses personales. Así, los gobernantes de distintos países han implementado medidas de esta índole como una estrategia electoral para garantizar su permanencia en el poder ²⁹⁸. A través de créditos con bajos intereses, las autoridades han logrado tanto ganar mayores adeptos al gobierno como recompensar a ciudadanos que los han respaldado en el pasado, financiando proyectos ineficientes ²⁹⁹. En otras palabras, el móvil para asignar el crédito de la banca privada no ha sido el promover el bienestar social sino el utilizar al crédito como un medio para impulsar políticas clientelistas. De hecho, tales medidas han tendido a reducir el crecimiento económico y, por ende, el bienestar social pues han afectado la eficiencia y solvencia del sistema financiero ³⁰⁰.

Como es ampliamente conocido, las probabilidades de reelección de un político tienden a incrementar si el electorado percibe que sus decisiones buscan impulsar el crecimiento económico o solventar problemas sociales urgentes ³⁰¹. En consecuencia, regular el sistema financiero constituye un mecanismo efectivo para captar votos, regulaciones de esta índole permiten a la autoridad demostrar su predisposición para resolver un problema social grave como lo es la falta de acceso a fuentes de financiamiento. Las políticas de asignación de crédito son tan reconocidas por su tinte político que incluso se ha llegado a argumentar que, a sabiendas de ello, prestatarios

²⁹⁷ Franco Anelli. "La responsabilidad resarcitoria (...) *Óp. cit.*, p. 641.

²⁹⁸ Arvid Lukauskas. "The political economy of financial restriction: the case of Spain". *Journal of Comparative Politics* (1994), p. 67.

²⁹⁹ Michael Pagano. "Credit, cronyism and (...) *Óp. cit.*, p. 390.

³⁰⁰ Edward Kane. "Good intentions and unintended evil: the case against selective credit allocation". *Journal of Money, Credit and Banking* (1976), pp. 57-58.

³⁰¹ *Id.*, p. 62.

frustrados –por ejemplo, pequeños empresarios o sectores de bajos ingresos del mercado inmobiliario– forman coaliciones para presionar a las autoridades induciéndolas a regular el mercado financiero para que éste canalice crédito a su favor³⁰².

Esto es justamente lo que ocurrió en España durante los años sesenta bajo el régimen franquista³⁰³ así como en Venezuela, Brasil y Chile; en éstos últimos países se utilizaron los créditos de la banca pública y privada para impulsar el proceso electoral³⁰⁴. Concretamente, en el caso español, el gobierno impuso políticas selectivas de asignación de crédito estableciendo varias categorías crediticias, cada una de ellas con una tasa de interés máxima, tasa impuesta de manera arbitraria precisamente para lograr favorecer a unos grupos en particular³⁰⁵. Como consecuencia de tales decisiones, la banca española experimentó un alto porcentaje de préstamos impagos, redujo la diversificación del portafolio de créditos y experimentó a graves problemas de iliquidez³⁰⁶. En suma, debido a que la banca privada asumió los costos de implementación de la medida, el Estado tuvo la oportunidad de introducir criterios políticos en sus decisiones sin considerar las repercusiones negativas de hacerlo.

La misma situación puede presentarse en el caso ecuatoriano actual pues el Código exime de responsabilidad a la Junta respecto de sus decisiones. Para tal efecto, la disposición general primera prescribe que la regulación y control del sistema financiero privado no traslada al Estado responsabilidad alguna por su solvencia³⁰⁷. Por ende, la norma genera un problema de riesgo moral entendido como una situación en la que un agente económico –en este caso la Junta– tiene la capacidad de adoptar decisiones que

³⁰² *Id.*, p. 56.

³⁰³ Arvid Lukauskas. “The political economy (...) *Op. cit.* p. 68.

³⁰⁴ Armando Montenegro. “Directed Credit” *Policy-based finance and market alternatives*. Kim Staking (coord.) New York: Interamerican Development Bank, 1997, p. 35.

³⁰⁵ Arvid Lukauskas. “The political economy (...) *Op. cit.* p. 68.

³⁰⁶ *Id.*, p. 82.

³⁰⁷ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Disposición General Primera. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

maximizan sus propios intereses en detrimento de intereses de otros agentes –en este supuesto la banca privada–, al no asumir las consecuencias de sus acciones³⁰⁸.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se deduce con claridad que la Junta tiene un incentivo para introducir criterios políticos en la asignación del crédito ya que si coacciona a la banca privada a financiar proyectos ineficientes no experimenta una mengua en su patrimonio o un potencial problema de insolvencia. En definitiva, el incorporar un elemento político en su decisiones resulta sumamente conveniente para el Estado ya que el hacerlo le reputa un alto beneficio. Mientras el Estado experimenta los beneficios de tales medidas, la banca privada se ve forzada a enfrentar las consecuencias negativas de una asignación deficiente de recursos.

2.5.3 El direccionamiento de crédito en Latinoamérica

El direccionamiento del crédito ha sido implementado en el pasado por varios gobiernos de América Latina, es más, éste constituyó uno de los pilares fundamentales de la política de industrialización por sustitución de importaciones que prevaleció en la región a partir de los años cincuenta³⁰⁹. La iniciativa derivó en tal grado de intervención que durante la década de los ochenta, el gobierno llegó a asignar el 80%, 85%, 70% y 100% de los créditos en Brasil, Colombia, Argentina y México respectivamente³¹⁰. Tal política derivó en una excesiva represión del sistema financiero privado pues mediante “incentivos”³¹¹ se forzaba a la banca a prestar a ciertos sectores preferenciales, empleando para ello los fondos captados por depósitos a la vista o depósitos en cuenta de ahorros.

³⁰⁸ Stefan Thau y Marko Pitesa. “Masters of the universe: how power and accountability influence self-serving decisions under moral hazard”. *Journal of Applied Psychology* (2013), p. 550.

³⁰⁹ Victor Bulmer-Thomas. *The economic history of Latin America since independence*. New York: Cambridge University Press, 1994, p. 268, 287.

³¹⁰ Armando Montenegro. “Directed Credit” (...) *Op. cit.*, p. 28. Para lograr tal objetivo los gobiernos latinoamericanos empleaban cuatro mecanismos: el Banco Central otorgaba préstamos a través de los denominados fondos de fomento captados a través de préstamos internacionales, imprimía dinero para conceder créditos, creaba instituciones de desarrollo o implementaba regulaciones que forzaban a la banca privada a otorgar créditos.

³¹¹ *Id.*, p. 30-33. Se exigía a la banca privada el mantener un alta reserva de dinero en el Banco Central, estableciendo que podía disminuir el porcentaje de encaje si otorgaba créditos a ciertos sectores preferenciales. Resultaba menos costoso para la banca prestar a tales sectores que mantener un encaje tan alto a cero interés. Además, la banca privada debía invertir un porcentaje del excedente de su liquidez en la compra de bonos estatales.

La estrategia de direccionamiento se sustentó en el supuesto hecho de que las instituciones financieras privadas no distribuían los recursos económicos de una manera socialmente deseable. Con esta justificación, las autoridades terminaron otorgando créditos a empresas ineficientes, incapaces de competir a nivel internacional y coartaron el desarrollo del sistema bancario, dejándolo vulnerable ante los cambios en el ciclo económico y afectando su solvencia de manera sustancial³¹². Precisamente por ello, el autor Martínez se expresa en los siguientes términos en cuanto a dichas políticas,

Venimos de un modelo en el cual el Estado intervenía con creces el sector, reprimía la iniciativa gerencial, controlaba los precios, y asignaba el crédito (...) A su amparo se produjo la más profunda crisis que haya soportado en Latinoamérica la actividad bancaria en los años ochenta. Ha quedado demostrada la fiabilidad del Estado, su temeridad y cómo este no puede abrogarse el papel de único jugador, tomando en nombre y por cuenta de los particulares las decisiones de riesgo que corresponden a éstos³¹³.

En suma, la intención de los gobiernos latinoamericanos fracasó rotundamente dado que reprimieron con creces la iniciativa privada y asignaron el crédito de manera deficiente. En otros términos, el excesivo control de la banca retardó el crecimiento económico de la región al ser utilizado como un instrumento político.

Ahora bien, es claro que no se puede extrapolar el fracaso de estas medidas en el pasado al caso ecuatoriano actual. Sin embargo, la historia sí refleja el potencial peligro de revivir políticas de esta índole más aun cuando las circunstancias socioeconómicas del país son similares a aquellas experimentadas en la época referida. Independientemente de ello, el Estado no puede forzar a los bancos privados a satisfacer las necesidades de cierto segmento de la población, restringiendo de manera injustificada su derecho a la libertad de empresa. Ello implicaría trasladar un problema social hacia los agentes económicos privados, cuestión que indudablemente envuelve una carga excesiva para la banca. Además, el sector financiero tiene una obligación de tutelar los intereses de sus accionistas y depositantes por lo que no se lo puede coaccionar a extender líneas de crédito si a su juicio ello implica una exposición excesiva al riesgo³¹⁴.

³¹² *Id.*, 38.

³¹³ Néstor Humberto Martínez. *Sistemas financieros (...)* Óp. cit., p. 134.

³¹⁴ Mersha Baradaran. "How the poor got cut out of banking". *Emory Law Journal* (2013), p. 493.

2.6 Conclusión

En las primeras secciones de este capítulo se analizó la denominación de los servicios financieros como un “servicio de orden público” y se logró determinar que dicha calificación no transmuta su carácter privado sino que busca recalcar la importancia de la actividad para el desarrollo de la sociedad y la economía. Posteriormente, se describieron las principales características del contrato de mutuo al ser éste el principal contrato que emplea la banca en sus operaciones activas. Además, se hizo hincapié en el riesgo crediticio demostrando que la banca privada debe observar un alto umbral de diligencia para así minimizar su porcentaje de préstamos impagos. De igual manera, se evaluaron los problemas de información asimétrica que se verifican en el sector –el riesgo moral y la selección adversa– constatando que las entidades financieras utilizan varias herramientas para minimizarlos. Así, se enfocan en producir información de calidad, exigir garantías, realizan actividades de monitoreo de sus clientes, racionan el crédito, entre otros.

Adicionalmente, en el capítulo se discutieron las principales funciones que tiene la Junta como ente regulador de las actividades financieras así como las facultades de control que ostenta la Superintendencia de Bancos. Finalmente, se analizó el artículo 209 del Código verificando que éste otorga una peligrosa facultad a la Junta al permitirle direccionar y orientar el crédito hacia los sectores que estime convenientes. Así, se explicó por qué el Estado ecuatoriano puede utilizar el direccionamiento de crédito como un medio para alcanzar sus intereses políticos. La gravedad del problema se evidenció al analizar las fatales repercusiones que medidas de esta naturaleza han generado en el pasado especialmente a nivel latinoamericano.

3 El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa de las instituciones financieras

En el primer capítulo de la tesina se explicaron las principales características del contenido del derecho a la libertad de empresa. Ese análisis permitió determinar que, en el ejercicio de sus actividades, el particular debe gozar de libertad para dirigir su empresa y asignar sus recursos financieros conforme estime conveniente en atención a los riesgos que asume al incursionar en el mercado. Mientras tanto, en el segundo capítulo se describió el contrato de préstamo bancario haciendo énfasis en el riesgo crediticio que enfrenta la entidad bancaria al extender una línea de crédito. Así, se demostraron los retos económicos que aquejan al sector al enfrentarse éste a los problemas de selección adversa y riesgo moral. Finalmente, se analizaron las políticas de direccionamiento de crédito a partir de una perspectiva jurídica, histórica y económica con miras a determinar los potenciales riesgos que éstas representan para los agentes económicos que operan en el sector.

Establecido todo lo anterior, en el presente capítulo se demostrará que el direccionamiento de crédito de la banca privada constituye una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa. Para verificar esta hipótesis, se constatará cómo la norma, aun a partir de un análisis en abstracto, ya presenta una incompatibilidad con el derecho a la libertad de empresa del agente bancario. Al inmiscuirse en las decisiones internas del negocio, la Junta afecta el manejo técnico del riesgo en la colocación de préstamos pero sin asumir responsabilidad alguna por hacerlo. Por ende, como se estudiará, el problema de riesgo moral genera un grave menoscabo al derecho de libertad de empresa de las entidades financieras. Por último, se evaluará el contenido de varias resoluciones expedidas por la Junta que obligan a la banca privada a colocar préstamos en el sector de vivienda de interés público con el objetivo de constatar la vulneración al derecho a la libertad de empresa en un caso concreto.

3.1 Análisis de la norma en abstracto

Como ha resaltado la Corte IDH,

(...) una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas

sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata” (...) La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos³¹⁵. (El subrayado me pertenece).

En el caso del operador bancario, la sola vigencia del artículo 209 del Código, no envuelve como tal una afectación a su derecho de libertad de empresa. Sin embargo, al evaluar la norma relativa al direccionamiento en abstracto sí se evidencia su extremo potencial de incompatibilidad con el derecho a la libertad de empresa por lo que resulta pertinente realizar un análisis de esta naturaleza. Además, como bien puntualiza el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el control abstracto de las normas tiene cabida en el país siendo su finalidad garantizar la unidad y coherencia entre las normas constitucionales y las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico³¹⁶.

Para tal efecto, es menester efectuar dos acotaciones: en primer lugar, como se ha demostrado, el artículo 209 del Código otorga a la Junta la facultad de orientar el crédito de la banca hacia los sectores que ésta estime convenientes³¹⁷; en segundo lugar, el mismo instrumento normativo, precisa que la Junta no tiene responsabilidad alguna por sus decisiones; decisiones que, sin lugar a dudas, inciden sobre el adecuado desenvolvimiento del negocio. En consecuencia, la Junta tiene la potestad de decidir cómo disponer el dinero de los depositantes, es decir, tiene la capacidad de inmiscuirse en decisiones internas del negocio bancario pero no asume responsabilidad alguna por hacerlo. Así, las consecuencias jurídicas de las decisiones de la Junta recaen exclusivamente sobre los accionistas y administradores de la banca privada a pesar de que en un contexto de libertad, los operadores bancarios no hubiesen tomado tales decisiones. Evidentemente y, en su conjunto, las disposiciones mencionadas dan cabida a un severo problema de riesgo moral, generando una situación que atenta contra el derecho a la libertad de empresa de los agentes que operan en este mercado.

³¹⁵ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 14/94*. Opinión de 9 de diciembre de 1994. párr. 41-42.

³¹⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 74. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

³¹⁷ vid. supra. § 2.5 Direccionamiento de crédito.

3.1.1 Decisiones internas de la banca al conceder un crédito

Ahora bien, previo a demostrar por qué el riesgo moral que genera la norma atenta contra el derecho a la libertad de empresa del banquero, es conveniente constatar por qué la libertad de asignar crédito debe competir al administrador del negocio. Al otorgar un préstamo, la institución financiera tiene que tomar en consideración la constitución de su portafolio de créditos, el calce entre sus activos y pasivos, la experiencia que tiene en el segmento crediticio así como el riesgo que representa un cliente específico³¹⁸. Por ende, para manejar su cartera de préstamos y determinar el mérito crediticio de una persona, la banca implementa un rígido proceso de aprobación de créditos. El proceso mencionado incluye las siguientes etapas: 1) recabar información del cliente; 2) verificar la veracidad de la información proporcionada y determinar si ésta es suficiente; 3) analizar los datos obtenidos con base a modelos de riesgo; y, 4) determinar el nivel de exposición al riesgo que implica la operación³¹⁹. Todo el proceso exige un alto grado de experticia y experiencia que le permita al analista determinar la relevancia de cada pieza de información. Así, la entidad bancaria puede identificar cuál va a ser el destino final del crédito, su fuente de repago, su rentabilidad, el beneficio que éste puede generar en la sociedad, entre otros³²⁰.

Además, al conceder un crédito, el banco debe analizar el calce entre sus pasivos y activos. El hacerlo implica acatar uno de los principios fundamentales de distribución de riesgos pues, en general, el banco no debe oponer créditos de largo plazo contra captaciones de corto plazo³²¹. En esta línea, para prevenir un riesgo de iliquidez, la administración bancaria analiza “la correspondencia entre los plazos promedio de los créditos y los depósitos a la vista y a término”³²² para así garantizar que su estructura de préstamos le permita atender las obligaciones con sus depositantes en razón de su monto y tiempo³²³. En el caso ecuatoriano, para diciembre de 2014, el 62% de los depósitos captados por la banca estuvo integrado por depósitos a la vista –cuyo plazo es menor a

³¹⁸ Abelardo Pachano. Entrevista personal llevada a cabo el 01 de septiembre de 2015.

³¹⁹ Gunther Thonabauer. Credit approval process and credit risk management. Viena: OENB, p. 17-24.

³²⁰ Mario Burbano. Entrevista personal llevada a cabo el 29 de septiembre de 2015.

³²¹ Abelardo Pachano. Entrevista personal llevada a cabo el 01 de septiembre de 2015.

³²² Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de derecho bancario (...)* Óp. cit., p. 156.

³²³ Marcelo Camerini y Eduardo Barreira. “La empresa bancaria y sus riesgos”. *Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia* (2012), p. 5.

30 días– y por depósitos de corto plazo –depósitos hasta 90 días³²⁴. Adicionalmente, únicamente el 4% de los depósitos registraron un plazo superior a un año³²⁵.

Como se desprende de las cifras, la estructura de captaciones de la banca privada es de muy corto plazo. Por ende, programas de direccionamiento que conminen a la banca a extender líneas crediticias de largo plazo presentan un riesgo muy alto. Ante tales circunstancias, al imponer políticas de asignación forzosa de créditos, la Junta debe evitar comprometer la solvencia de las entidades bancarias; solvencia que se puede ver afectada si los bancos son coaccionados a prestar a largo plazo. Esto porque, frente a una caída de depósitos, los activos de la institución no son líquidos por lo que no pueden convertirse en disponibilidades, dando cabida a un deterioro patrimonial³²⁶.

Además, en la actualidad, la inestabilidad macroeconómica que experimenta el Ecuador así como los recientes rumores de un posible feriado bancario³²⁷ impiden a las instituciones financieras colocar sus recursos en instrumentos de largo plazo. Dicho de otro modo, en una situación en la que existe una contracción de depósitos, una prudente administración del negocio bancario exige a éste distribuir su portafolio en créditos de corta duración. Los créditos de esta naturaleza, pueden ser fácilmente convertidos en disponibilidades ante una exigencia de restitución de fondos por parte del depositante³²⁸.

Las circunstancias económicas que atraviesa un país son sumamente relevantes para preservar la estabilidad financiera ya que éstas determinan el nivel de confianza de los depositantes en el sistema. De igual manera, la calidad de los activos y el porcentaje de cartera vencida y castigada de la banca privada se ven afectados fuertemente por el ciclo

³²⁴ Superintendencia de Bancos del Ecuador. *Análisis financiero sistemas de bancos privados diciembre 2013-diciembre* 2014
http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/articulos_financieros/Estudios%20Tecnicos/2014/AT12_2014.pdf (acceso: 10/08/2015).

³²⁵ *Ibíd.*

³²⁶ Leonard Onyiruiba. Emerging market bank lending (...) *Óp. cit.*, p. 36.

³²⁷ Walter Spurrier. “Otra colocación de bonos” *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 21* (2015), p. 5. Los rumores del feriado bancario dieron paso a un retiro de depósitos en abril equivalente a 2.5% del total de captaciones. Si bien la cifra no es significativa, sí evidencia el poder de la especulación e incertidumbre en un ambiente de crisis económica como el que sufre actualmente el país. De acuerdo a cifras proporcionadas por *The Economist* en los cinco primeros meses de 2015, los depósitos se redujeron en USD 740m. “Ecuador Country Report.” *The Economist Intelligence Unit* (2015), p. 8.

³²⁸ Carlos Gersovich. “Marcos del derecho bancario (...) *Óp. cit.*, p. 56.

económico. A la luz de las consideraciones descritas, al impulsar un esquema obligatorio de asignación de créditos, la autoridad debe analizar las circunstancias macroeconómicas del Ecuador; ignorarlas podría derivar en inducir a la banca privada a tomar decisiones negligentes que no se conformen con su estructura de pasivos y que perjudiquen a los depositantes.

Implementar una medida de direccionamiento en el escenario económico actual del país sin lugar a dudas genera un alto costo de oportunidad. En un contexto de crecimiento económico en el que el pasivo de la banca se expande, los nuevos ingresos que registran las instituciones financieras pueden emplearse para cumplir con las regulaciones de direccionamiento y, en esa medida, evitar que se desarme un mayor número de operaciones ya existentes. Evidentemente, en este supuesto, de todas maneras la banca experimenta un costo de oportunidad pues no tiene la libertad para decidir cómo asignar sus nuevos ingresos y de todas formas puede verse forzada a reorganizar su portafolio. Sin embargo, en una situación de contracción de depósitos, para acatar una medida de direccionamiento, la banca no cuenta con otra alternativa que desarmar sus operaciones de crédito vigentes y reconstruir su portafolio.

La transformación del portafolio resulta necesaria ya que el gobierno busca frenar el crédito de consumo para así incrementar el volumen de crédito productivo³²⁹. Además, las autoridades buscan emplear al crédito privado como un instrumento de desarrollo y exigir que las instituciones financieras canalicen sus recursos hacia préstamos de largo plazo³³⁰. Entonces, si el objetivo de la Junta es priorizar cierto tipo de créditos indudablemente la banca se verá coaccionada a reducir sus créditos en un segmento –en este caso, el de consumo– para destinar ese dinero hacia aquellos créditos que señale la Junta.

Es de suma importancia enfatizar que en la práctica modificar la cartera de préstamos es un proceso paulatino que debe responder a la rotación propia de cada

³²⁹ *Código financiero que norma, vigila y juzga.* <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/17/nota/3438246/codigo-que-norma-vigila-juzga> (acceso: 10/10/2015).

³³⁰ *Dos visiones sobre el Código Monetario.* <http://www.elcomercio.com/actualidad/codigo-monetario-reformas-economia-dolarizacion.html> (acceso: 10/09/2015).

segmento crediticio³³¹. En otras palabras, una institución financiera no puede denegar la renovación de un crédito de consumo que ya mantiene con un cliente y exigirle que pague el monto adeudado de una manera inmediata para así contar con recursos para destinarlos a otra clase de préstamos³³². Ello implicaría un actuar negligente por parte del profesional que además carecería de todo fundamento jurídico. Así, exigir un pago de manera inmediata, a sabiendas de que el cliente no tiene la capacidad económica para hacerlo, incrementaría los niveles de morosidad de manera exponencial. En consecuencia, el proceso de reconstitución del portafolio de créditos no es automático sino que requiere tiempo y prudencia para así lograr disminuir el porcentaje de créditos en cierta línea para canalizarlo a otra.

Finalmente, dado que la mayor parte de las captaciones de la banca es de corto plazo, el inducirle a prestar a largo plazo indudablemente implica que la banca desarme otras operaciones de duración similar. A título de ejemplo, si la Junta conmina a la banca a destinar sus recursos hacia el sector de vivienda a un plazo de veinte años, la banca va a tratar de reducir sus operaciones en segmentos como el agrícola u otros que, si bien no tienen la misma duración, sí constituyen préstamos de largo plazo³³³. Es decir, la banca no necesariamente va a reducir sus préstamos en el segmento que la Junta desee sino en aquel que tenga un plazo similar con el segmento en el que se ve obligada a prestar. Solamente de esta manera se logrará evitar una acumulación de riesgos imprudente que pueda derivar en una situación indeseada de iliquidez.

La Junta también puede afectar el manejo técnico del riesgo si induce a la banca a extender líneas de crédito en sectores en los cuales no tiene experiencia. Al conceder un crédito la banca no sólo debe limitarse a recabar información acerca del cliente sino entender las particularidades del segmento crediticio en el que va a conceder un crédito y, de tal manera, atenuar su exposición al riesgo. En esta línea, el manejo del riesgo envuelve la capacidad del banco para identificar, enfrentar y adaptarse³³⁴ a los riesgos de sus operaciones, es decir, requiere un conocimiento profundo del mercado.

³³¹ Mario Burbano. Entrevista personal llevada a cabo el 29 de septiembre de 2015.

³³² *Ibíd.*

³³³ Abelardo Pachano. Entrevista personal llevada a cabo el 01 de septiembre de 2015.

³³⁴ The World Bank. "Risk and opportunity managing risk for development". *World Development Report* (2013), p. 12.

Solamente así el banco puede asignar los recursos de sus depositantes de manera eficiente. Incluso, es común que la banca establezca unidades especiales de evaluación de créditos constituidas por especialistas en determinados sectores³³⁵.

Sin embargo, por más de que los bancos tomen las debidas precauciones e investiguen el mercado en el que se ven forzados a colocar dinero, es indudable que su falta de experiencia con un determinado segmento crediticio los puede llevar a cometer errores. Esto resulta contrario a su labor pues como menciona Azuero,

la comunidad espera que la actuación del profesional sea eficaz, que en virtud de la competencia particular que posee, el cliente tenga fundadas razones para “sentirse en las mejores manos.” Y ello no sólo por la preparación y el conocimiento particulares de la materia, en general, sino por el de los distintos productos –bienes o servicios– que ofrece y el de los mercados en los cuales opera. Bajo esa obligación, el profesional debe conocer las regulaciones y requisitos que su actividad y su clientela deben satisfacer, los riesgos que su negocio naturalmente genera o los extraordinarios que su experiencia sugiera como posibles y la forma más razonable de evitarlos o minimizar la posibilidad de su ocurrencia³³⁶. (El subrayado me pertenece).

Para constatar la importancia de la experiencia con un segmento de mercado, es apropiado demostrar cómo el análisis de crédito varía en atención al segmento crediticio en el que se trabaja. Con este propósito, se demostrará brevemente cómo se diferencia una evaluación crediticia de una pequeña empresa que va a incursionar en un mercado por primera vez frente a la solicitud de crédito de una compañía antigua.

En general, una compañía pequeña tiene una fuente de capital reducido y su propietario actúa simultáneamente como administrador, cuestión que genera dudas respecto a su capacidad gerencial³³⁷. Además, resulta difícil medir el éxito o fracaso que ese negocio va a tener *a priori* si el cliente no cuenta con un estudio de factibilidad que le permita demostrar que su inversión es sólida³³⁸. A mayor abundamiento, este tipo de empresas no cuenta con información numérica o “dura” como estados financieros o balances que acrediten sus ingresos y capacidad de pago³³⁹. En consecuencia, los costos

³³⁵ Gunther Thonabauer. *Credit approval process (...)* Óp. cit., p. 23.

³³⁶ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos bancarios (...)* Óp. cit., p. 184.

³³⁷ Leonard Onyiruibá. *Emerging market bank lending (...)* Óp. cit., p. 136.

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ Entiéndase por información dura a aquella que puede ser verificada por terceros o que puede constatare numéricamente. Rodrigo Canales y Ramana Nanda. “A darker side to decentralized lending banks: market power and credit rationing in SME lending”. *Journal of Financial Economics* (2012), p. 355.

operativos de otorgar préstamos en este sector son más altos y requieren un proceso de aprendizaje que le permita al banco identificar a cabalidad los riesgos claves que debe mitigar. Por ejemplo, el banco se ve obligado a estudiar información cualitativa y difícil de apreciar como la honestidad de quien gerencia la empresa y su capacidad de gestionarla así como la viabilidad de la estrategia del negocio³⁴⁰.

Mientras tanto, el extender una línea de crédito a una compañía antigua envuelve otro proceso pues normalmente ésta ya opera exitosamente en el mercado y tiene un amplio espectro de documentación financiera que demuestra su solvencia. Por ende, el análisis de riesgo se centra principalmente en evaluar su historial crediticio previo, sus estados financieros, su utilidad, en suma, información numérica u objetiva. Como se vislumbra, cada segmento crediticio e industria tiene sus particularidades. Por ende, si un banco incursiona en un nicho de mercado en el que no tiene experiencia o tiene una experiencia reducida, seguramente no va a contar con las herramientas y capacidad analítica necesaria para evaluar a sus potenciales sujetos de crédito.

Evidentemente, la normativa en cuestión puede poner en juego la diligencia del banquero al coaccionarlo a incursionar en nichos de mercado en los que no operaría si tendría la posibilidad de elegir libremente cómo asignar sus recursos. Como se evidencia, el direccionamiento de crédito incide sobre varias decisiones cruciales que debe tomar el sistema financiero para minimizar su riesgo y preservar la confianza de los depositantes en el sistema. Una vez que se han explicado los motivos por los cuales el análisis de riesgo debe competir al profesional bancario, es apropiado proceder a demostrar cómo el riesgo moral que genera la norma es incompatible con el derecho de libertad de empresa.

3.1.2 Riesgo moral y derecho de libertad de empresa

Al establecer que la regulación y control de las entidades financieras no traslada responsabilidad alguna al Estado por la solvencia de las entidades³⁴¹ el Código produce un problema de riesgo moral. El problema de riesgo moral surge porque, dejando todo lo demás constante, si la Junta conoce que no asumirá las consecuencias de adoptar

³⁴⁰ Jens Grunet y Lars Nordern. "Soft information matters in SME lending". *RSM Insight* (2011), p. 2.

³⁴¹ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Disposición General Primera. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

medidas peligrosas de asignación de crédito, ésta tenderá a actuar de una manera más imprudente.

Cabe destacar que en un contexto de riesgo moral, tanto el grado de poder que ostenta un agente económico al tomar decisiones así como la existencia de un mecanismo que le obligue a asumir responsabilidad por ellas determinan en gran medida su propensión a actuar de acuerdo a sus intereses³⁴². Por ello, en este caso, la falta de responsabilidad de la Junta acompañada con el alto nivel de discrecionalidad que ésta ostenta para asignar el crédito, dan paso a que la autoridad incluya motivaciones distintas a la democratización del crédito al adoptar sus decisiones.

Para demostrar que es altamente probable que la Junta utilice a las medidas de direccionamiento para alcanzar sus objetivos políticos es necesario analizar su composición. Conforme a lo establecido por el artículo 13 del Código, la Junta es parte de la Función Ejecutiva y tiene la siguiente estructura,

(...) La Junta estará conformada con plenos derechos por los titulares de los ministerios de Estado responsables de la política económica, de la producción, de las finanzas públicas, el titular de la planificación del Estado y un delegado del Presidente de la República. (...) ³⁴³. (El subrayado me pertenece).

Como se desprende del artículo, la Junta forma parte del Poder Ejecutivo y está integrada por cuatro ministros y un delegado asignado por el Presidente. Evidentemente, las autoridades de la Junta tienen un fuerte lazo político con el Ejecutivo pues, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 147 de la Constitución, éstos son nombrados y removidos de su cargo por el Presidente de la República³⁴⁴. Por ende, es probable que la Junta responda a móviles políticos, adoptando decisiones que no sean técnicas sino perjudiciales para el sistema.

La situación mencionada es altamente problemática si se tiene en cuenta que la intromisión política en la regulación financiera incide de manera adversa sobre la

³⁴² Thau, Stefan y Pitesa, Marko. "Masters of the universe: how power and accountability influence self-serving decisions under moral hazard" *Journal of Applied Psychology* (2013), p. 555.

³⁴³ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. Artículo 209. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

³⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 147. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

estabilidad financiera³⁴⁵. Tal es así que incluso se ha llegado a aseverar que la independencia del ente regulador es una condición clave para preservar la estabilidad del sistema³⁴⁶. La independencia del regulador encuentra su fundamento en dos motivos: por un lado, se argumenta que una autoridad aislada de consideraciones políticas puede adoptar decisiones transparentes y técnicas con sustento en evidencia científica; por otro lado, la independencia permite que la autoridad tome medidas que preserven la estabilidad del sistema a largo plazo³⁴⁷. Esto último porque a diferencia de los entes independientes, aquellas instituciones reguladoras influenciadas por intereses políticos, tienden a tomar decisiones cuyas consecuencias se plasman en el corto plazo para así satisfacer al electorado y asegurar una reelección³⁴⁸.

Así, por ejemplo, los costos de una política de direccionamiento de crédito se evidencian en el largo plazo al producirse una pérdida generalizada de eficiencia en el sistema financiero, pérdida que es asumida por toda la sociedad, mientras que sus beneficios se plasman a corto plazo y los obtiene un electorado definido³⁴⁹. En suma, el establecimiento de un ente regulador autónomo –que no forme parte de la función Ejecutiva– es esencial para así garantizar que las decisiones relativas al crédito sean independientes “frente a las exigencias de la comunidad, de los demás organismos del Estado y en particular del [g]obierno³⁵⁰”. A manera de ejemplo, en el caso colombiano, la autonomía del Banco de la República garantiza tal independencia. Por este motivo, a juicio de la Corte Constitucional colombiana,

³⁴⁵ Marc Quintyn y Michael Taylor. “Regulatory and supervisory independence and financial stability”. *International Monetary Fund* (2002), pp. 6-7, 10. Los autores discuten las experiencias de crisis en varios países. En Corea, Japón e Indonesia los bancos eran supervisados por sus respectivos ministerios de finanzas. Tales circunstancias dieron paso a que consideraciones políticas exacerben las crisis. En definitiva, la evidencia sugiere que en aquellos países en los cuales los reguladores son políticamente independientes la regulación financiera es más eficiente y responde a las necesidades del mercado.

³⁴⁶ *Id.*, p. 9. Es necesario señalar que la independencia del ente regulador debe ser cuidadosamente estructurada ya que al aislar al ente de presiones políticas se da paso a que la industria bancaria ejerza presión sobre los reguladores.

³⁴⁷ Stavros Gadinis. “From independence to politics in financial regulation”. *California Law Review* (2013), p. 339.

³⁴⁸ *Id.*, p. 331.

³⁴⁹ Arvid Lukauskas. “The political economy (...) *Óp. cit.* p. 72.

³⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Caso María del Pilar Vanegas Guzmán c. artículo tercero de la ley 34 de 1993*. Causa No. D-270. Sentencia de 27 de enero de 1994.

(...) el [g]obierno carece de competencia para formular o participar en la formulación de la política de crédito del país, esto es, en la selección concreta de los instrumentos que permitan dirigir la aplicación de recursos e identificar los sectores económicos destinatarios de los correspondientes beneficios, a efecto de promover las actividades que, a juicio de las autoridades, sea conveniente incentivar e impulsar (...)³⁵¹. (El subrayado me pertenece).

Como se constata claramente, la legislación colombiana ha buscado evitar que la injerencia política afecte la política crediticia del país.

Como se ha discutido, el problema de riesgo moral no es ajeno al sistema financiero³⁵²; por el contrario, es un problema inevitable que aqueja a las entidades bancarias en distintas transacciones. Por ello, la estructura institucional planteada para enfrentarlos es clave para garantizar su control y, sobre todo, para asegurar que los agentes que operan en este mercado no adopten riesgos que sean socialmente excesivos³⁵³. A manera de ejemplo, estructuras como el Fondo de Liquidez y el Seguro de Depósitos incentivan conductas negligentes por parte de los agentes bancarios pues éstos conocen que en caso de que fracasen la estructura de salvataje del Estado los apoyará. Por ende, el gobierno ha buscado alternativas para mitigar este problema.

Para ejemplificar el problema de riesgo moral, se demostrará cómo el Seguro de Depósitos distorsiona los incentivos de los agentes bancarios para operar diligentemente. Esta estructura genera un problema de riesgo moral por dos motivos: primero, al saber que su dinero está asegurado los depositantes ya no actúan como fiscalizadores de la conducta de la banca³⁵⁴, depositando su dinero en aquel banco que sea sólido; y, segundo, la banca ya no tiene un incentivo para actuar prudentemente³⁵⁵. Así, en un contexto en el que no existe este mecanismo de protección, los bancos tienden a actuar de manera prudente ya que saben que si adoptan riesgos inconvenientes tendrán que responder frente a los depositantes con su propio patrimonio. Es por ello

³⁵¹ *Ibíd.*

³⁵² vid. supra. § 2.3.1 Riesgo moral y selección adversa, § 2.5.2 Riesgo moral en el direccionamiento de crédito.

³⁵³ Kevin Dowd. "Moral hazard and the financial crisis". *Cato Journal* (2009), p. 143.

³⁵⁴ Es preciso destacar que esta afirmación se sustenta en los siguientes supuestos: primero, se presume que el depositante conoce que existe un sistema de seguro; y, segundo, se asume que el depositante está en la capacidad de conocer el nivel de riesgo que presenta cada banco, cuestiones que no necesariamente suceden en la realidad. Andrew Campbell and Peter Cartwright. "Deposit insurance: consumer protection, bank safety and moral hazard." *European Business Law Review*, (1999), p. 99.

³⁵⁵ *Id.*, 159.

que se afirma que el Seguro de Depósitos es un mecanismo peligroso ya que tiende a socializar los riesgos de decisiones privadas³⁵⁶.

Conociendo la situación, las autoridades han buscado mecanismos para atenuar el riesgo moral dado que les interesa mantener el seguro como un instrumento para preservar la confianza de los depositantes en el sistema y atenuar el riesgo sistémico³⁵⁷ pero a su vez buscan que la banca asuma las consecuencias de los riesgos que adopta. Por ello, el Código establece varios mecanismos para atenuar este problema entre éstos: se fija un límite al monto protegido³⁵⁸, las contribuciones al seguro provienen de los fondos de las entidades financieras privadas³⁵⁹, se establecen requerimientos de capital para respaldar cada préstamo, entre otros.

Al igual que en el ejemplo mencionado, en el caso del direccionamiento de crédito, la Junta enfrenta un perverso problema de riesgo moral. En consecuencia, mientras no se implemente un mecanismo de rendición de cuentas que la responsabilice por la calidad de sus decisiones o que la obligue a absorber el riesgo relativo a ellas, ésta actuará como cualquier agente económico racional y tomará aquellas decisiones que favorezcan sus intereses personales. Esto porque toda decisión que envuelva riesgos debe ir de la mano con la responsabilidad que acarrea; así, quien toma decisiones tiene el incentivo necesario para adoptarla o abstenerse de hacerlo en atención a los costos y beneficios que envuelve.

Justamente por ello, durante el debate de la norma, la banca propuso distintas alternativas para mitigar el problema de riesgo moral. Así, se plantearon propuestas en las que se exigía a la Junta respaldar sus decisiones en estudios macroeconómicos que demuestren que efectivamente era eficiente canalizar el crédito hacia un determinado

³⁵⁶ Harris Weinstein. "Moral hazard, deposit insurance and banking". *Cornell Law Review* (1992), p. 1100.

³⁵⁷ Andrew Campbell and Peter Cartwright. "Deposit insurance (...) *Óp. cit.*, p. 96.

³⁵⁸ De acuerdo al artículo 328 del Código el monto protegido por el Seguro de Depósitos es equivalente al duplo de la fracción exenta vigente del impuesto a la renta y en ningún caso podrá ser inferior a USD 32.000 dólares.

³⁵⁹ El artículo 325 del Código establece que el Seguro de Depósitos obtiene recursos a través de: las contribuciones de las entidades privadas, el rendimiento de las inversiones que realiza, donaciones, fondos provenientes de préstamos.

sector³⁶⁰; se planteó que las decisiones adoptadas por la Junta sean unánimes³⁶¹; y, por último, se instó a la Junta a compartir responsabilidad con la banca respecto a la solvencia de las instituciones financieras. Ninguna de las propuestas mencionadas fue acogida por el legislador. En esa medida, es cuestionable que el legislador, a sabiendas del riesgo moral que genera una situación de esta índole, no haya buscado implementar un mecanismo jurídico que lo mitigue.

Esto implica que las políticas de direccionamiento de crédito no se sustenten en criterios financieros de riesgo y rentabilidad que minimicen la responsabilidad del banquero ante una eventual situación de insolvencia. Al contrario, las decisiones de la Junta buscarán apoyar la política económica auspiciada por el gobierno en perjuicio de las instituciones financieras, afectando negativamente su rol como custodios de dinero ajeno. A mayor abundamiento, si políticas de esta naturaleza ya han fracasado en varios países en los que han sido aplicadas³⁶², se genera una duda razonable respecto al verdadero objetivo detrás de su implementación.

A todo lo anterior se suma el hecho de que el incumplimiento de las normas de orientación de crédito constituye una infracción muy grave; infracción cuya sanción pecuniaria es equivalente al 0,01% de los activos de la institución financiera. Por ende, mientras mayor sea el activo de la institución financiera, mayor será el monto de la sanción. Evidentemente, si la sanción es alta la banca se verá coaccionada a adoptar las decisiones de la Junta no por el hecho de considerarlas prudentes sino por miedo a exponer su patrimonio a una sanción. Por consiguiente, dejando todo lo demás constante, mientras más alta sea la sanción impuesta por incumplir las disposiciones de la Junta, mayor será la vulneración al derecho de libertad de empresa que experimente el agente financiero.

Atando conceptos se concluye que no sólo que la Junta tiene el poder de decidir qué crédito es más importante que otro –poder que ya es altamente cuestionable– sino que además no tiene incentivo alguno para tomar decisiones que respondan a criterios de

³⁶⁰ *Junta de Regulación orientará los créditos para producción* <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/09/05/nota/3712931/junta-regulacion-orientara-creditos> (acceso 14/10/2015).

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² vid. supra. § 2.5 Direccionamiento de crédito.

mercado. En consecuencia, las normas analizadas evidencian un claro atentado al derecho de libertad de empresa del operador bancario. Al ejercer un control sobre la asignación de crédito, la Junta disminuye la capacidad del banco de efectuar un análisis técnico del riesgo y le obliga a adoptar decisiones incompatibles con el compromiso que asume en cada operación. No siendo ello suficiente, la autoridad se escuda en una norma que le exime de responsabilidad ante sus decisiones y además sanciona a la banca por no acatar sus disposiciones.

Tomando la opinión de Rojo es pertinente reiterar que el derecho a la libertad de empresa envuelve la capacidad de dirigirla precisamente porque es el emprendedor quien compromete sus recursos en ella, asumiendo un riesgo de pérdida³⁶³. En este sentido se pronuncia la Corte Constitucional colombiana al puntualizar que,

El Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común (...) pero en principio y a título de ejemplo no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (...)³⁶⁴. (El subrayado me pertenece).

Precisamente, en este caso, el Estado efectivamente interviene en la administración interna de la empresa, afectando el manejo técnico del riesgo e incidiendo en decisiones que repercuten sobre su solvencia y prudente gestión.

Así, es en este aspecto en el que se evidencia un grave atentado en contra del derecho a la libertad de empresa pues la Junta traslada para sí decisiones que competen al banquero y lo obliga a asumir las consecuencias de ellas. La situación es más grave si se toma en cuenta que la banca opera con capital ajeno, debiendo actuar con prudencia para tutelar el dinero de sus depositantes. Es decir, las normas de la Junta no ponen en juego solamente el patrimonio de los accionistas de la banca sino el de todas aquellas personas que han confiado su dinero a éste.

Por ello, es absurdo que las autoridades afirmen que la libertad de la banca para conceder créditos no se ve mermada por el simple hecho de que la norma no define la

³⁶³ Ángel Rojo. “El empresario: concepto, clases y responsabilidad” (...) *Óp. cit.*, p. 60.

³⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Francisco Cuello Duarte* (...) *Óp. cit.*

persona natural o jurídica a quien se le debe extender crédito³⁶⁵. Si bien es cierto que el artículo 209 del Código establece que la Junta no puede definir a la persona receptora del crédito, ello no implica que las facultades de dirigir la empresa bancaria no se vean significativamente afectadas por las decisiones de la Junta, decisiones que además pueden ser absolutamente arbitrarias. Por todas las consideraciones mencionadas Spurrier precisa que,

En 2015, se deslizó el sistema financiero de un modelo de mercado a otro de dirigismo estatal. Ya no son las entidades financieras quienes tienen la última palabra en cuanto a la estrategia de negocio, sino el Estado quien determina hacia donde debe fluir la liquidez de la economía³⁶⁶.

En definitiva, es evidente que las decisiones relativas al otorgamiento de préstamos son internas e integran una parte crucial de una sana administración de la institución financiera por lo que al facultar a la Junta a direccionar el crédito, el artículo 209 vulnera el derecho de libertad de empresa de los agentes económicos que se desempeñan en este sector.

Ahora bien, una vez que se ha reconocido que el artículo 209 del Código vulnera el derecho a desarrollar actividades económicas se desprende con claridad que la norma carece de eficacia jurídica. Como bien señala el artículo 424 de la Constitución ecuatoriana, toda norma debe mantener conformidad con las disposiciones constitucionales caso contrario ésta es inválida³⁶⁷. Además, conforme al artículo 425 de la norma suprema, en caso de constatarse una incompatibilidad entre dos normas debe primar la norma jerárquicamente superior, es decir, la Constitución ecuatoriana³⁶⁸. En esta línea, el principio de jerarquía normativa enfatiza que una norma de inferior jerarquía —en este caso una ley orgánica— solamente es válida mientras sea compatible formal y materialmente con la Constitución. Por último, el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución establece expresamente que una norma jurídica no puede restringir el contenido de los derechos siendo el más alto deber del Estado garantizarlos.

³⁶⁵ Carlos Rabascall. *Pulso Político: Código Monetario*. <https://www.youtube.com/watch?v=VPfInZ4aNCg> (acceso: 10/07/2015).

³⁶⁶ Walter Spurrier. “Bajo la férula” (...) *Óp. cit.*, p. 5.

³⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁶⁸ *Id.*, artículo 425.

Así, al no guardar armonía con un precepto constitucional y, especialmente al afectar el contenido esencial del derecho de libertad de empresa, el artículo 209 del Código es inaplicable. Por ende, la Junta no debería tener la facultad de direccionar el crédito. De lo contrario resultaría ilógico que el ordenamiento jurídico ecuatoriano otorgue una protección de rango constitucional al derecho de libertad de empresa y simultáneamente admita la vigencia de normas que enervan su efectiva realización. En definitiva, si se debe garantizar la primacía de la Constitución y, por consiguiente, la plena vigencia de los derechos constitucionales es necesario reconocer que el artículo 209 del Código carece de eficacia jurídica. A pesar de que se ha acreditado la vulneración al derecho de libertad de empresa en abstracto, con el fin de ejemplificar los riesgos que produce la norma en un caso concreto, se procederá a analizar si las normas relativas al direccionamiento de crédito en el segmento de vivienda superan el test de proporcionalidad.

3.2 Direccionamiento de crédito hacia el segmento de vivienda

En ejercicio de su potestad reglamentaria, la Junta ha emitido un conjunto de resoluciones con el objeto de direccionar el crédito hacia dos segmentos: el inmobiliario y el de vivienda de interés público (en adelante “VIP”). Es preciso señalar que las medidas en cuestión responden a dos objetivos planteados por el Ejecutivo: por un lado, pretenden impulsar el acceso al crédito de ciertos sectores económicos y, por otro, buscan dinamizar la economía nacional³⁶⁹. En cuanto a impulsar la economía, el direccionamiento constituye una medida contra cíclica que busca fomentar la inversión nacional, el empleo en el sector de construcción y simultáneamente evitar una salida de divisas puesto que el sector tiene un bajo componente de importación³⁷⁰. Adicionalmente, la estrategia busca utilizar el financiamiento privado para compensar la imposibilidad de expansión crediticia del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante “Biess”)³⁷¹.

De acuerdo con el artículo 2 de la resolución 058-2015, el porcentaje de créditos anual a conceder se determina conforme a la relación entre el patrimonio técnico

³⁶⁹ Rafael Correa. *Enlace Ciudadano* 418 de 4 de abril de 2015. <https://www.youtube.com/watch?v=Lks57XOBKmA> (acceso 15/09/2015)

³⁷⁰ Walter Spurrier. “Bajo la férula”. *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 15* (2015), p. 9.

³⁷¹ Walter Spurrier. “Liquidez administrativa”. *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 6* (2015), p. 5

constituido³⁷² y el volumen de créditos que cada institución financiera ha concedido en los últimos sesenta meses para el segmento de vivienda. La resolución citada no afecta a todos los bancos privados pues si el porcentaje obtenido con la fórmula de cálculo es inferior al 2% del patrimonio técnico constituido la entidad está exenta de esa obligación³⁷³. Según lo indicado por el Presidente de la Junta³⁷⁴, para el 2015, la norma es aplicable para ocho bancos privados: Pichincha, Produbanco, Guayaquil, Rumiñahui, Bolivariano, Internacional, Loja y Pacífico (un banco público que opera bajo el régimen de la banca privada³⁷⁵).

A través de la medida descrita, la Junta tiene previsto canalizar USD 420 millones de dólares anuales hacia el sector inmobiliario³⁷⁶. Para comprender a cabalidad el impacto de la medida, es menester analizar ciertas características del sector inmobiliario ecuatoriano. Así, la Junta define al crédito VIP como aquel “otorgado con garantía hipotecaria a personas naturales para la adquisición o construcción de vivienda única y de primer uso, con un valor comercial menor o igual a USD 70.000 (...)”.³⁷⁷ Además, este segmento crediticio goza una tasa de interés preferencial reajutable de 4,99%, debe tener un plazo de 20 años y su cuota de entrada máxima debe ser de un 5% del avalúo comercial del inmueble sujeto a financiamiento³⁷⁸.

³⁷² El patrimonio técnico constituido esta integrado por el patrimonio técnico primario y secundario menos ciertas deducciones fijadas por la autoridad. Superintendencia de Bancos del Ecuador. *Entidades financieras* *Patrimonio* *Técnico*
http://www.sbs.gob.ec/practg/p_index?vp_art_id=&vp_tip=6&vp_buscr=/practg/pk_cons_bdd.p_rep_ent_dd_finnc (acceso: 15/09/2015).

³⁷³ Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 058. Artículo 2. Disposición Transitoria Segunda. Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de abril de 2015.

³⁷⁴ Junta de Regulación Monetaria y Financiera. *Incentivos para la construcción y adquisición de vivienda*
http://www.politicaeconomica.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/1_pres_vivienda.pdf (acceso 17/09/2015).

³⁷⁵ Mónica Orozco. *El ABC de los nuevos créditos hipotecarios*.
<http://www.elcomercio.com/actualidad/abc-nuevos-creditos-hipotecarios-3.html>. (acceso 16/09/2015).

³⁷⁶ Mónica Orozco. *Nuevos créditos hipotecarios aplican para viviendas nuevas y construcción*. (acceso 16/09/2015). <http://www.elcomercio.com/actualidad/creditos-hipotecarios-vivienda-biess-bancos.html>

³⁷⁷ Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 045-2015-F. Artículo 3. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

³⁷⁸ *Id.*, Art. 4. Antes de que la Junta fije tales condiciones y, conforme al artículo 8 Capítulo VIII "Disposiciones Generales" del Título Sexto "Sistema de tasas de interés" del Libro I "Política Monetaria - Crediticia" de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador solamente existía un segmento crediticio de vivienda definido como el crédito otorgado a una persona natural para fines de remodelación, adquisición, construcción o mejoramiento de la vivienda propia caucionada con hipoteca.

Adicionalmente, la resolución No. 030-2015-F determina que en las operaciones de crédito VIP, la garantía otorgada por el solicitante no puede ser inferior al 100% del valor de la operación. Cabe destacar que previo a la emisión de esta resolución, se exigía una garantía mínima equivalente al 140% del valor de la obligación garantizada³⁷⁹. Con tal reducción, el sistema financiero nacional es más vulnerable ante cambios en el precio de los bienes inmuebles. A lo anterior se suma el hecho de que conforme a lo prescrito por el artículo 5 de la Ley Orgánica para Regulación de Créditos para Vivienda y Vehículos en caso de mora, la dación en pago del bien sujeto a garantía extingue la obligación³⁸⁰. Es decir, las instituciones financieras están obligadas a aceptar el bien hipotecado como pago de un préstamo hipotecario independientemente de su valor de mercado³⁸¹.

Es pertinente mencionar que para la concesión de créditos VIP las resoluciones 045-2015-F y 046-2015-M de la Junta incorporan un subsidio de tasa como incentivo. Para tal efecto, se dispone la creación de un fideicomiso mercantil manejado por una administradora fiduciaria y cuyo constituyente y beneficiario es el Banco Central del Ecuador (en adelante “BCE”)³⁸². El BCE puede invertir hasta un monto de USD 185.000.000 proveniente de los excedentes de liquidez como aportación al fideicomiso³⁸³. A su vez, se constituirán fideicomisos de titularización de cartera para el financiamiento de vivienda de interés público con el fin de que, en su fase de acumulación y, de manera progresiva, éstos adquieran la cartera de créditos VIP de las

En esta línea la tasa de interés aplicable a este segmento oscilaba entre el 10 al 12%, tenía un plazo promedio de 15 años y una cuota de entrada del 30%.

³⁷⁹ Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero. Artículo 72. Registro Oficial 250 de 23 de enero de 2015.

³⁸⁰ Para que se admita la dación en pago del bien inmueble sujeto a garantía el crédito hipotecario debe cumplir con los siguientes requisitos señalados en el artículo 3 del mismo cuerpo legal a saber: que el crédito sea empleado para la construcción o remodelación de una vivienda única y que el monto inicial del crédito no supere los quinientos (500) salarios básicos unificados. Ley Orgánica para Regulación de Créditos para Vivienda y Vehículos. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento 732 de 26 de junio de 2012.

³⁸¹ Walter Spurrier. “Liquidez Administrativa” *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 06.* (2015), p. 5.

³⁸² Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 045-2015-F. Artículo 5. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

³⁸³ Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 046-2015-M. Artículo 10. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

entidades financieras originadoras³⁸⁴. Cabe destacar que la adquisición de la cartera se logrará a través de la emisión de títulos valor que serán adquiridos por las mismas entidades del sector financiero privado y popular y solidario así como por el fideicomiso mercantil constituido por el BCE; es decir, éstos tendrán la calidad de fideicomisarios³⁸⁵.

Así, el mecanismo descrito funciona de la siguiente manera: en primer lugar, la banca coloca créditos en el segmento de vivienda de interés público a una tasa preferencial de 4.99%; en segundo lugar, las instituciones financieras transfieren el dominio de esta cartera al fideicomiso de titularización a una tasa previamente fijada de 9%; finalmente, el fideicomiso emite dos clases de títulos uno con rendimiento 0% y otro con rendimiento de 9% a ser adquiridos respectivamente por el fideicomiso del BCE y la banca privada³⁸⁶. A través de este esquema, la banca puede obtener una mayor ganancia que le permita compensar la baja tasa de interés que rinde el segmento crediticio VIP. Una vez que se han evaluado los aspectos más relevantes de la normativa de direccionamiento, se procederá a demostrar los motivos por los cuales esta constituye una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario.

3.3 El examen de proporcionalidad en el caso de la libertad de empresa

En primer lugar, es preciso evaluar si la restricción en cuestión se fundamenta en un objetivo constitucionalmente legítimo. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente”³⁸⁷. Como se mencionó anteriormente³⁸⁸, el artículo 209 del Código busca fomentar el acceso a los servicios financieros, objetivo que corresponde al Estado conforme lo prescrito por el artículo 308 de la Constitución, cuyo tenor literal, en su parte pertinente, expresa, “(...) El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros

³⁸⁴ Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 045-2015-F. Artículos 5-6. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

³⁸⁵ *Ibíd.*

³⁸⁶ Mario Burbano. Entrevista personal llevada a cabo el 29 de septiembre de 2015.

³⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Caso Deloitte & Touche Sociedad Anónima y otros (...)* Óp. cit.

³⁸⁸ *vid. supra* §2.5.1 Justificación de la norma.

y a la democratización del crédito (...)”³⁸⁹. Por ende, la norma cumple con un mandato constitucional, buscando satisfacer una necesidad colectiva.

Establecido el deber del Estado de democratizar el crédito, es necesario comprender cuál es el alcance del mandato constitucional ya que bajo la premisa de impulsar el acceso al crédito, la autoridad puede justificar una serie de políticas intervencionistas. Al igual que en el país, en Colombia, la democratización del crédito también constituye un fin constitucional por lo que al respecto la Corte Constitucional establece que,

En el modelo “social de derecho” en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, (...) no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (...) Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores³⁹⁰. (El subrayado me pertenece).

A mayor abundamiento, la Corte también ha puntualizado que debido a que el Estado debe buscar la democratización del crédito, el gobierno debe garantizar que quienes desean obtener un crédito tengan acceso a él en iguales condiciones objetivas³⁹¹.

La jurisprudencia citada destaca claramente que el Estado tiene un interés manifiesto en garantizar que la distribución del ahorro público fomente el acceso al crédito. Para tal efecto, la autoridad exige que las instituciones financieras justifiquen su negativa de otorgar un crédito con sustento en criterios objetivos vinculados con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante³⁹². En esta línea, resulta del todo lógico que el banco no tenga plena libertad para elegir la persona con quien desea celebrar un contrato; no obstante, sí debe tener la autonomía necesaria para negarse a conceder un crédito cuando la persona que lo solicite no cumpla con las condiciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la obligación. Finalmente, la autoridad también tiene una obligación de tutelar los derechos de los depositantes por lo que es necesario que preserve la confianza en el sistema financiero. En esa medida, al emplear

³⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 308. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Caso de Jaime Bernal Cuellar c. el Artículo 53 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Causa No. D-4647. Sentencia de 11 de noviembre de 2003.

³⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. *Caso Gilberto Gaviria Posada y otros c. Banco Santander y otros*. Causa No. SU-157/99. Sentencia de 10 de marzo de 1999.

³⁹² *Ibíd.*

mecanismos para democratizar el crédito, el gobierno debe buscar que sus decisiones no alteren la estabilidad del sistema financiero y peor aún que perjudiquen a los depositantes.

Por ende, la Junta puede justificar su intervención en razón de un objetivo constitucionalmente legítimo pero, como se demostró, existen dudas acerca de si éste es realmente el fin que la norma pretende alcanzar. Esto porque la política de direccionamiento analizada no se limita únicamente a democratizar el crédito sino que tiene un fuerte contenido político que la respalda al ser utilizada como un mecanismo para impulsar una economía en recesión y suplir la falta de recursos del sector financiero público³⁹³. En otras palabras, a través de un instrumento de regulación se estaría imponiendo a los particulares funciones que competen a la autoridad pública pero que ésta no está en condiciones de cumplir debido a una escasez de fondos. Por ende, la norma no estaría sustentada en un objetivo constitucionalmente legítimo, sin embargo, para efectos prácticos de esta tesina se supondrá que el fin que pretende la norma si lo es para así proceder a aplicar el test de proporcionalidad.

3.4 El criterio de idoneidad

Suponiendo que el fin perseguido por la norma es legítimo, cabe demostrar si efectivamente el medio implementado para alcanzar tal fin contribuye a conseguirlo³⁹⁴. Que el medio utilizado sirva al fin que se pretende no implica que deba hacerlo con mayor grado de probabilidad que otro medio pero sí debe constatar que exista la posibilidad abstracta de promover el fin³⁹⁵. Para comprobar que el direccionamiento de crédito no es una medida idónea, es relevante hacer referencia al criterio esbozado por Paz-Ares y Alfaro, para quienes,

Resultan inconstitucionales por ser inadecuadas todas aquellas medidas restrictivas que, atendiendo a la experiencia y a las leyes económicas, no puedan lograr razonablemente y desde una perspectiva ex ante el objetivo pretendido (...)³⁹⁶.

³⁹³ Walter Spurrier. “Liquidez administrativa” *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 6* (2015), p. 5.

³⁹⁴ Laura Clérico. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto.” *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Carbonell, Miguel (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 130.

³⁹⁵ *Id.*, p., 131-132.

³⁹⁶ Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro. “Artículo 38” (...) *Óp. cit.*, p. 996.

En cuanto a la experiencia y, como ya se vio, la historia latinoamericana demuestra que las políticas de direccionamiento de crédito no han sido un medio adecuado para fomentar el acceso al crédito³⁹⁷. Al igual que en el caso actual, en el pasado, se emplearon tales políticas con el supuesto objetivo de otorgar acceso al crédito a personas de escasos recursos³⁹⁸. Para tal efecto, los bancos centrales forzaron a la banca privada a conceder crédito al sector agrícola, minero, industrial e hipotecario³⁹⁹. Las medidas fracasaron ya que afectaron la solvencia del sistema y apoyaron el financiamiento de compañías ineficientes para así alcanzar objetivos políticos⁴⁰⁰.

Al igual que la experiencia, un análisis económico de la medida permite determinar ex ante que difícilmente se va a alcanzar el fin perseguido. En principio, el forzar a la banca privada a otorgar préstamos a cierto segmento crediticio resulta económicamente funcional para incrementar el acceso a los servicios financieros de ese sector. A manera de ejemplo, las resoluciones 045-2015-F y 058-2015-F efectivamente facilitan el acceso a crédito de aquellas personas naturales que buscan financiar su vivienda de primer uso. Sin embargo, a raíz de esta obligación, cada institución financiera va a desarmar o negar otras operaciones de crédito para reemplazarlas con las operaciones obligatorias⁴⁰¹.

En este caso en concreto, se buscará reducir el crédito de consumo para canalizarlo hacia el segmento de vivienda. Es decir, la Junta asume que todo un segmento de crédito debe tener prelación frente a otro pero sin sustentar su decisión en estudios macroeconómicos que efectivamente avalen que el acceso al crédito que genera la norma compensa su costo de oportunidad traducido en una pérdida de utilidad. Como se ha visto, reestructurar un portafolio de créditos es un proceso complejo⁴⁰², por ende, como mínimo la Junta debería sustentar su decisión en estudios sólidos que permitan constatar que existe una demanda de crédito en el sector que se debe suplir, que efectivamente el crédito en cuestión genera un mayor beneficio social que el crédito de

³⁹⁷ vid. supra. § 2.5 Direccionamiento de crédito.

³⁹⁸ Armando Montenegro. “Directed Credit” (...) *Óp. cit.*, p. 29.

³⁹⁹ *Id.*, p. 34.

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 37.

⁴⁰¹ Abelardo Pachano. Entrevista personal llevada a cabo el 01 de septiembre de 2015.

⁴⁰² vid. supra. § 3.1.1 Decisiones internas de la banca

consumo, que el precio máximo de vivienda es atractivo para sus oferentes en razón del costo de insumos y suelo⁴⁰³, entre otros.

Todo lo mencionado permite albergar dudas razonables respecto a la idoneidad de la medida; resulta poco plausible que el Estado logre fomentar el acceso al crédito si lo hace con sustento en una política que incrementa el acceso de ciertas personas a costa de reducir el acceso de otras. En esta línea, la democratización del crédito envuelve el emplear mecanismos para lograr que las personas carentes de servicios financieros tengan acceso a ellos a través de la diseminación de los servicios de crédito y microcrédito⁴⁰⁴. Sin embargo, las medidas pretenden que los servicios financieros tengan una mayor cobertura en general, claro está, con énfasis en ciertos grupos pero sin excluir a otros. Incluso, la medida podría llegar a desincentivar el desarrollo económico del país si se considera que por cumplir con los cupos crediticios, la banca privada reduce préstamos en sectores más productivos para trasladarlos al sector hipotecario⁴⁰⁵.

3.5 Cumplimiento del requisito de necesidad

En lo que respecta al juicio de necesidad, es menester analizar si no existen otras medidas que, siendo igualmente adecuadas para alcanzar el objetivo constitucionalmente legítimo, resultan menos gravosas⁴⁰⁶. Para tal efecto, se analizarán medidas relativas a la democratización de crédito en el sector de vivienda que se han implementado en otros países con cierto grado de éxito⁴⁰⁷. En primer lugar, es necesario

⁴⁰³ Por ejemplo, es sabido que actualmente la demanda de crédito en el sector hipotecario ha sufrido una contracción debido a la especulación e incertidumbre que ha causado el proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, proyecto que propone un impuesto a la plusvalía.

⁴⁰⁴ Enio Meinem. "Democratización del crédito en Brasil". *Experiencias y desafíos en microfinanzas y desarrollo rural*. Quito: Programa de servicios financieros en la sierra norte, 2004, p. 157.

⁴⁰⁵ C.W Naastepad. "The macro-economic effects of directed credit policies: a real financial CGE evaluation for India". *Development and Change* (2001), p. 479.

⁴⁰⁶ Iván García. "La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011), p. 184.

⁴⁰⁷ Es necesario reconocer que es difícil encontrar una medida que haya podido resolver todos los problemas relativos al financiamiento de créditos hipotecarios para estratos bajos de la población. Por consiguiente, las estrategias que se mencionaran han tenido éxito pero también han presentado problemas como el tener altas tasas de morosidad o el hecho de que sus fondos no lleguen realmente a los quintiles más pobres de la población. Arturo Galindo y Eduardo Lora. "Los cimientos del crédito para la vivienda". *Desencadenar el crédito cómo ampliar y estabilizar la banca*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2004, p. 243-247.

identificar ciertas características del sector hipotecario que dificultan la extensión de líneas de crédito hacia personas de bajos recursos. El reducido financiamiento de vivienda en América Latina se explica principalmente por tres motivos a saber: la incapacidad de pago de las familias, las dificultades para constituir y ejecutar las garantías y el riesgo de plazos que asume el acreedor al comprometer recursos durante el lapso de duración del crédito⁴⁰⁸.

Como es lógico, el crédito está fuertemente ligado al nivel de ingresos de la población, por ende, éste es reducido en el segmento de vivienda de interés público el cual se caracteriza por solicitantes con bajos e inestables ingresos⁴⁰⁹. Además, en muchos casos, la población de escasos recursos no es propietaria de bienes raíces por lo que no puede constituir una garantía para respaldar un préstamo⁴¹⁰. A ello se suma el hecho de que el descalce de plazos también opera como un desincentivo para que la banca incurra en los créditos de vivienda⁴¹¹.

Entre las decisiones que se han implementado en otros países para atenuar estos problemas se encuentran el impulsar un fortalecimiento de las centrales de riesgo, el implementar leyes tendentes a incrementar la transparencia del sistema financiero, el otorgar un subsidio a la demanda por una sola vez para financiar viviendas terminadas, el emplear figuras como el arrendamiento financiero, el buscar financiamiento en los mercados capitales a través de entidades tituladoras, el otorgar incentivos como el financiamiento parcial de los préstamos otorgados por la banca privada a través de la banca de segundo piso⁴¹², entre otros. Por ejemplo, en el caso colombiano y argentino se adoptaron varias medidas dirigidas a fortalecer las centrales de riesgo a través de la

⁴⁰⁸ *Id.*, p. 235.

⁴⁰⁹ *Ibíd.*

⁴¹⁰ *Id.*, 237.

⁴¹¹ Gerardo Gonzales. “El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina.” *Revista de la CEPAL* (2005), p. 116.

⁴¹² Claudia Tarfur. “Bancarización: una aproximación (...)” *Óp. cit.*, p. 22-24. Alejandro Alarcón et. al. “Financiamiento de la vivienda en Chile” *Banco Interamericano de Desarrollo* (2014), p. 20. Arturo Galindo y Eduardo Lora. “Los cimientos (...)” *Óp. cit.*, p. 248-249.

inclusión de información relativa al pago de servicios básicos, arriendo u otros que permitan que las personas de bajos acrediten su capacidad de pago⁴¹³.

Mientras tanto, para extender los plazos de descalce, países como Chile, Perú, Colombia y México han buscado financiamiento en los mercados de capitales a través de un esquema de bursatilización de los créditos⁴¹⁴. Adicionalmente, Perú también maneja el fondo Mivivienda mediante el cual el gobierno traslada capital a las entidades financieras privadas para que éstas coloquen créditos y asuman el riesgo crediticio pero no el riesgo de descalce⁴¹⁵. Finalmente, en Chile, también se maneja una política de subsidios a la demanda otorgados por una sola vez para familias de bajos ingresos que acrediten tener un ahorro mínimo⁴¹⁶.

Si bien estas estrategias también han presentado problemas, en cuanto a mejorar el acceso al crédito, un subsidio a la demanda que sea focalizado, es más eficiente que un subsidio de tasa. En general,

(...) la experiencia ha demostrado suficientemente [que los subsidios a las tasas de interés] no son mecanismos efectivos para resolver el problema de acceso al de forma sostenible porque dan lugar a filtraciones importantes hacia familias con capacidad de pago, distorsionan los mercados de vivienda (...) y no garantizan la estabilidad financiera ni administrativa de las entidades responsables de otorgar los créditos⁴¹⁷.

Es más, los subsidios de tasa no son un mecanismo eficiente para canalizar crédito porque distorsionan el manejo de riesgo, generan problemas de riesgo moral, no son transparentes y, además, afectan el sano manejo del sistema financiero⁴¹⁸.

⁴¹³ Claudia Tafur. “Bancarización: una aproximación (...) *Óp. cit.*, p. 24. Alejandro Micco y Hugo Panizza. “El intercambio de información en los mercados financieros” *Desencadenar el crédito cómo ampliar y estabilizar la banca*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2004, p. 199.

⁴¹⁴ Arturo Galindo y Eduardo Lora. “Los cimientos (...) *Óp. cit.*, p. 257.

⁴¹⁵ Carlos Calderón et. al. “El mercado de crédito hipotecario de Perú.” *Banco Interamericano de Desarrollo* (2003), p. 36.

⁴¹⁶ Alejandro Alarcón et. al. “Financiamiento de (...) *Óp. cit.*, p. 5, 25. Con este sistema se otorgan alrededor de 100.000 subsidios al año. Para ser elegibles, la vivienda debe costar un máximo de USD \$43.000

⁴¹⁷ Arturo Galindo y Eduardo Lora. “Los cimientos (...) *Óp. cit.*, p. 247

⁴¹⁸ Los problemas de riesgo moral se dan porque las familias que no califican para el subsidio intentan ocultar sus ingresos para obtener el beneficio del subsidio, el implementar sistemas de monitoreo es difícil por lo que el banco tampoco tiene incentivos para actuar de manera transparente, el manejo de la entidad se ve afectado si se obliga a prestar a segmentos que no cumplen los criterios de riesgo para obtener un crédito y, por último, el subsidio tiende a beneficiar a la clase media y no a los segmentos más pobres de la sociedad. Douglas Diamond. “The promises and perils of interest rate subsidies: a survey of eight selected countries.” *United States Agency for International Development* (1997), p. 3. Michael Lea

Adicionalmente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 310 de la Constitución, corresponde a las instituciones públicas canalizar recursos hacia los grupos menos favorecidos, impulsando así su inclusión en la economía⁴¹⁹. Por esto, de acuerdo al criterio de Rodríguez Azuero,

(...) en sistemas de bancos nacionalizados o de banca mixta –donde concurren bancos estatales y bancos privados– a quien corresponde hacer particular esfuerzo para atender a personas que, de suyo, no tendrían por qué encontrar una respuesta completa en los bancos privados, es al Estado, porque allí pueden introducirse criterios políticos y sociales de subsidio o de protección que, de aplicarse por bancos privados, llevarían a la peligrosísima consecuencia de colocar los recursos captados por la comunidad sin las suficientes garantías o en forma peligrosa⁴²⁰. (El subrayado me pertenece).

Si bien es cierto que en la actualidad el Estado ecuatoriano cuenta con menos recursos para otorgar crédito a través de sus instituciones, mediante el programa de inversión de excedentes de liquidez, el Banco Central canalizará recursos hacia las instituciones públicas precisamente para que éstas otorguen préstamos⁴²¹. Además, si el Estado no cuenta con los recursos para otorgar crédito al mismo ritmo de años anteriores, ello no implica que el sistema financiero privado tenga que suplir tal deficiencia.

Las alternativas mencionadas, constituyen opciones válidas para canalizar crédito hacia el segmento de vivienda y son menos gravosas que el esquema actual planteado por la Junta. Incluso, y a pesar de que no es recomendable, el subsidio de tasa podría ser implementado como un mecanismo voluntario que permita a las instituciones financieras analizar sus riesgos y beneficios y acogerse a éste en caso de estimarlo conveniente. Como se evidencia, no se cuestiona el hecho de que la alternativa elegida por la autoridad no sea un incentivo suficiente; la medida es cuestionable por su obligatoriedad, cuestión que sin duda la hace excesivamente gravosa.

y Loic Chiquier. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington D.C: The World Bank, 2009, p. 453.

⁴¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 310. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴²⁰ Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios: su significación en América Latina*. Bogotá: FELABAN, 1990, p. 174.

⁴²¹ Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 046-2015-M. Artículo 2. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

3.6 Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Una vez que se han descrito varias medidas alternativas que se podrían utilizar, es pertinente resaltar que como menciona Prieto Sanchís,

(...) un procedimiento de inconstitucionalidad no puede orientarse simplemente a la búsqueda de medidas más idóneas o menos gravosas, cuestiones reservadas a la esfera del debate político, sino que ha de acreditar bien la absoluta falta de idoneidad de la medida legal, bien el carácter intolerable de su lesividad o gravosidad para el derecho, bien, en fin, su absoluta desproporción en la ponderación de costes y beneficios⁴²².

Precisamente por ello, se constatará que el direccionamiento de crédito es una medida sumamente gravosa cuyos costos supera sus beneficios, medida que además vulnera el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

3.6.1 Beneficios de la medida

La limitación al ejercicio del derecho de libertad de empresa debe ser proporcional al beneficio que se obtiene al alcanzar el fin que se persigue⁴²³. En cuanto al beneficio, la norma busca canalizar USD 420 millones en créditos para vivienda de interés público en el plazo de un año. De acuerdo a lo establecido por literal d) del artículo 4 de la resolución 045-2015-F, el monto máximo del crédito es de USD 70.000 dólares⁴²⁴. Por consiguiente, en el supuesto de que se otorgue créditos por su monto máximo, se lograrían construir alrededor de 6.000 viviendas. Ahora bien, a pesar de que es complicado calcular los efectos que la medida tendrá sobre la demanda de crédito y más aún determinar cómo la medida incidirá sobre el crecimiento económico del país al incentivar el sector de construcción, se realizará un intento por determinar su impacto.

Como es ampliamente conocido, políticas dirigidas a impulsar la construcción se asocian con el fomento de empleo pues se considera que el sector de construcción es el sector que más empleo genera a nivel mundial⁴²⁵. Por ejemplo, en el caso ecuatoriano, para 2014, el sector de construcción generó 534,552 plazas de trabajo y registró un crecimiento de 5,5%, aportando alrededor del 11% al empleo nacional⁴²⁶.

⁴²² Luis Prieto Sanchis. “La limitación de los derechos fundamentales (...)” *Óp. cit.*, p. 79.

⁴²³ *Id.*, p. 88.

⁴²⁴ Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 045-2015-F. Artículo 5. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

⁴²⁵ Andrés Peña y Fernanda Pinta. “Análisis sectorial”. *Infoeconomica INEC* (2012), p. 1.

⁴²⁶ *El sector de la construcción esta en riesgo de paralizarse*. <http://www.revistalideres.ec/lideres/sector-construccion-ecuador-economia.html> (acceso: 20/09/2015)

Lastimosamente, para el año en curso, el BCE ha previsto que el sector de construcción tenga un crecimiento de 0%⁴²⁷. Además, según cifras proporcionadas por el BCE, para el segundo trimestre de 2015, el 78% de las empresas en el sector de construcción consideró que varias circunstancias entre éstas la situación macroeconómica y las condiciones del negocio de construcción hacen que no resulte conveniente solicitar un crédito⁴²⁸. Justamente por ello, la medida de direccionamiento busca el crecimiento del sector al impulsar la demanda de crédito de vivienda de interés público y así dinamizar el sector de construcción.

Dado que no es posible determinar el éxito que el subsidio de tasa tendrá para alcanzar su cometido, se utilizarán cifras de un programa de subsidio de tasa similar⁴²⁹ utilizado en Colombia analizando su impacto en el período 2009-2011. Durante el lapso mencionado, el gobierno colombiano canalizó 950 billones de pesos hacia subsidios para construcción de vivienda de interés social⁴³⁰ logrando que la demanda de crédito incrementara en un 38%. A pesar de haber impulsado a la demanda, el subsidio de tasa generó una ineficiencia significativa pues alrededor de un cuarto de su monto benefició a la banca y no al cliente final⁴³¹. En todo caso, se puede inferir que el subsidio de tasa planteado por el gobierno ecuatoriano efectivamente expandiría la demanda de crédito dando cabida a una generación de empleo en el sector de construcción sin embargo, determinar su impacto aproximado trasciende el objetivo de esta investigación.

3.6.2 Costos de la medida

Como se describió anteriormente, las resoluciones relativas al direccionamiento de crédito en el sector de vivienda inciden sobre varios aspectos del negocio y de la

⁴²⁷ *Ibíd.*

⁴²⁸ Para efectuar su análisis el BCE encuestó a 343 empresas del sector de construcción. Banco Central del Ecuador. *Reporte trimestral de oferta y demanda de crédito*. <http://contenido.bce.fin.ec/home1/economia/tasas/ET-ODC-IIT-2015.pdf> (acceso: 20/10/2015).

⁴²⁹ Marc Hofstetter, Jorge Tovar y Miguel Urrutia. "Effects of a mortgage interest rate subsidy: evidence from Colombia." *Inter-American Development Bank* (2011), p. 7. El subsidio otorgado por el gobierno colombiano solamente aplicaba para vivienda de interés social (VIS), nueva. Durante un periodo de siete años, el subsidio cubría hasta el 5% de la tasa de interés dependiendo del precio total de la propiedad p. 7, 21-24.

⁴³⁰ *Id.*, p. 2. Constanza Farfán. *Guía práctica del crédito de vivienda en Colombia*. Bogotá: Legis Editores, 2011, p. 29. La vivienda de interés social es aquella cuyo valor máximo es equivalente a 135 salarios mínimos legales vigentes. Para el 2010, el valor máximo de la vivienda ascendía a USD 38.625 dólares.

⁴³¹ *Id.*, p. 24

contratación bancaria que competen al operador bancario. Tal es así que la Junta delimita el precio del crédito al fijar una tasa de interés de 4.99% anual, señala plazos trimestrales de cumplimiento de la medida y, si bien no señala a la persona natural con quien el banco debe celebrar un contrato, sí determina el segmento en el cual la entidad financiera debe colocar un porcentaje de su cartera de manera forzosa.

En cuanto al precio del crédito, es preciso reiterar que éste constituye uno de los mecanismos empleados por la entidad financiera para reflejar el riesgo del deudor. Ahora bien, si el precio del crédito está previamente fijado por la autoridad, por más que el análisis de riesgo realizado por la entidad financiera refleje un alto riesgo de impago por parte del deudor éste no se puede reflejar en un incremento en la tasa de interés. Ello plantea un complejo problema especialmente en el segmento crediticio mencionado, caracterizado por deudores de alto riesgo. Cabe puntualizar que el subsidio de tasa compensa el bajo precio del crédito; a la larga, el banco otorga el crédito a una tasa de 4.99% pero recibe un interés anual de 9%. A pesar de que el incentivo estatal atenúa el riesgo crediticio, al fijar el precio del crédito, la autoridad de todas maneras impide a la banca utilizar el instrumento principal bajo el cual ajusta el riesgo. En suma, si aún con el subsidio la tasa de interés no refleja el verdadero riesgo del deudor, la entidad financiera se verá obligada a subvalorar el riesgo.

Además, como ya se ha explicado extensamente, al otorgar un crédito la banca debe tomar en consideración otros aspectos como el calce entre sus pasivos y activos, la constitución de su portafolio y la experiencia que tiene en un determinado nicho de mercado. En el caso de vivienda, de acuerdo a cifras proporcionadas por el BCE, para septiembre de 2015, la cartera créditos VIP alcanzó USD 5 millones de un total de USD 1,435 millones de dólares⁴³². Es decir, representó únicamente el 0,35% del volumen total de crédito para ese mes. Lastimosamente, el BCE sólo ha proporcionado datos para ese mes⁴³³ por lo que éstos no se pueden emplear para generalizar el comportamiento de la banca, sin embargo, las cifras sí revelan que la banca privada destina un bajo

⁴³² Banco Central del Ecuador. *Evolución del volumen de crédito y depósitos del sistema financiero nacional. Boletín No. 48 septiembre 2015.* <http://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/788> (acceso 18/10/2015).

⁴³³ Solamente se utilizan cifras relativas a un mes dado que la resolución 043-2015-F entró en vigencia a partir del 1 de abril de 2015 por lo que el BCE recién ha emitido datos referentes a la distribución de créditos conforme a su nueva clasificación a partir de septiembre de 2015.

porcentaje de sus créditos para vivienda de interés público. Por ende, se puede concluir que la experiencia de la banca en este segmento crediticio es reducida.

Evidentemente, la entidad financiera es más proclive a cometer errores al introducir su capital en un sector económico que no conoce a cabalidad. Por ello, Galindo y Lora manifiestan que la falta de acceso al crédito hipotecario que sufre la población de bajos ingresos no debe enfrentarse mediante políticas estatales de esta índole y expresan,

En algunos países se ha intentado resolver estos problemas exigiendo al sistema financiero o a la banca hipotecaria privada que destine un cierto porcentaje de los créditos a vivienda de interés social. En general, esta no es una buena solución, pues no respeta el hecho de que no todos los bancos conocen el nicho de mercado popular ni están interesados ni pueden ser eficientes en el mismo⁴³⁴.

Como señala la cita, conocer el nicho de mercado es de suma importancia. En el caso de vivienda de interés público, el entendimiento del sector es crucial ya que los solicitantes de crédito tienen una falta de antecedentes crediticios, integran la economía informal por lo que no cuentan con un historial laboral y no están en la capacidad de proporcionar documentos que acrediten su capacidad de pago⁴³⁵.

Evidentemente, la normativa de direccionamiento merma la potestad de evaluación de riesgo de la banca, en un mercado en el que el análisis de riesgo tiene que ser estricto precisamente porque las instituciones financieras operan con capital ajeno. Ello puede generar un deterioro en la cartera de préstamos de la banca incrementando su porcentaje de préstamos en mora⁴³⁶. Adicionalmente, dado el bajo porcentaje de créditos en este segmento crediticio, para implementar la medida, la banca privada tendrá que reconstituir su portafolio. Tal proceso es paulatino y además conlleva riesgos pues exige a la banca analizar cuidadosamente su estructura de créditos para así garantizar un cambio que sea sostenible y prudente. Por último, la estructura de pasivos de la banca privada ecuatoriana dificulta el prestar al largo plazo, más aún a un plazo de 20 años.

En definitiva, si bien es cierto que el ejercicio del derecho a la libertad de empresa puede restringirse en aras a democratizar el crédito ello no se traduce en obligar a la

⁴³⁴ Arturo Galindo y Eduardo Lora. "Los cimientos (...)" *Óp. cit.*, p. 248.

⁴³⁵ Mario Burbano. Entrevista personal llevada a cabo el 29 de septiembre de 2015.

⁴³⁶ Si la cartera de préstamos se deteriora, el banco se verá obligado a realizar provisiones muy superiores. Entiéndase a las provisiones como una partida cuyo objetivo es absorber las pérdidas esperadas en razón del riesgo crediticio que asume la entidad.

banca privada a introducir su capital en un determinado segmento crediticio. Por ello, la Corte Constitucional colombiana ha determinado que para garantizar la democratización del crédito en el segmento de vivienda se pueden tomar las siguientes acciones: vigilar las tasas de interés y las condiciones contractuales de este segmento; prohibir la utilización de modelos de financiación y amortización gravosas como la fijación de cuotas irrazonables; y, asegurar que las condiciones contractuales mantengan un equilibrio económico entre ambos contratantes⁴³⁷.

A mayor abundamiento, la misma Corte ha puntualizado que,

(...) 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 a la función que desempeñan (...). Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público (...)⁴³⁸.

En el caso ecuatoriano, al limitar la capacidad del agente bancario para gestionar su empresa conforme a un sano y prudente manejo de riesgos, el Estado puede propiciar un desequilibrio económico de la actividad en perjuicio de los depositantes.

Además de todo lo mencionado, el riesgo moral que genera la norma en abstracto es motivo suficiente para sostener que los costos de la medida son muy superiores a sus beneficios. Mientras la Junta no tenga un incentivo suficiente para internalizar los costos de su política, no resulta justo truncar el derecho a la libertad de empresa del operador bancario obligándole a implementar una medida para alcanzar fines políticos. Así, si no se puede asegurar que la norma efectivamente busca fomentar el acceso al crédito, su costo es muy alto.

⁴³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Caso de Alejandro Baquero Nariño y Humberto de Jesús Longas c. leyes 546 de 23 de diciembre de 1999 y 550 de 30 de diciembre de 1999. Causa No. D 2823. Sentencia de 26 de julio de 2002.

⁴³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Caso de Gilberto Gaviria Posada (...) *Óp. cit.*

Conclusiones

El artículo 66 numeral 15 de la Constitución ecuatoriana consagra el derecho de libertad de empresa según el cual se permite al ciudadano desplegar su potencial creativo en el ámbito económico. Así, el aspecto subjetivo del derecho permite al particular realizar una actividad de naturaleza económica y decidir cuándo, cómo y por qué ejecutarla claro está dentro de los límites impuestos por la ley. Mientras tanto, la visión objetiva del derecho enfatiza que es obligación del legislador preservar ciertas instituciones, en este caso, las instituciones de libertad de empresa y propiedad privada pues de esta manera se permite al ciudadano ejercer sus derechos y se mantiene una organización estatal.

En cuanto al contenido del derecho es evidente que este abarca cuatro facultades que incluyen tanto la posibilidad de entrar y salir del mercado así como la libertad para organizar y dirigir la compañía. Dado que el aspecto organizativo y el de dirección ocurren al interior de la empresa es respecto de estos aspectos que el empresario goza de una mayor libertad para operar de manera autónoma. Concretamente, la facultad de dirigir envuelve la posibilidad que tiene el ciudadano de gestionar su empresa conforme a su sano criterio. Evidentemente, si es el emprendedor quien ha comprometido su patrimonio en determinada iniciativa y, por ende, quien debe asumir el riesgo de pérdida es lógico que sea él quien la administre y fije sus objetivos.

Sin embargo, el ejercicio del derecho no es absoluto por lo que éste debe enmarcarse dentro de los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Además, el derecho debe comprenderse a la luz de la noción del Estado social así como en razón del sistema económico social y solidario que existe en Ecuador. Por ende, el derecho puede limitarse en atención a cláusulas abiertas —Estado social, solidaridad, buen vivir— o bien en aras a proteger otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos que colisionen con el derecho de libertad de empresa.

Para evaluar la constitucionalidad de una limitación sea han planteado dos teorías conocidas como la teoría absoluta y la teoría relativa. De acuerdo a la primera, el derecho a la libertad de empresa goza de un contenido mínimo infranqueable definido *a priori* que no puede afectarse bajo ninguna circunstancia. En consecuencia, toda limitación que lo afecte deviene en inconstitucional. Por su parte, la teoría relativa

arguye que una limitación al derecho de libertad de empresa es válida siempre y cuando cumpla con el test de proporcionalidad. Por ende, además de acreditar que la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo es menester demostrar que ésta cumple con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El examen de proporcionalidad también requiere la aplicación del método de la ponderación pues éste exige sopesar dos derechos en conflicto —derechos de igual jerarquía en el caso ecuatoriano— para así determinar cuál debe prevalecer en un caso concreto.

Adicionalmente, toda limitación al derecho de libertad de empresa debe ceñirse al principio *favor libertatis* y al principio de reserva de ley. En definitiva, si bien se puede limitar el derecho de libertad de empresa el análisis de su limitación debe ser estricto pues es obligación del legislador garantizar la efectiva vigencia del derecho. Solamente así se fomenta la participación de los agentes económicos privados en la economía ecuatoriana cuestión que es esencial para que ésta alcance un crecimiento económico sostenible.

El grado de limitación del derecho de libertad de empresa también depende en gran medida del tipo de actividad que desempeña el particular. En el caso de la actividad bancaria, al analizar su denominación constitucional como un “servicio de orden público” se concluyó que esta clasificación no modifica su carácter de actividad privada sino que se limita a recalcar el interés general que envuelve su desempeño. En esta línea, la autoridad debe fiscalizar y regular la actividad de las instituciones financieras para así preservar la confianza de los depositantes en el sistema pero siempre tomando en consideración que la actividad bancaria es una actividad privada.

En cuanto a las operaciones bancarias, en general, la banca centra su actividad en captar recursos reembolsables del público a través del depósito para así canalizarlos hacia actividades productivas, principalmente, mediante el contrato de mutuo. Dado que la banca opera con capital ajeno, ésta tiene la obligación de elegir a sus potenciales deudores con suma cautela. Así, minimiza el riesgo crediticio, es decir, la posibilidad de que los créditos otorgados no sean cancelados en la forma y tiempo convenido. Además, el nivel de diligencia del banquero es alto ya que éste también se enfrenta a dos problemas de información asimétrica —el riesgo moral y la selección adversa— por lo

que debe utilizar varias herramientas a su alcance para minimizarlos entre éstas: producir información de calidad, exigir garantías, realizar actividades de monitoreo de sus clientes, racionar el crédito, entre otros.

Adicionalmente, al extender una línea de crédito, el banco realiza un análisis técnico no solamente respecto del mérito crediticio de su potencial deudor sino de otros factores como lo son la constitución de su portafolio, el calce entre sus pasivos y activos y su experiencia con determinado segmento crediticio. Por todos estos motivos, la entidad financiera tiene un interés manifiesto en preservar su autonomía decisoria al otorgar préstamos ya que debe realizar un análisis riguroso y técnico del riesgo.

En este contexto, el artículo 209 del Código resulta altamente peligroso pues otorga amplias facultades a la Junta para orientar el ahorro de los depositantes hacia los segmentos de la población y sectores productivos que el gobierno estime convenientes. Si bien la norma en cuestión determina que al direccionar el crédito la Junta debe tomar en consideración ciertos aspectos como las tasas de interés, las garantías y el calce entre los pasivos y activos de la institución, de todas maneras, la norma da cabida a que se tomen en cuenta motivaciones políticas al orientar el crédito. Esto porque la disposición general primera del Código exime de responsabilidad a la Junta respecto de sus decisiones. Por ende, la norma produce un severo problema de riesgo moral permitiéndole a la Junta adoptar decisiones que maximizan sus propios intereses.

Como se discutió, la historia refleja que medidas de esta índole se han empleado en otros países como España, Venezuela, Brasil, Chile, Colombia, Argentina y México justamente para impulsar estrategias electorales e implementar políticas clientelistas. Debido a ello, medidas de esta naturaleza han reducido el bienestar social incluso dando cabida a severas crisis económicas. En definitiva, mientras no exista un mecanismo que le obligue a la Junta a asumir las consecuencias de sus decisiones, ésta podrá adoptar medidas que promuevan los intereses políticos del gobierno en perjuicio de los administradores de la banca y los depositantes.

Es así que al direccionar el crédito, la Junta afecta la gerencia de la empresa pues toma en su nombre una serie de decisiones internas que afectan su sano y prudente manejo. Además, el hecho de que el Código catalogue al incumplimiento de las disposiciones de orientación de crédito como una infracción muy grave evidencia aún

más la merma al derecho a la libertad de empresa del operador bancario. Para evitar una sanción pecuniaria e incluso la posibilidad de que se revoque su autorización, la entidad financiera se verá obligada a acatar las decisiones de la Junta.

Por último, al analizar las normas de direccionamiento en el caso de vivienda resulta evidente que éstas no superan el examen de proporcionalidad. Así, la legitimidad del fin perseguido por la norma es cuestionable ya que es altamente probable que las medidas en cuestión no busquen democratizar el crédito sino fomentar los objetivos políticos de la autoridad. Mientras tanto, la idoneidad de la medida es discutible si se considera que medidas similares han fracasado a nivel latinoamericano.

De igual manera, las normas en cuestión tampoco cumplen con el criterio de necesidad pues existen varias opciones alternativas que se podrían emplear para alcanzar el fin que pretende la norma sin necesidad de forzarle a la banca a conceder créditos a determinado segmento. En cuanto al costo de la medida, es claro que éste es superior al beneficio que genera ya que expone el dinero de los depositantes a un riesgo inconveniente. Así, el riesgo del direccionamiento hacia este segmento crediticio se evidencia si se toma en consideración que la banca tiene que: reconstituir su portafolio, conceder crédito a un plazo de 20 años sin contar con pasivos de largo plazo para hacerlo y colocar crédito en un segmento en el que no necesariamente tiene experiencia. En definitiva, al no superar el examen de proporcionalidad, las normas que orientan el crédito hacia el segmento de vivienda de interés público implican una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del profesional bancario.

Finalmente, en abstracto, las normas relativas al direccionamiento, envuelven una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa pues conminan al profesional bancario a tomar decisiones que no necesariamente se sustentan en criterios de mercado, lo obligan a enfrentar las consecuencias de dichas decisiones y, además, lo sancionan si no las acata. En otras palabras, en abstracto, el artículo 209 del Código es incompatible con un precepto constitucional de superior jerarquía. Por ende, conforme a los artículos 424 y 425 de la Constitución, la norma en cuestión resulta inválida y carece de eficacia jurídica por lo que la Junta no debería tener la potestad de direccionar el crédito; mientras ésta ostente tal facultad la efectiva vigencia del derecho de libertad de empresa del operador bancario se ve significativamente afectada. Así, es necesario impedir la

aplicación del artículo 209 del Código para evitar que la norma genere una afectación al derecho de libertad de empresa del agente bancario.

Bibliografía

Doctrina

- Acosta, Miguel Ángel. *Derecho Bancario*. México D.F: Editorial Porrúa, 1991.
- Alarcón, Alejandro et. al. “Financiamiento de la vivienda en Chile” *Banco Interamericano de Desarrollo* (2014).
- Alexy, Robert. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Allen, Linda y Anthony Sanders. *Credit risk measurements: new approaches to value at risk and other paradigms*. New York: John Wiley and Sons, 2002.
- Andrade Ubidia, Santiago. “El principio de la libertad de empresa y su reconocimiento en la Constitución del Estado” *Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso*. Ximena Moreno (coord.). Quito: Pontificia Universidad Católica, 1995.
- Anelli, Franco. “La responsabilidad resarcitoria de la banca por ilícitos cometidos en el otorgamiento de crédito” *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- Aragón Reyes, Manuel. “Constitución económica y libertad de empresa”. *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I: introducción y títulos valor*. Iglesias Prada Juan (coord.). Madrid: Civitas, 1996.
- Aragón Reyes, Manuel. *Libertades económicas y estado social*. Madrid: Mc Graw Hill, 1995.
- Araujo, Jaime. “La protección de los derechos fundamentales por la justicia constitucional. Técnicas de control de constitucionalidad y la ponderación crítica” *Revista IUSTA* (2009).
- Ariño, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.
- Ariño, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa, libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid: Ediciones Jurídicas, 1995.
- Asamblea Constituyente. *Acta 056 de 31 de mayo de 2008*. <http://montecristivive.com/acta-056-31-06-2008/> (acceso 15/06/2015) p. 10.
- Asamblea Constituyente. *Acta 064 de 18 de junio de 2008*, p. 20. <http://montecristivive.com/acta-064-18-06-2008/> (acceso 26/05/2015).
- Atilio César. “Competencia, tasas de interés y rentabilidades en los mercados financieros colombianos”. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho económico Tomo I*. Alfonso Miranda (coord.). Bogotá: Editorial Temis, 2010.
- Austin, Regina. “Of predatory lending and the democratization of credit: preserving the social safety net of informality in small-loan transactions.” *American University Law Review* (2004).

- Banco Central del Ecuador. *Evolución del volumen de crédito y depósitos del sistema financiero nacional. Boletín No. 48 septiembre 2015.* <http://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/788> (acceso 18/10/2015).
- Bardaran, Mersha “How the poor got cut out of banking”. *Emory Law Journal* (2013), p. 493.
- Bernal, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Besanko, David y George Kanatas. “Credit market equilibrium with bank monitoring and moral hazard. *The Review of Financial Studies* (1993).
- Bester, Helmut. “Screening vs. rationing in credit markets with imperfect information”. *The American Economic Review* (1985).
- Blavy, Rodolphe. “Assessing banking sector soundness in a long-term framework: the case of Venezuela”. *International Monetary Fund* (2006).
- Bonet, José Ignacio. “El contrato bancario”. *Contratos bancarios y parabancarios*. Nieto, Ubaldo (coord.). Valladolid: Editorial Lex Nova S.A, 1998.
- Brunet, Andrea. La responsabilidad civil del banquero otorgador de crédito. *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- Bulmer-Thomas, Victor. *The economic history of Latin America since independence*. New York: Cambridge University Press, 1994.
- Burbano, Mario. Entrevista personal llevada a cabo el 29 de septiembre de 2015.
- Calderón, Carlos et. al. “El mercado de crédito hipotecario de Perú.” *Banco Interamericano de Desarrollo* (2003).
- Camerini, Marcelo y Eduardo Barreira. “La empresa bancaria y sus riesgos”. *Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia* (2012).
- Campbell, Andrew y Peter Cartwright. “Deposit insurance: consumer protection, bank safety and moral hazard.” *European Business Law Review*, (1999).
- Canales, Rodrigo y Ramana Nanda. “A darker side to decentralized lending banks: market power and credit rationing in SME lending”. *Journal of Financial Economics* (2012).
- Cano, José Ramón. *Manual práctico de contratación mercantil. Tomo II Contratos bancarios, financieros y sobre títulos-valores*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- Carballo, Alfredo. “Orden público, seguridad ciudadana y reconversión policial en los procesos de reforma del Estado”. *Reforma del estado y derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999.
- Carbonell, Miguel. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.” *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Carey, Sean y Matthew Lebo. “Election cycles and the economic voter”. *Political Research Quarterly* (2006).

- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 402.
- Cidoncha, Antonio. *La libertad de empresa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto.” *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Carbonell, Miguel (coord.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Código financiero que norma, vigila y juzga.*
<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/17/nota/3438246/codigo-que-norma-vigila-juzga> (acceso: 10/10/2015).
- Correa Henao, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 242.
- Correa, Rafael *Enlace Ciudadano 418 de 4 de abril de 2015.*
<http://www.youtube.com/watch?v=Lks57XOBKmA> (acceso 15/09/2015)
- Covitz, Daniel y Erik Heitfield. “Monitoring, moral hazard, and market power: a model of bank lending”. *Federal Reserve Board* (1999).
- Cuevas, Gustavo. “Protección constitucional de la libertad económica notas y reflexiones”. *Letras Jurídicas* (2006).
- Delgado, Julián. *La noción de orden público en el constitucionalismo español*. Madrid: Dyckinson, 2011.
- Diamond, Douglas “The promises and perils of interest rate subsidies: a survey of eight selected countries.” *United States Agency for International Development* (1997).
- Dos visiones sobre el Código Monetario.* <http://www.elcomercio.com/actualidad/codigo-monetario-reformas-economia-dolarizacion.html> (acceso: 10/09/2015).
- Dowd, Kevin. “Moral hazard and the financial crisis”. *Cato Journal* (2009).
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispania Libros, 2006.
- “Ecuador Country Report.” *The Economist Intelligence Unit* (2005).
- El sector de la construcción esta en riesgo de paralizarse.*
<http://www.revistalideres.ec/lideres/sector-construccion-ecuador-economia.html>
 (acceso: 20/09/2015).
- Etcheverry, Raúl. *Derecho comercial y económico. Formas jurídicas de la organización de la empresa*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- Farfán, Constanza. *Guía práctica del crédito de vivienda en Colombia*. Bogotá: Legis Editores, 2011.
- Fernández, Jorge. “Disertación sobre el servicio público”. *Foro Revista de Derecho* (2010).
- Font Galán, Juan Ignacio. “La empresa en el derecho mercantil”. *Derecho mercantil*. Guillermo Jiménez (coord.). Barcelona: Ariel, 2003.
- Gadinis, Stavros. “From independence to politics in financial regulation”. *California Law Review* (2013).

- Galindo, Arturo y Eduardo Lora. “Los cimientos del crédito para la vivienda”. *Desencadenar el crédito cómo ampliar y estabilizar la banca*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2004.
- García Vitoria, Ignacio. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- García, Iván. “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011).
- Gersovich, Carlos. “Las crisis bancarias y financieras”. *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- Gersovich, Carlos. “Marcos del derecho bancario y financiero” *Derecho bancario y financiero moderno: principios generales, mercados, contratos, responsabilidad, insolvencia*. Gersovich Carlos (coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- Gómez, Hernán. “La economía popular y solidaria. Una práctica más que un concepto” *Retos revista de ciencias de la administración y economía* (2013).
- Gonzales, Gerardo. “El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina.” *Revista de la CEPAL* (2005).
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Grunet, Jens y Lars Nordern. “Soft information matters in SME lending”. *RSM Insight* (2011).
- Hinestrosa, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada” *Revista de Derecho Privado* (2014).
- Hofstetter, Marc Jorge Tovar y Miguel Urrutia. “Effects of a mortgage interest rate subsidy: evidence from Colombia.” *Inter-American Development Bank* (2011).
- Informe Primer Debate Proyecto de Código Orgánico Monetario y Financiero* <http://leyes.asambleanacional.gob.ec> (acceso 21/07/2015).
- Jácome, Hugo y José Paéz. “Desafíos para la economía social y solidaria de la región: una mirada desde la realidad del Ecuador”. *Contextos de la otra economía*.
- Jara, María Elena “La Constitución económica ecuatoriana y desarrollo” *Estado, derecho y justicia: estudios en honor a Julio César Trujillo*. Ramiro Ávila (coord.). Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Jiménez, Claudia. “Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control” *Heinonline*, (1999).
- Jiménez, Guillermo. *Derecho mercantil*. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.
- Joaquín Garrigues. *Contratos bancarios*. Madrid: S.N., 1958.
- Jordán, Fausto Jordán. “Acciones de política pública en economía social y solidaria”. *Conocimiento y políticas públicas de economía social y solidaria*. José Luis Coraggio (coord.). Quito: IAEN, 2012.

- José Ramón Paéz (coord.). Quito: Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, 2014.
- Juárez, Ángel. *Los principios de interés social, orden público y apariencia del buen derecho*. Coyoacán: Raúl Juárez Carro Editorial, 2012.
- Junta de Regulación Monetaria y Financiera. *Incentivos para la construcción y adquisición de vivienda* http://www.politicaeconomica.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/1_pres_vivienda.pdf (acceso 17/09/2015).
- Junta de Regulación orientará los créditos para producción <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/09/05/nota/3712931/junta-regulacion-orientara-creditos> (acceso 14/10/2015).
- Kane, Edward. "Good intentions and unintended evil: the case against selective credit allocation". *Journal of Money, Credit and Banking* (1976).
- Lastra, Rosa. "Principles of financial regulation". *Derecho administrativo y regulación económica*. Cuétara, Juan Miguel et al. (coords.) Madrid: La Ley, 2011.
- Le Roy, Roger y Robert Pulsinelli. *Moneda y banca*. Bogotá: Mc. Graw Hill Interamericana, 1992.
- Lea, Michael y Loic Chiquier. *Housing finance policy in emerging markets*. Washington D.C: The World Bank, 2009.
- Leal, Hildebrando. *Contratos bancarios*. Bogotá: Librería del Profesional, 1990.
- Linares, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986.
- Lukauskas, Arvid "The political economy of financial restriction: the case of Spain". *Journal of Comparative Politics* (1994).
- Martí, Nicolás. "El préstamo bancario de dinero" *Contratos bancarios y parabancarios*. Nieto, Ubaldo (coord.). Valladolid: Editorial Lex Nova S.A, 1998.
- Martínez, Néstor. *Sistemas financieros*. Bogotá: Federación Latinoamericana de Bancos, 1994.
- Martorell, Ernesto. *Tratado de los contratos de empresa. Tomo II Contratos bancarios*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1996.
- Matta y Trejo, Guillermo. "El control estatal de la actividad financiera". *Revista Derecho Empresario* (1978).
- Meinem, Enio. "Democratización del crédito en Brasil". *Experiencias y desafíos en microfinanzas y desarrollo rural*. Quito: Programa de servicios financieros en la sierra norte, 2004.
- Micco, Alejandro y Hugo Panizza. "El intercambio de información en los mercados financieros" *Desencadenar el crédito cómo ampliar y estabilizar la banca*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2004.
- Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.
- Miu, Peter and Boggy Ozdemir. *Basel II Implementation*. New York: Mc Graw-Hill, 2009.
- Montenegro, Armando. "Directed Credit" *Policy-based finance and market alternatives*. Kim Staking (coord.) New York: Interamerican Development Bank, 1997.

- Morales, Francisco. *Fundamentos de la actividad y los negocios bancarios*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1991.
- Morales, Juan. *Teoría General del Derecho Civil*. Lima: Palestra Editores, 2009
- Morán, Roque. “La normalización de la Responsabilidad Social Empresarial” *Revista Polemika* (2012).
- Moreno, José Antonio. “Orden público y arbitraje: algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y Mercosur”. *Derecho Comercial en el Siglo XXI*. Jorge Oviedo Albán (coord.). Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- Naastepad, C.W. “The macro-economic effects of directed credit policies: a real financial CGE evaluation for India”. *Development and Change* (2001).
- Navarro, Enrique. “Protección y amparo de la libertad económica en Chile e Hispanoamérica” *Revista Chilena de Derecho* (1998), p. 187.
- Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de derecho bancario colombiano*. Bogotá: Legis Editores, 2000.
- Nicholson, Walter y Christopher Sneider. *Intermediate Microeconomics*. Ohio: Cengage Learning, 2007.
- Niinimaki, J. “Does collateral fuel moral hazard.” *Journal of Banking and Finance* (2008).
- Onyiruiba, Leonard. *Emerging market bank lending and credit risk control evolving strategies to mitigate credit risk, optimize lending portfolios and check delinquent loans*. San Diego: Academic Press, 2015.
- Orozco, Mónica *El ABC de los nuevos créditos hipotecarios*. <http://www.elcomercio.com/actualidad/abc-nuevos-creditos-hipotecarios-3.html>. (acceso 16/09/2015).
- Orozco, Mónica *Nuevos créditos hipotecarios aplican para viviendas nuevas y construcción*. (acceso 16/09/2015). <http://www.elcomercio.com/actualidad/creditos-hipotecarios-vivienda-biess-bancos.html>
- Ortiz, Luis. “La potestad reglamentaria del regulador bancario costarricense” *Derecho administrativo y regulación económica*. Juan Miguel Cuétara, et al. (coords.) Madrid: La Ley, 2011.
- Pachano, Abelardo. Entrevista personal llevada a cabo el 01 de septiembre de 2015.
- Pagano, Michael. “Credit, cronyism and control: evidence from the Americas”. *Journal of International Money and Finance* (2008).
- Palacio, Alfonso. “Reserva de ley en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el caso colombiano”. *Revista de Derecho del Estado* (2001)
- Palacios, Hugo. “El inútil concepto de “servicio público.” Notas para una crítica desde la perspectiva de “law and economics”. *Colección Derecho Económico III*. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2001.
- Paz-Ares, Cándido y Jesús Alfaro. “Artículo 38”. *Comentarios a la constitución española*. María Emilia Casas (coord.). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 981.
- Peña, Andrés y Fernanda Pinta. “Análisis sectorial”. *Infoeconomica INEC* (2012).

- Prieto Sanchis, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Revista Pensamiento Constitucional* (2002).
- Pyndick, Robert y Daniel Rubinfeld. *Microeconomics*. Nueva Jersey: Pearson Education Inc., 2009.
- Quintyn, Marc y Michael Taylor. “Regulatory and supervisory independence and financial stability”. *International Monetary Fund* (2002).
- Rabascall, Carlos. *Pulso Político: Código Monetario*.
<https://www.youtube.com/watch?v=VPfInZ4aNCg> (acceso: 10/07/2015).
- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, definición de economía.
<http://lema.rae.es/drae/?val=economia> (acceso: 27/05/2015).
- Reporte trimestral de oferta y demanda de crédito*.
<http://contenido.bce.fin.ec/home1/economia/tasas/ET-ODC-IIT-2015.pdf> (acceso: 20/10/2015).
- Rivera, Julio César. *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios: su significación en América Latina*. Bogotá: FELABAN, 1990.
- Rojas, Liliana. “El acceso a los servicios bancarios en América Latina: identificación de obstáculos y recomendaciones”. *Center for Global Development* (2006).
- Rojo, Ángel. “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española” *Revista de Derecho Mercantil* (1993).
- Rojo, Ángel. “El empresario: concepto, clases y responsabilidad” *Curso de derecho mercantil Tomo I*. Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez (coords.). Madrid: Editorial Civitas, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco. “La libertad de empresa en la Constitución” *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I: introducción y títulos valor*. Juan Iglesias Prada (coord.). Madrid: Civitas, 1996.
- Sabogal, Javier. “Aproximación y cuestionamientos al concepto responsabilidad social empresarial” *Revista Facultad de Ciencias Económicas* (2008).
- Sabogal, Luis Fernando. “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia” *Revista Mercatoria* (2005).
- Salvador, María Amparo Salvador. “El riesgo sistémico en la regulación bancaria: respuestas tras la crisis”. *Derecho administrativo y regulación económica*. Cuétara, Juan Miguel et al. (coords.) Madrid: La Ley, 2011.
- Spurrier, Walter “Bajo la férula”. *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 15* (2015).
- Spurrier, Walter. “¿Las financieras serán bancos?” *Análisis Semanal* (2014).
- Spurrier, Walter. “Gobierno admite contracción” *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 37* (2015).
- Spurrier, Walter. “Liquidez administrativa”. *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 6* (2015).

- Spurrier, Walter. "Otra colocación de bonos" *Revista Análisis Semanal Año XLV No. 21* (2015).
- Staking, Kim y Antonio Vives. "Financial intermediation and policy-based lending: policy recommendations for Latin America and the Caribbean". *Policy-Based Finance and Market Alternatives*. Staking, Kim (coord.) New York: Interamerican Development Bank, 1997.
- Stiglitz, Joseph. "The role of the state in financial markets." *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics* (1994).
- Superintendencia de Bancos del Ecuador. *Análisis financiero sistemas de bancos privados diciembre 2013-diciembre. 2014*. http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/articulos_financieros/Estudios%20Técnicos/2014/AT12_2014.pdf (acceso: 10/08/2015).
- Superintendencia de Bancos del Ecuador. *Entidades financieras Patrimonio Técnico* http://www.sbs.gob.ec/practg/p_index?vp_art_id=&vp_tip=6&vp_buscr=/practg/pk_cons_bdd.p_rep_entdd_finnc (acceso: 15/09/2015).
- Superintendencia de Bancos y Seguros. *Análisis Financiero Sistema de Bancos Privados período marzo 2014-marzo 2015*. http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/articulos_financieros/Estudios%20Técnicos/2015/AT1_2015.pdf (acceso 17/09/2015).
- Surrey, Stanley. "Tax incentives as a device for implementing government policy: a comparison with direct government expenditures" *Harvard Law Review* (1970).
- Tamayo, Sergio. *Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional*. Lima: Ara Editores, 2009.
- Tárfur, Claudia. "Bancarización: una aproximación al caso colombiano a la luz de América Latina. *Estudios Gerenciales* (2009).
- Thau, Stefan y Marko Pitesa. "Masters of the universe: how power and accountability influence self-serving decisions under moral hazard". *Journal of Applied Psychology* (2013).
- The World Bank. "Risk and opportunity managing risk for development". *World Development Report* (2013).
- Thonabauer, Gunther. *Credit approval process and credit risk management*. Viena: OENB.
- Torrijo, Juan Pablo. "Orden público económico y constitución económica" *Revista de Estudios Uis Novum* (2009).
- Trujillo, Julio César y Agustín Grijalva. "El fundamento constitucional de la nueva economía" *Tendencia* (2010).
- Trujillo, Julio César. "La Constitución económica, más allá del neoliberalismo". *Foro Revista de Derecho* (2007).
- Velasco, Gustavo. "Sobre la naturaleza jurídica de la concesión bancaria". *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* (1969).
- Viera, Christian. "La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social" *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2010).

Weinstein, Harris. "Moral hazard, deposit insurance and banking". *Cornell Law Review* (1992).

Legislación

Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial Suplemento 232 de 12 de septiembre de 2014.

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

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial 250 de 23 de enero de 2015.

Ley Orgánica para Regulación de Créditos para Vivienda y Vehículos. Registro Oficial Suplemento 732 de 26 de junio de 2012.

Resolución de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera 043-2015-F. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 045-2015-F. Artículo 3. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 046-2015-M. Registro Oficial 484 de 21 de abril de 2015.

Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 058-2015-F. Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de abril de 2015.

Jurisprudencia

Argentina

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A. *The First National Bank Of Boston c. S.K.P. Establecimientos Metalúrgicos*. Sentencia de 22 de Agosto de 1985.

Chile

Tribunal Constitucional Chileno. *Caso Diputado Gustavo Alessandri Balmaceda y otros c. Decreto Supremo No. 327 del Ministerio de Obras Públicas*. Causa No. 167- 93-CDS. Sentencia de 6 de abril de 1993.

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Alejandro Baquero Nariño y Humberto de Jesús Longas c. leyes 546 de 23 de diciembre de 1999 y 550 de 30 de diciembre de 1999*. Causa No. D 2823. Sentencia de 26 de julio de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Hernán Antonio Barrero Bravo c. Ley 44 de 1993*. Sentencia de 2 de junio de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Hernando de Jesús Blanco c. el Director de la Caja Nacional de Previsión Social*. Causa No T426/92. Sentencia de 24 de junio de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. *Caso de Jaime Bernal Cuellar c. el Artículo 53 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Causa No. D-4647. Sentencia de 11 de noviembre de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. *Caso Francisco Cuello Duarte c. Art. 19 de la Ley 30 de 1986*. Causa No. C-524/95. Sentencia de 16 de noviembre de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. *Caso Gilberto Gaviria Posada y otros c. Banco Santander y otros*. Causa No. SU-157/99. Sentencia de 10 de marzo de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. *Caso María del Pilar Vanegas Guzmán c. artículo tercero de la ley 34 de 1993*. Causa No. D-270. Sentencia de 27 de enero de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Proceso de acción de tutela. *Caso Mauricio Nicolás Sánchez y otros*. Causa No. T-425/92. Sentencia de 24 de junio de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia en el caso de Augusto Vargas Sáenz c. Anais Moreno de Alzate*. Causa No. T-72178. Sentencia de 26 de septiembre de 1995.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC 14/94*. Opinión de 9 de diciembre de 1994.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985.

Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica *Caso Deloitte & Touche Sociedad Anónima y otros c. el Art. 8 del Reglamento de auditores externos y medidas de gobierno corporativo aplicables a los sujetos fiscalizados por la SUFEF, SUGEVAL y SUPEN*. Causa No. 05-003588-0007-CO Sentencia de 6 de diciembre de 2006.

Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador. *Caso de Blanca Dalmita Mena c. Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Loja*. Causa No. 1212-12-EP Sentencia de 6 de mayo de 2015. Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. *Caso Empresas de Seguridad e Investigación Privada (ANESI) c. Acuerdo Ministerial No. 654*. Causa No. 005-12-SIN-CC. Sentencia de 29 de marzo de 2012. Registro Oficial Suplemento 714 de 31 de mayo de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador. *Caso Segundo Ángel Pandi Toalombo c. Sentencia de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura*. Causa No. 1116-10-EP. Sentencia de 27 de marzo de 2012. Registro Oficial Suplemento 728 de 20 de junio de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa*. Causas No. 0003-08-IC/0004-08-IC/0008-08-IC. Sentencia de 2 de diciembre de 2008. Registro Oficial 479 de 2 de diciembre de 2008.

España

Tribunal Constitucional de España. *Caso Diputados y Gobierno de la Nación c. La Ley de Generalidad Valenciana de 29 de diciembre de 1986*. Causa No. 418/1987 y 421/1987. Sentencia de 8 de julio de 1993.

Tribunal Constitucional de España. *Caso Nicolás Redondo Urbiota y otros c. Real Decreto 17/1977*. Causa No. 192/1980. Sentencia de 8 de abril de 1981.

Tribunal Constitucional de España. *Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia c. Ley de 25 de noviembre de 1994*. Causa No. 83/1984. Sentencia de 24 de julio de 1984.

Perú

Tribunal Constitucional de Perú. *Caso Roberto Nesta Brero y otros c. el Artículo 4 del Decreto de Urgencia No. 140-2001*. Causa No. 0008-2003-AI/TC. Sentencia de 11 de noviembre de 2003.