

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Consecuencias Jurídicas de Denominar a las Actividades Financieras
como Servicio de Orden Público en la Constitución Ecuatoriana

LUIS ANDRÉS OCAÑA BEDÓN

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención
del título de abogado

Quito

Enero de 2010

©COPYRIGHT

Luis Andrés Ocaña Bedón

2010

La presente tesina la dedico a mis padres.

RESUMEN

Con la nueva Constitución Política vigente, la cual fue elaborada en la Ciudad de Montecristi en el año 2008, se le otorga una nueva denominación a las actividades financieras, que de acuerdo al artículo 308 de la Constitución vigente son un “servicio de orden público”. Esta categoría designada a las actividades financieras es nueva en el ámbito del Derecho y la Doctrina, no existe aun el concepto de “servicio de orden público”. A raíz de la norma Constitucional se han dado reformas en cuerpos normativos y organismos de control, con el cual existe un nuevo marco jurídico para todos los actores que componen la actividad financiera. Con la elaboración de esta tesis se busca demostrar las consecuencias jurídicas de la denominación de servicio de orden público a las actividades financieras, en los cuales hay cambios concretos en las leyes, reglamentos y disposiciones generales. Mostrare los efectos directos y la situación actual de las actividades financieras en nuestro país, como por ejemplo un mayor control por parte del Estado, el destino de los excesos de liquidez, la creación de un defensor del cliente, la determinación de costos financieros y demás reformas legales.

ABSTRACT

The new Constitution of Ecuador, which was developed in the city of Montecristi in 2008, has given a new name to the financial activities. According to Article 308 of the current Constitution the financial activities are a "service of public order". This categorization for financial activities is new in the field of law and doctrine, the concept of "service of public order" doesn't have a known precedent. Following the standard Constitutional reforms have resulted in secondary regulation and control bodies, which has created a new legal framework for all stakeholders in financial activity. The purpose of this argumentative work is to demonstrate the legal implications of the denomination "service of public order" in financial activities which has to necessarily generate changes in laws, regulations and general provisions. I will concentrate this work in the outcomes of the new regulation and in the current situation of financial activities in our country, such as greater control by the government's institutions, the final destiny of excess liquidity, the creation of the customer advocate, the determination of financial costs and other legal reforms.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. CAPÍTULO I

ACTIVIDADES FINANCIERAS

1.1. Concepto.....	6
1.2. Constitución Política de la República del Ecuador 2008.....	10
1.3. Constitución Política de la República del Ecuador 1998.....	17
1.4. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.....	20

2. CAPITULO II

SERVICIO PÚBLICO

2.1. Concepto.....	25
2.2. Orden Público.....	34
2.3. El Control.....	39
2.4. Cuestión Tarifaria.....	42
2.5. Supervisión Bancaria.....	43

3. CAPITULO III

REFORMAS LEGALES INTRODUCIDAS AL SISTEMA FINANCIERO EN BASE A LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

3.1. Costo Máximo Efectivo del Crédito.....	46
3.2. Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera.....	49
3.3. Costos Financieros.....	53

3.4.	Sistema de Planificación.....	57
3.5.	Repatriación de Fondos.....	59
3.6.	Retiro de Fondos Públicos.....	61
3.7.	Análisis Sistema Financiero de Colombia.....	64
CONCLUSIONES.....		69
BIBLIOGRAFIA.....		71
ANEXO.....		

INTRODUCCIÓN

Las actividades financieras permiten la distribución de los recursos de los distintos agentes que conforman una economía, generando crecimiento y desarrollo dentro de la sociedad. En la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su artículo 2, se define que “los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero”. La intermediación financiera es el captar recursos del público que busca ahorrar, con la figura de depósito y la acumulación de estos fondos colocarlos en operaciones de crédito, garantía o inversiones.

EL sistema financiero se encuentra regulado por los correspondientes entes de control y regulación, que busca precautelar los intereses de los clientes, a través de políticas y procedimientos que están en la obligación de cumplir las instituciones del sistema financiero.

Los clientes de las instituciones financieras confían en las entidades financieras en el cual colocan sus depósitos, es importante recalcar el término confianza porque es uno de los pilares para mantener sano al sistema financiero.

De acuerdo a la nueva Constitución Política del Ecuador, dichas actividades financieras se encuentran enmarcadas jurídicamente en nueva categoría, la forma de catalogarlas es que son un servicio de orden público. Esta definición consta en el Capítulo Cuarto Soberanía Económica, Sección Octava Sistema Financiero, artículo 308 de la Constitución Política, elaborada en Montecristi en el año 2008.

Para nuestro ordenamiento jurídico es nuevo denominar a las actividades financieras como un servicio de orden público, las leyes de menor jerarquía y la estructura financiera no se encontraban estructurados bajo este concepto de actividades financieras.

Es una nueva creación de los constituyentes de la Asamblea de Montecristi el término servicio de orden público que asignan a las actividades financieras, no existe aun la definición ni en la doctrina, menos aun en la ley. Pero a raíz de la promulgación de la nueva Constitución donde se contiene dicho termino, se han visto grandes cambios en el sistema financiero impulsados desde el Ejecutivo y de los entes de control y regulación.

Se han determinado nuevas condiciones para todos los actores relacionados con las actividades financieras, las reglas son distintas en comparación con la Constitución Política de 1998 y sus leyes derivadas.

Ahora nos encontramos en un escenario donde la actividad financiera es de vital importancia para el Poder Ejecutivo, el cual cuenta con mayores herramientas jurídicas en relación con el anterior ordenamiento jurídico, antes de la aprobación de la Carta Magna en Montecristi.

En el presente trabajo analizaremos las consecuencias de denominar a las actividades financieras como un servicio de orden público, pero previamente trataremos de descifrar que significa servicio de orden público.

Para el siguiente texto hemos realizado una investigación de la doctrina, jurisprudencia y leyes que nos será de gran ayuda, para ubicarnos y comprender el escenario jurídico en el cual nos encontramos.

En el primer capítulo realizamos un estudio sobre el concepto de actividad financiera y vemos como se encuentra establecida en la Constitución Política del 2008

vigente, en la Constitución Política de 1998 derogada y en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Mientras que en el segundo capítulo se refiere a conceptos doctrinarios de servicio público, orden público y demás elementos relacionados con las actividades financieras.

Finalmente el tercer capítulo es un estudio sobre los cambios legales que ha generado esta nueva denominación a las actividades financieras, transformaciones concretas en las leyes. Es la forma como se demostrara la materialización del nuevo manejo de las actividades financieras por parte del Poder Ejecutivo.

CAPÍTULO I

ACTIVIDADES FINANCIERAS

1.1. Concepto

Debemos iniciar con la definición de actividad financiera, para poder comprender la estructura del presente capítulo y el alcance en los cuerpos normativos que analizaremos más adelante.

El concepto de actividad financiera según los tratadistas italianos tienen tres elementos básicos, el económico, sociológico y político. En lo que respecta a la teoría económica, el autor SENIOR BASTIAT las define como una equivalencia entre los servicios públicos y las prestaciones de los particulares. Existe otra teoría económica donde se le determina al Estado como un factor de producción. Al momento que se lo determina de esa manera, podemos recalcar que el Estado por lo tanto por ser un ente de producción, norma este campo de la producción que es la actividad financiera e influye en su ejecución.¹

Desde el punto de vista sociológico, se resalta el principio social que de forma indirecta regula a esta actividad financiera. Quien creó esta doctrina fue VILFREDO

¹ C. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*, Buenos Aires, La ley, 2005, p. 26.

PARETO en su tratado de sociología general. Lo que se busca es una relación entre la clase gobernadora y la clase gobernante. La necesidad pública es satisfecha por una acción del Estado, no necesariamente por una actividad ejercida por el Estado. La acción por parte del Estado es de acuerdo al criterio y voluntad de las autoridades.²

Por último la teoría Política, dentro de la tres considero que es la más importante. Según el tratadista GRIZIOTTI el sujeto es el Estado, los medios o procedimientos que se adoptan en esta actividad son necesariamente manejados con un parámetro político.³

El parámetro político es uno de los argumentos que determina como se va a manejar esta actividad, se debe considerar que el sujeto está representado en el Estado y los medios se los puede interpretar a las instituciones financieras.

La definición de las actividades financieras desde la perspectiva jurídica cuenta con estos tres ejes, con lo que se demuestra que no es únicamente económico el análisis. Estos dos elementos, tanto el político y el sociológico se valoran al momento de resolver sobre las actividades financieras. Este análisis va más allá del concepto económico, ya que las repercusiones sobrepasan los límites de lo económico y financiero para llegar al campo social.

De aquí es donde surge si el Estado debe ser neutral o debe intervenir. Es trascendental tomar lo que dice TROTABAS, “la decisión que se adopte en un sentido o en otro, dependerá de convicciones políticas o filosóficas”.⁴ Cuando nos referimos al campo neutral, se dan las circunstancias en donde el campo privado supera a la iniciativa del Estado. Mientras en una política intervencionista el Estado interviene de forma directa en el manejo de la economía, para que controlar las condiciones económicas y sociales.

Mediante el sistema financiero circulan los excedentes de ahorro de ciertas unidades a través de las instituciones financieras que intermedian los fondos para nutrir de liquidez hacia otras unidades. Todo este conjunto debe estar funcionando en un mercado organizado. Con estos lograremos optimizar el tiempo, utilizar mecanismos funcionales y transparencia. El costo que genera la intermediación, tendrá que soportarlo las dos partes.

² C. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*, op.cit. p. 26.

³ C. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*, op.cit. p. 26.

⁴ C. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*, op.cit. pp. 26 - 27.

Las instituciones que realizan la intermediación reciben a cambio una utilidad por los rendimientos de los recursos prestados.⁵

Las entidades financieras son personas jurídicas que prestan servicios, más específicamente servicios financieros. Suelen utilizar como sinónimos los términos operaciones, negocios bancarios o contratos bancarios.⁶

Cabe destacar la reflexión de ZAVALA RODRÍGUEZ que nos da una explicación: “Muchas operaciones bancarias son objeto de contratos bancarios y que los contratos bancarios sirven con frecuencia, para desarrollar operaciones bancarias”.⁷

La actividad financiera en sí, se encuentra regulada y controlada por un organismo estatal. Que dicta las normas para el desarrollo de dicha actividad. En un campo normativo de banca libre, los intermediarios financieros realizan su labor como si fueran un ente privado común. De esta manera el ingresar al sistema financiero se vuelve más fácil, por la falta de regulaciones estrictas que supervisen y controlen. Las instituciones que intermedian los fondos del público, tratan de maximizar sus rentabilidades por el riesgo que corre su cartera de crédito.⁸

La actividad financiera es de vital transcendencia para el desarrollo económico de un país⁹, porque es un medio por el cual se distribuye los recursos de la sociedad. Cubre las necesidades generales y fundamentales que tienen los países, va más allá de un negocio rentable con el fin de cumplir sus objetivos y metas.

Existía entre la comunidad una confianza por la seguridad y solidez de las entidades que realizan las actividades financieras, pero durante los últimos años se han generando desequilibrios en el sistema financiero.

⁵ D. BAQUERO: *Banca, Finanzas y Seguros*, Barcelona, Gestión 2000, 2001, p. 21.

⁶ E. BONEO: *Contratos Bancarios Modernos*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1994, p.41.

⁷ C. ZABALA: *Código de Comercio Comentado*, Depalma, p. 202.

⁸ H. GÜNTHER: *Regulación y Supervisión de la Banca en la Experiencia de Liberalización Financiera*, Santiago de Chile, CEPAL/PNUD, 1989, p. 34.

⁹ L. JACOME. *El rol de la Banca privada y las financieras en el desarrollo económico ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1983, pp. 219-229.

La importancia de esta actividad se ve reflejada en la regulación, control y autorización que realiza el Estado, e inclusive participa el mismo Estado en la actividad financiera¹⁰.

Las entidades que conforman la actividad financiera no pueden ejercer de forma individual o tener objetivos distintos al sistema planteado por el Estado, esto por la naturaleza especial que tiene la actividad financiera. Deberán estar acordes a los parámetros generales que fijen el sistema y las leyes correspondientes para todas las instituciones.

Cuando nos referimos al sistema, debemos entenderlo como una unidad a toda la actividad financiera. Si alguna entidad que pertenece al sistema sufre algún percance, este problema afecta a todo el sistema, por la pérdida de confianza de los depositantes en general.

Cuando nos referimos a las actividades financieras, se debe tomar en cuenta que no es un concepto puramente económico, al contrario tiene varios elementos que son parte de su definición.

A la actividad financiera se lo puede considerar como un instrumento por el cual el Estado cumple con sus finalidades, utilizando a los entes privados como medio para cumplir con esa finalidad.¹¹

Será importante tomar en cuenta la voluntad estatal, para determinar si la actividad financiera es o no parte de la administración pública. La necesidad que tenga la administración central, prevalecerá para determinar los lineamientos.¹²

Para analizar a la actividad financiera debemos iniciar por el estudio del Derecho Constitucional, porque en esa rama se determinan los principios generales para el desarrollo del derecho financiero.¹³ En la Constitución se encuentran estipuladas las políticas generales sobre cómo se desarrollarán estas actividades, las leyes de menor jerarquía por lo tanto deben acogerse a estos lineamientos.

¹⁰ E. BONEO: *Contratos Bancarios Modernos*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1994, p. 9.

¹¹ C. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*, op.cit. p. 3.

¹² C. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*, op.cit. p. 13.

¹³ C. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*, op.cit. p. 57.

1.2. Constitución Política de la República del Ecuador del 2008

En la Asamblea Constituyente realizada en Montecristi en el año 2008, se aprobó la Carta Política de la República del Ecuador, donde consta el siguiente artículo referente a las actividades financieras:

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

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

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

Esta nueva norma Constitucional que pertenece al Capítulo Cuarto Soberanía Económica, Sección Octava Sistema Financiero. Está compuesta por nuevos elementos y conceptos que nunca antes habíamos tenido en nuestro ordenamiento jurídico.

Se la define a la actividad financiera como un servicio de orden público, no se define en su simple lectura si es de servicio público o de orden público. No nos deja claro a que clasificación pertenece la actividad financiera. Esta nueva categoría de servicio de orden público, no se encuentra determinado en nuestra legislación. La autorización previa que se solicita por parte de las instituciones financieras, es un elemento que viene desde la anterior Constitución. La ley pertinente es la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero hasta hoy.

La autorización es cuando un órgano administrativo permite a otro órgano administrativo realizar un acto jurídico hacia el futuro o puede ser concedido a un sujeto particular. La autorización se da sobre actos administrativos o mera actividad particular. Lo que se busca es realizar un control preventivo sobre una actividad determinada¹⁴.

Dentro de las finalidades que se les otorgan a las actividades financieras es fundamentalmente de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. La primera finalidad está acorde a sus funciones, pero la segunda se debe ejecutar de acuerdo a los objetivos del desarrollo del país. Es un nuevo elemento que se relaciona con las políticas monetarias del Estado y con el Plan Nacional de Desarrollo, que lo trataremos en su concepto y alcances.

La norma madre es la constitución política, en donde consta el diseño del modelo social, económico y político.¹⁵ En lo que se refiere a la norma en análisis, hace una relación de las actividades financieras con las políticas monetarias y el Plan Nacional de Desarrollo, es decir se topa el campo social, económico y político.

Todo el conjunto que pertenece a las actividades financieras, de acuerdo a la norma constitucional, deben responder a los requerimientos para cumplir con los objetivos del desarrollo del país.

Se debe resaltar el segundo párrafo de la norma donde se afirma que el Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y democratizará el crédito, para lograr esto deberá ejecutar políticas y procedimientos para conseguir su objetivo. La democratización del crédito puede entenderse de varios aspectos, la entrega de créditos a todos los miembros de la sociedad o crear un sistema donde se establezcan lineamientos para el otorgamiento del crédito

La solvencia bancaria será solo responsabilidad de los administradores de las instituciones financieras, el Estado no garantiza la solvencia bancaria, aunque exista el ente de regulación y control especializado de las instituciones del sistema financiero. Lo

¹⁴ J. LINARES. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 324.

¹⁵ A. CABALLERO. *Teoría Constitucional*. Bogotá, Temis, 1995, p. 10.

que se busca aclarar, es que la responsabilidad sobre la solvencia recae de forma exclusiva sobre los administradores de las instituciones. Así el Estado se protege de cualquier acción contra él, en el futuro.

Termina el artículo con la prohibición del congelamiento o retención de los fondos que se encuentren en las instituciones públicas o privadas. Considero que no solo es de colocar en la Constitución una prohibición expresa sobre el tema del congelamiento o retención de los fondos, porque es un efecto económico que acarrea consecuencias jurídicas y sociales. Lo que se debe implementar es una estructura jurídica y económica, para evitar y anticiparse a estos sucesos. Ese es el éxito que se debe buscar, no solo prohibir por norma Constitucional el congelamiento o retención de los fondos.

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. Estas entidades serán autónomas. Los directivos de las entidades de control serán responsables administrativa, civil y penalmente por sus decisiones.

En esta norma se determina como se encuentra clasificado el sistema financiero nacional, incluyendo un nuevo sector que es el popular y solidario. Antes solo existía el sector público y el sector privado. Se aclara que serán entidades autónomas y estarán controladas por entidades de control diferentes.

Cuando nos referimos al sector público, son las entidades financieras cuyo accionista es el Estado, como por ejemplo el Banco Nacional de Fomento o la Corporación Financiera Nacional. Las del sector privado, son las entidades que conforman el mayor número del sistema financiero, sus accionistas son privados. Captan los fondos del público para realizar la intermediación financiera¹⁶ y de esta manera colocarlos en sectores productivos.¹⁷

¹⁶ R. LEROY MILLER, *Moneda y Banca*, Santafé de Bogotá, McGraw-Hill Interamericana, 1992, pp. 52- 53.

¹⁷ L. CHIRIBOGA: *Sistema Financiero*, Quito, Jokama, 2007, pp.7-8

Lo que se busca proteger son los depósitos y préstamos de los usuarios de estos sectores. Las entidades de control deben preservar que se brinden las operaciones y servicios en condiciones de estabilidad.¹⁸

Art. 310.- El sector financiero público tendrá como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito que otorgue se orientará de manera preferente a incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que se permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía.

Se puede determinar claramente que el sector financiero público deberá otorgar los créditos para cumplir con los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos. Esta preferencia que se expresa claramente en la Constitución, limita de forma indirecta a los ciudadanos que busque otro con fin con los recursos provenientes del sector financiero público.

La preferencia se encuentra normada, pero que a su vez restringe el desenvolvimiento, por las disposiciones normativas y por los entes de control y regulación.¹⁹ Los ciudadanos que deseen tener acceso a estos recursos, con un fin de consumo, serán negados al momento de su petición.

Art. 311.- El sector financiero popular y solidario se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro. Las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario, y de las micros, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria.

Como es una nueva clasificación el sector financiero popular y solidario, así mismo se debe determinar cuáles entidades lo conforman y por eso menciona a su vez a cuatro divisiones que son parte de este sector. Lo que se busca es dinamizar el desarrollo de la

¹⁸ J. DE LA FUENTE: *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, México, Editorial Porrúa, 2000, pp. 1427-1428.

¹⁹ M. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 2000, p. 645.

economía popular y solidaria pero con un tratamiento especial del Estado hacia este sector.

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 vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

El estado busca mantener un sistema económico social y solidario, de esta manera se busca garantizar el buen vivir de los ciudadanos. Se determina que el sistema económico con el que se manejará la economía estará conformada por la pública, privada, mixta, popular y solidaria.

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

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

Los objetivos en esta área son cuatro, que los iremos analizando de forma individual. Tal como se encuentran los cuatro objetivos, vemos que llevan una estructuración, que veremos a continuación. El primero se refiere a los medios de pago, los cuales se garantiza que existirán para el buen manejo del sistema económico.

Lo que se busca en el numeral 2 es tener la suficiente liquidez para afrontar cualesquier crisis que se dé en la actividad financiera, para que el sistema financiero pueda responder frente a sus clientes. De acuerdo a la política que se adopte se señalará los porcentajes de liquidez global.

Mientras que en el numeral 3, en el caso de existir excedentes de liquidez las instituciones deberán destinarles para el desarrollo del país. Los fondos de los depositantes de todo el sistema financiero se ven invertidos en los objetivos del desarrollo del país, de acuerdo a lo que se establezca como excedente. No se hacen ningún tipo de distinción sobre los excedentes de qué tipo de sector se tomará, deberíamos concluir que se los considera a todos por igual.

Finalmente el numeral cuatro busca incentivar que existan unas tasas de interés pasiva y activa que generen estabilidad en precios, equilibrios monetarios en la balanza de pagos y que se encuentren acorde con el objetivo de estabilidad económica.

La norma determina de forma clara los objetivos del manejo de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera. Se interviene en temas trascendentales como los medios de pago, niveles de liquidez, promover relaciones de las tasas activas y pasivas para el ahorro y actividades productivas.

Art. 303.- La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central. La ley regulará la circulación de la moneda con poder liberatorio en el territorio ecuatoriano.

La ejecución de la política crediticia y financiera también se ejercerá a través de la banca pública.

El Banco Central es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecida por la ley.

El último artículo citado es de gran trascendencia porque se define claramente quien va a ser el encargado de la formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera que será la Función Ejecutiva. El Banco Central solo tendrá que ejecutar lo que disponga el ejecutivo, ya no será esta persona jurídica quien determine las

políticas monetaria, crediticia, cambiaria y además pierde la autonomía técnica y administrativa que poseía con la anterior Constitución.

Incluso se dio una reforma a la conformación del Directorio del Banco Central del Ecuador, con la aprobación al proyecto de Ley Reformativa a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, el 22 de septiembre del 2009 por parte de la Asamblea Nacional, donde se determinó que son los siguientes miembros:

- a) Un delegado del Presidente de la república, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente;
- b) El Ministro que coordine la Política Económica o su delegado;
- c) El Ministro que coordine la Producción o su delegado;
- d) El delegado de las instituciones financieras públicas de desarrollo;
- e) El Secretario Nacional de Planificación o su delegado; y,
- f) El Ministro de Finanzas o su delegado

Es de gran interés económico, social y político el manejo de estas políticas por parte del ejecutivo, se ve una intervención en esta área, porque el mismo Estado es un sujeto actor de la economía.²⁰

La banca pública también participará en la consecución de la política crediticia y financiera. No se determina el nombre de la unidad monetaria que circulará, se repetía el texto de la Constitución de 1998 sobre el poder liberatorio de la moneda que tendrá en el territorio.

De acuerdo al artículo 312 de la Constitución, prohíbe a las entidades o grupos financieros poseer acciones permanentes, totales o parciales en empresas que no corresponda al giro de la actividad financiera. La norma en el segundo párrafo es más directa en la prohibición de poseer participaciones en el control del capital, la inversión o el patrimonio en medios de comunicación social. Por lo tanto las entidades financieras o grupos financieros deben dedicarse exclusivamente a la actividad financiera, no es posible incursionar en otras actividades, como por ejemplo la de medios de comunicación social.

En el mismo artículo se determina que todas las entidades que conforman el sistema financiero nacional deberán tener un defensor del cliente, que no pertenecerá a la

²⁰ E. BONEO: *Contratos Bancarios Modernos*, op. cit. p. 27.

institución financiera. Lo podríamos comparar con el defensor del pueblo, porque deberá proteger los derechos de los depositantes de la institución a que le corresponda.

Dentro del Capítulo VI en la Sección Sexta Ahorro e inversión, se establece que el Estado fomentará y protegerá el ahorro interno como fuente de inversión productiva para el país. Se dará preferencia a la inversión nacional. Las inversiones deberán ejecutarse en el campo productivo, en la innovación tecnológica y buscando un equilibrio entre regiones y sectoriales. Respecto a la inversión extranjera tendrá un estricto marco jurídico, deberá cubrir las necesidades y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo.

Dentro de los derechos de la libertad que se reconoce y garantiza a las personas, se encuentra el de la protección de datos de carácter personal, en el artículo 67 numeral 19. Donde se protege el acceso y la decisión sobre esta información. Para realizar la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de la información, será necesaria la autorización del titular de la información o el mandato de la ley. Esto tiene gran incidencia en los buros de crédito o en la bases de datos financieros, que son de carácter reservado, el cual brinda una protección a los clientes del sistema financiero, para que esta información sea administrada adecuadamente y sin perjuicio de sus titulares.

Con la norma constitucional que regula la información de carácter personal, se da un gran cambio sobre las empresas que realizan la gestión de buro de crédito, recopilación de central de riesgo y demás bases de datos. Ya no son ellos los titulares de la información de la persona, ahora la misma persona debe autorizar el manejo de su información.

El organismo de control y vigilancia sobre las actividades financieras es la Superintendencia de Bancos y Seguros. Las superintendencias según el artículo 213 de la Constitución vigente son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que brindan las entidades públicas y las entidades privadas.

El ente de control estará dirigido y controlado por el Superintendente. Serán nombrados las superintendentes o los superintendentes por el Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Control Social, de la terna que envíe el Presidente de la República.

La Superintendencia de Bancos y Seguros realizará el control ex ante a concurrente²¹, para prevenir todos los aspectos que genere un desequilibrio financiero y administrativo.

Para comprender la dimensión del cambio constitucional que se ha generado con la Constitución vigente, debemos comprender los lineamientos, esquemas y funciones que se les otorgaba a las actividades financieras con la Constitución de 1998.

1.3. Constitución Política de la República del Ecuador 1998

En la Constitución de 1998 no existe una norma que determine como se desenvolverán las actividades financieras, peor aún sus límites. Dentro de las normas que se pueden relacionar a este tema, se encuentra el TITULO XII DEL SISTEMA ECONOMICO.

Art. 242.- La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción.

En esta norma se garantiza la igualdad de derechos y de oportunidades hacia el trabajo, los bienes y servicios. Es decir los habitantes podían exigir el acceso hacia cualquiera de estas tres áreas. El manejo económico tenía que respetar los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad.

En el artículo 244 se establece que le corresponde al sistema de economía social de mercado, en su numeral uno, el garantizar a las actividades económicas un orden jurídico. Tanto las actividades empresariales públicas y privadas gozaran del mismo tratamiento

²¹ M. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, op.cit. p. 654.

legal. Le ponen en el mismo nivel jurídico a la inversión nacional y extranjera. Lo que busca el sistema es brindar las mismas condiciones a las actividades públicas y privadas.

La economía estará compuesta por empresas que de acuerdo a su forma de propiedad y gestión, se clasificarán en privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión, esto según el artículo 245 de la Constitución de 1998.

Art. 254.- El sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social, fijará metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo, que deberán alcanzarse en forma descentralizada, y orientara la inversión con carácter obligatorio para el sector público y referencial para el sector privado. Se tendrán en cuenta las diversidades de edad, étnico-culturales, locales y regionales y se incorporará el enfoque de género.

En este último artículo se establece que la inversión respecto a los objetivos de nacionales será obligatoria para el sector público, mientras que para el sector privado será únicamente referencial. Es decir el Estado dentro de su Sistema Nacional de Planificación referente a lo económico y social, no obliga al sector privado a invertir en el sistema nacional de planificación.

El artículo 255 aclara cuales serán los responsables del sistema nacional de planificación, que dice:

Art.255. El sistema nacional de planificación estará a cargo de un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República, con la participación de los gobiernos seccionales autónomos y de las organizaciones sociales que determine la ley. En los organismos del régimen seccional autónomo podrán establecerse departamentos de planificación responsables de los planes de desarrollo provincial o cantonal, en coordinación con el sistema nacional.

Se le destina todo un capítulo al Banco Central del Ecuador, que va desde el artículo 261 hasta el artículo 265. Aquí se define de forma clara sus atribuciones, obligaciones, conformación de su directorio e inclusive lo que no debe realizar.

La persona jurídica responsable de establecer, controlar y aplicar las políticas monetaria, financiera, crediticia y cambiaria del Estado será el Banco Central del Ecuador. La Constitución le reviste de autonomía técnica y administrativa, la institución es de derecho público.

El directorio del Banco Central se encontrará conformado por cinco miembros, que serán propuestos por el Presidente de la República y se designarán por la mayoría del Congreso Nacional. El tiempo que durara sus funciones de seis años, donde podrá existir renovación parcial cada tres años.

Dentro de las atribuciones estipuladas del Banco Central hay una referente a las instituciones del sistema financiero que dice:

Art. 265.- El Banco Central no concederá créditos a las instituciones del Estado ni adquirirá bonos u otros instrumentos financieros emitidos por ellas, salvo que se haya declarado estado de emergencia por conflicto bélico o desastre natural.

No podrá otorgar garantías ni créditos a instituciones del sistema financiero privado, salvo los de corto plazo que hayan sido calificados como indispensables para superar situaciones temporales de i

En el segundo párrafo de la citada norma, se prohíbe los créditos y el otorgamiento de garantías a las instituciones del sistema financiero, pero a su vez deja la posibilidad de otorgarlos exclusivamente en los casos de existir problemas de liquidez previa calificación. La responsabilidad recae sobre el Banco Central.

Dentro de los deberes primordiales que consta en el artículo 3 de la Constitución de 1998, en el numeral 4. Consta Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo. Y en su numeral 5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.

Se debe resaltar que estos deberes que los considera primordiales la Constitución de 1998, toma elementos que va en beneficio colectivo. Busca un desarrollo equilibrado y equitativo, no solo se centra en un determinado grupo o área estratégica. Busca erradicar

la pobreza, pero promoviendo tres áreas que las considera que van de la mano que son la económica, social y cultural.

El capítulo 5 de los Organismos de Control, se refiere a las superintendencias, que serán organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera. Que controlarán y vigilarán las actividades y servicios de las instituciones públicas y privadas. El superintendente será quien dirige y controle al organismo de control. El Congreso Nacional elegirá al superintendente de una terna enviada por el Presidente de la República, el periodo de funciones del superintendente será de cuatro años y si hay reelección.

Referente al campo de la inversión, el Estado garantizara los capitales nacionales y extranjeros que se destinen al campo de la producción y de forma especial al consumo interno y a la exportación. En el mismo artículo 271, se permite que mediante ley se puede conceder un tratamiento especial a las inversiones en zonas que no se encuentren desarrolladas o actividades que sean de interés nacional.

De acuerdo a estas normas, las actividades financieras no se encontraban con tantas limitaciones y regulaciones tal como se encuentra estipulado en la Constitución de Montecristi.

1.4. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Dentro del presente capítulo se encuentra el análisis de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ya que es la norma inferior inmediata a la Constitución que rige a las actividades financieras. Es claro encontrar normas donde constan los principios estipulados en la Constitución.

La presente ley tiene como objetivos regular la creación, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las instituciones que componen el sistema financiero privado. El ente de control encargado es la Superintendencia de Bancos y Seguros, el cual es un organismo técnico con autonomía administrativa, económica y financiera, con personería jurídica de derecho público. En la misma ley se determina que tendrá como

funciones la supervisión y control del sistema financiero. Como principal objetivo de la Superintendencia es el precautelar los intereses del público.

En el artículo primero de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se dice que las instituciones financieras públicas “se rigen por sus propias leyes en lo relativo a su creación, actividades, funcionamiento y organización.”²² Estas instituciones tendrán que regirse a esta ley sobre las normas de solvencia y prudencia financiera. La Superintendencia ejercerá control y vigilancia a las instituciones financieras públicas, de acuerdo a sus atribuciones legales.

Las instituciones financieras privadas de acuerdo al Art. 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) son los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público.

La principal característica de los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo es la de intermediar fondos, a través de captaciones de fondos públicos. Estos fondos de forma total o parcial colocarlos en créditos o inversiones.

Mientras que las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, con los fondos públicos captados estimulan el financiamiento a la vivienda y la construcción.

La Superintendencia de Bancos y Seguros autorizará la constitución de las entidades que pertenecen al sistema financiero privado. Deben hacerlo bajo la figura de compañía anónima. Excepto las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas que se encargan de realizar intermediación. En la denominación deberá constar su calidad de “banco” o “sociedad financiera” o “corporaciones de inversión y desarrollo”.

Las acciones por las que se encuentran conformados el sistema financiero privado serán nominativas, esto es lo que manda el artículo 5 de la LGISF. Existe prohibición

²² Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Art 1.

expresa de que las instituciones del sistema financiero emitan acciones o bonos para remunerar servicios.

Así mismo la Superintendencia autorizará la adopción y registro de la denominación, no puede pertenecer a otra institución o crear confusión.

Para definir a los grupos financieros debemos tomar el 57 de la L.G.I.S.F. donde se los considera de dos formas, el primero es cuando existe una sociedad controladora que posea un banco o una sociedad financiera privada o corporación de inversión y desarrollo, una compañía de seguros y reaseguros, sociedades de servicios financieros o auxiliares contempladas en la ley. Cuando nos referimos a una sociedad controladora es la persona jurídica que adquiere y administra las acciones emitidas por entidades o empresas pertenecientes al grupo financiero.²³

El segundo, es cuando un banco o sociedad financiera o corporación de inversión y desarrollo por sea su vez una compañía de seguros y reaseguros, sociedades de servicios financieros o auxiliares contempladas en la ley

Un grupo financiero no puede poseer dos entidades iguales, por ejemplo no puede haber dos bancos dentro de un grupo financiero, solo es permitido un banco o dos compañías de seguros o reaseguros. Así con las diferentes instituciones, solo debe haber una institución de cada una.

Pasan a ser grupos financieros cuando la sociedad controladora, el banco o la sociedad financiera o corporación de inversión y desarrollo tienen una o más de las entidades que hemos señalado, ya se los considera como grupo financiero. Una sociedad controladora es la que se dedica exclusivamente a adquirir acciones de las instituciones que hemos señalado.

De acuerdo al Reglamento General a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su artículo 20, se determina que la institución que haga de cabeza de grupo deberá por lo menos ser propietario del 51% de las acciones con derecho a voto, de las instituciones que conforman el grupo. En el artículo 27 del mismo reglamento se prohíbe que los integrantes del grupo financiero, puedan realizar entre sí operaciones comerciales,

²³ J. DE LA FUENTE: *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. México, Editorial Porrúa, 2000, pp. 1058 - 1059.

financieras o de prestación de servicios entre sí, en condiciones distintas a los que le presten a un tercero.²⁴

Podríamos considerar que la mayoría de las sociedades financieras o bancos son grupos financieros, ya que por el giro del negocio crean instituciones para complementar el servicio a sus clientes, por ejemplo la constitución de una compañía de seguros.

En la Ley General de Instituciones del sistema financiero se estipula que las instituciones del sistema financiero deben tener un fondo de reserva legal y un fondo de Liquidez, esto se encuentra normado en el Título IV Del Patrimonio, Capítulo I Capital y Reservas.

El fondo de reserva estará compuesto de por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito y pagado de la institución financiera. Se destinara al menos el diez por ciento (10%) de las utilidades anuales que tenga la institución. La forma como se encuentra compuesta la reserva legal se determina en el artículo 40, que es el monto de las cantidades separadas de las utilidades y el total de las sumas pagadas por los accionistas a la sociedad emisora en exceso, sobre el valor nominal de las acciones suscritas por ellos, esto en los casos que determine el estatuto el valor nominal de las acciones.

Si se podrá constituir otras reservas si se encuentra estipulado en los estatutos o por decisión de la Junta General de Accionistas, estas serán de carácter especiales o facultativas.

El fondo de liquidez funcionara como prestamista de última instancia y dará prestamos para cubrir la falta de liquidez en el encaje de sus depósitos en el Banco Central del Ecuador, para mantener los niveles mínimos de patrimonio técnico y cubrir con las demás disposiciones respecto a la liquidez.

La obligación de adherirse al fondo de liquidez es para todas las instituciones financieras privadas controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, que posean depósitos sujetos a encaje en el Banco Central.

La estructura que manejara el fondo de liquidez, es un directorio y una secretaria técnica. El directorio se encontrará conformado, por seis miembros que son:

²⁴ Reglamento General a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

- Superintendente de Bancos y Seguros
- Gerente General del Banco Central del Ecuador
- Un representante de la Junta Bancaria
- Un delegado del Presidente de la República
- Dos representantes de las instituciones financieras privadas

Se elegirá al presidente del directorio de entre sus miembros, cuya función durara dos años y será el representante del Fondo de Liquidez. La secretaría técnica estará a cargo del Banco Central del Ecuador. Más adelante se analizara a mayor profundidad el fondo de Liquidez.

En la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se estipula en el Título VII de la información, Capítulo IV Central de Riesgos se establece en el artículo 95, que la Superintendencia de Bancos y Seguros establecerá un sistema de registro que se lo llamara Central de Riesgos, donde existirá información de forma individualizada de los deudores principales que tengan las instituciones del sistema financiero. Los datos serán consolidados y clasificados.

La Junta Bancaria considera de gran importancia la información sobre el perfil de riesgo de los deudores, tanto para las propias instituciones financieras como para el sistema económico en general, tal como se menciona en la Resolución No. JB-2008-1220 del dieciocho de diciembre del dos mil ocho.

Las instituciones financieras que den de forma deliberada la información falsa o maliciosa sobre esta Central de Riegos, se les sancionara con la multa de dos mil unidades de valor constante (2000 UVCs) y en el caso de existir reincidencia por el funcionario responsable, será destituido.

Hemos podido analizar los parámetros jurídicos en los cuales pueden desenvolverse las actividades financieras y las instituciones que la conforman, en el siguiente capítulo estudiaremos los elementos que conforma el nuevo régimen de las actividades financieras de acuerdo con la Constitución. Como el concepto de servicio de orden público no existe, se realizara un análisis de los elementos que presumimos trataron de plasmar los asambleístas del 2008, que son servicio público y orden público.

CAPÍTULO II

SERVICIO PÚBLICO

2.1. Concepto

El Estado con el fin de satisfacer las necesidades públicas realiza actividades que consisten en funciones públicas y servicios públicos²⁵. Las funciones públicas son las actuaciones esenciales, que realiza el Estado, como por ejemplo dictar leyes, emitir moneda, administrar justicia y demás funciones.

La definición de Servicio Público lo han dado varios autores a lo largo de la historia, pero todos han mantenido los elementos esenciales de dicha definición. En este capítulo resaltaremos las definiciones que se encuentra en la doctrina, para tener mayores elementos sobre su concepto.

Dentro de las finalidades principales que tiene el Estado, es de asegurar el bienestar de su población. Por lo tanto ejercita su poder de imperio sobre las personas y bienes que

²⁵ H. VILLEGAS: *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Astrea, 2003, p.7.

lo conforman. Lo mismo sucedió en la historia, donde el monarca absoluto ejercía sus poderes para cumplir con sus objetivos.²⁶

Para cumplir con los objetivos que se establece el Estado, promulga normas para el cumplimiento de sus finalidades. Un punto que tiene relación directa es el poder del Estado, donde se lo comprende desde su capacidad de imponer normas en aspectos donde regía la ley del mercado.²⁷

El Tratadista JUAN FRANCISCO LINARES define al “servicio público como 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 público”.²⁸

De este concepto se debe resaltar la búsqueda de las satisfacciones de las “necesidades colectivas y primordiales de la comunidad”²⁹. Es decir la prestación no va hacer recibida o captada por toda la comunidad, pero si la receptara un número considerable del colectivo. La necesidad de la comunidad debe ser primordial, no se la puede catalogar a una simple necesidad como servicio público.

El titular de asegurar el servicio público recae sobre el Estado, pero no necesariamente en el único que prestara un servicio determinado o todos los servicios en general.

Un servicio público debe cubrir una necesidad pública o que sea de interés público, lo puede ejecutar de forma directa el Estado o por medio de un tercero, mediante concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero bajo control del Estado.³⁰

La doctrina se encuentra dividida, porque existe una corriente que cree que el servicio es una organización de medios y para otros es una actividad estatal. Mientras que

²⁶ A. PEREZ: *Servicios públicos y organismos de control*. Buenos Aires, Lexisnexis, 2005. p. 1.

²⁷ A. PEREZ: *Servicios públicos y organismos...*, op.cit. p.2.

²⁸ J. LINARES. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 509.

²⁹ J. LINARES. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 509.

³⁰ R. DROMI. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ciudad Argetina, 1998, pp. 620-621.

el término público, se lo analiza desde varios puntos de vista, como quien es el sujeto titular, el fin del servicio, el régimen jurídico al que corresponde o de acuerdo a los destinatarios del servicio.

El Estado regulará y controlará la calidad de la prestación y gestión del servicio público, porque se busca impulsar el bienestar colectivo. Dentro de las finalidades del Estado está el fortalecimiento del bien común. Cabe resaltar los dos momentos históricos que marcaron el concepto del servicio público, el primero fue el estado liberal del siglo XIX donde se lo veía como distante a los intereses de la sociedad en general. Quien cubría las necesidades eran los particulares, el Estado solo fijaba las pautas generales de cómo debía funcionar.³¹

Luego se dieron cambios sociales y económicos que provocaron la intervención del Estado ya no solo determinando las políticas, sino actuado de forma activa en la prestación de los servicios, se encontraba gestionando y ejecutando.³²

Los Servicios Públicos pueden dividirse en propios e impropios. Esta clasificación es en base quien lo presta y bajo que título lo realiza. Se los denomina propios en las circunstancias que presta el Estado de forma directa o por medio de un tercero con la figura de concesión. Los impropios lo presta un particular previa autorización o licencia.³³

Esta es una clasificación que debemos resaltar respecto a los servicios públicos, los impropios lo realiza un privado, donde debe existir de forma anticipada un permiso, autorización o licencia.

Recordemos que las instituciones que realicen actividades financieras deberán tener de forma previa la autorización del Estado. Quienes realizan las actividades financieras son sujetos públicos y privados, los dos deben cumplir con las disposiciones de funcionamiento. Por lo tanto las actividades financieras son un servicio público impropio, por que presta un particular un servicio, bajo una autorización emitida por la Superintendencia de Bancos y Seguros. Se encuadra en la figura del servicio público impropio.

³¹ R DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 620.

³² R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 620.

³³ R DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 622.

El servicio público se ve reflejado en las actividades públicas que se materializan en obras, funciones o prestaciones. Es el medio por el cual se cubren los intereses de los usuarios. El Estado no es el único que necesariamente debe ejecutar el servicio público para incentivar el bien común, el sector privado puede realizarlo con las mismas prerrogativas y atribuciones que una entidad pública, mediante un previo control.

El Estado siempre mantendrá el poder sobre el servicio público, sea que lo preste de forma directa o de forma indirecta. Esto se demuestra con la imposición de reglas normativas, respecto a esa determinada actividad. En los casos que el prestador sea un tercero, debe realizar la actividad supeditado a la política del Estado. En función del interés público el Estado se reserva la posibilidad exclusiva y excluyente de normar y regular la prestación del servicio público.³⁴

El Estado por medio de sus autoridades toma decisiones y realiza acciones para poder controlar la actividad. Busca mantener el balance para que no se afecte a los particulares.³⁵

De acuerdo a una necesidad o demanda de la sociedad, se crea o instala un servicio público que cubra las necesidades colectivas. Quien lo crea o autoriza es el Estado, para eso debe existir los medios materiales y normativos que den inicio a su funcionamiento. Los medios materiales son la infraestructura, instalaciones y los que sean necesarios para la prestación. Mientras que los normativos, es el cuerpo legal o marco regulatorio que rige para la actividad del servicio público.

Se eliminará o modificará el servicio público cuando la necesidad que obligó a crear desapareció, el llamado a realizarlo será el mismo órgano que lo creó en su momento.

Cualesquier tipo de entidad que lo realice debe someterse por completo o en parte al derecho público. Existe una variedad de clasificaciones del servicio público, desde el punto de vista político, jurídico, sociológico y económico.³⁶ Esto nos dará mayores

³⁴R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. pp. 626 - 627.

³⁵J. SANTOFIMIO. *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 43.

³⁶R. DROMI. *Derecho Administrativo*. op.cit. p. 622.

elementos para determinar que es un servicio público y como se agrupan. Como por ejemplo:

- Servicios públicos de gestión pública o servicios públicos de gestión privada.

Esta clasificación se refiere a quien es el sujeto titular que brinda el servicio público, puede realizarlo una entidad una entidad pública, donde entraría en la clasificación de gestión pública. Pero el servicio público puede ser ejecutado por un tercero o una persona privada, es decir se ejecuta por gestión privada.³⁷

- Servicios *uti universo* o servicios *uti singuli*.

Tiene que ver sobre quien será el destinatario o receptor del servicio público, cuando es un servicio *uti universo* nos referiremos a que los destinatarios son una comunidad, mientras que el servicio *uti singuli* lo receptoran un determinado concreto de usuarios.³⁸

- Servicio público propio o servicio público impropio.

Se refiere a quien presta el servicio, puede ser el Estado quien lo preste de forma directa, es decir es un servicio público propio. Pero cuando nos referimos a un servicio público impropio, lo presta una persona privada previa autorización o permiso.³⁹

La prestación del servicio público como hemos podido observar, lo puede realizar el Estado o también un tercero, pero cualquiera que lo haga siempre debe estar apegado a las características del servicio público. Donde se debe tomar en cuenta la continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad, calidad y eficiencia. A continuación revisaremos con mayor detalle las características:

A. Continuidad

El servicio se lo debe prestar cuando la necesidad así lo amerite, debe estar en el momento oportuno. De acuerdo a la continuidad tenemos dos tipos, la absoluta y la relativa. La continuidad absoluta, es la prestación de forma ininterrumpida, como por ejemplo el agua potable o la electricidad. La segunda es la continuidad relativa, donde el

³⁷ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 622.

³⁸ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 622.

³⁹ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 622.

servicio no se lo presta de forma ininterrumpida, se lo brinda en ciertos momentos, como por ejemplo el servicio que prestan los bomberos. En cualquiera de los casos, el servicio debe estar garantizado para cubrir la necesidad.⁴⁰

B. Regularidad

Esta característica trata sobre los parámetros o reglas en los cuales se debe desenvolver la prestación del servicio, se encontrara previsto en cuerpos normativos la regulación. Al momento de la prestación del servicio público debe ser algo concreto y determinado. Para de esta manera los administradores puedan exigir su derecho a recibir la prestación de un específico servicio público en base a una reglas determinadas.⁴¹

C. Uniformidad

Al momento de prestar el servicio debe existir igualdad en el derecho de exigir y recibir el servicio público, las condiciones no pueden variar para ningún usuario. Con la uniformidad, se busca evitar la discriminación y los privilegios. Todos los usuarios tienen el mismo derecho a recibir el servicio. En ciertos servicios realizan categorías de los usuarios, de acuerdo a parámetros técnicos, no existe desigualdad si dentro de cada categoría, se les mira a todos por igual.⁴²

D. Generalidad

Todos los habitantes tienen la posibilidad de exigir y usar el servicio, no puede haber excepción sobre esta característica. El servicio se debe prestar para la colectividad en general, se busca cubrir la necesidad para todos.⁴³

E. Obligatoriedad

Es obligatoria la prestación por parte del titular del servicio y el usuario tiene el derecho para poder exigirlo, pero no se lo puede exigir que lo utilice. La prestación debe ser obligatoria por parte del prestador. No se puede considerar como una mera obligación,

⁴⁰ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. pp. 623 – 624.

⁴¹ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 624.

⁴² R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 624.

⁴³ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 625.

al contrario es una obligación concreta. La obligación de la prestación del servicio nace del cuerpo normativo.⁴⁴

F. Calidad y eficiencia

El servicio debe ser efectuado bajo parámetros de calidad y eficiencia, para que todos los usuarios puedan exigir a los prestadores una óptima prestación.⁴⁵

Quien puede realizar la prestación del servicio público es el Estado de forma directa y también un particular o empresa. El Estado lo puede prestar mediante los órganos de la Administración Central, entidades descentralizadas o empresas públicas que fueron creadas con el fin específico de prestar el servicio público.

Los particulares pueden ser sujetos privados o entidades públicas no estatales. Lo podrán prestar mediante tres vías los particulares⁴⁶, que son:

1.- Mediante concesión, licencia, permiso o autorización emitido por el Estado. Debe verificarse el cumplimiento de las condiciones estipuladas en los cuerpos normativos.

2.- En los casos que el Estado ya no realiza la prestación del servicio público y les designa que los realice pero sin transferir la potestad.

3.- Cuando se les asigna un servicio u obra, por medio de un simple contrato administrativo. Es una actividad determinada.

Quien utiliza el servicio se lo llama usuario o cliente, el mismo que tiene un derecho subjetivo sobre el uso del servicio. Este uso deberá estar dentro de los límites establecidos por la ley, pero el cliente tendrá el derecho de exigir la obligatoriedad y la generalidad en la prestación. Existe dos sujetos en esta relación, el activo que es el usuario que exige la prestación y el pasivo que es el Estado o el particular que tiene la obligación de prestarlo.⁴⁷

⁴⁴ N. GRANJA. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Cuenca. Graficas Hernández, 1997. p. 111.

⁴⁵ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 626.

⁴⁶ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. pp. 634 – 635.

⁴⁷ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 635.

Entre el usuario y el prestador del servicio público existe la relación jurídica que puede ser de carácter reglamentario o de forma contractual. Lo que determina que sea cualesquiera de las dos formas, es el modo como el usuario lo utilice y como le retribuye. Las relaciones entre los usuarios y el prestador estará regido por el derecho público y el privado.⁴⁸

Cuando el Estado realiza la transferencia al sector privado del servicio público, se debe analizar a los diferentes actores que participaran para la prestación de un óptimo funcionamiento, a los que debemos analizar es al prestador privado, ente regulador, Estado concedente y al cliente o usuario. Los actores tendrán derechos y obligaciones que se encontrarán estipulados en los en los pliegos de condiciones, contratos correspondientes y las normas regulatorias.

El Estado no pierde el poder sobre el servicio público, porque tendrá toda la potestad de limitar, regular, controlar, sancionar e inclusive de sustituir al prestador que no esté cumpliendo con el servicio.

Los prestadores del servicio tienen obligaciones que cumplir y derechos que pueden exigir en el caso de ser necesario. El Estado les transfiere un servicio público a unos gestores privados que serán responsables del cumplimiento acordado, en donde se existen condiciones en la calidad, modo de prestación, inversión y desarrollo permanente. El prestador a su vez tiene derechos amparados en el mismo cuerpo legal que le transfiere o está protegido por la Constitución y normas legales correspondientes.⁴⁹

Al momento de cambiar las condiciones o lineamientos entre el Estado y el privado que presta el servicio, se generaría una desigualdad para el privado, porque ya adquirió unos ciertos derechos producto de la relación contractual inicial sobre el otorgamiento del servicio público.

Los clientes o usuarios que reciben el servicio público, poseen derechos para exigir la prestación al sujeto encargado de ejecutarlo. Se puede exigir su cumplimiento por

⁴⁸ E. ROJAS. *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Guayaquil, Edilex, 2007. p.194.

⁴⁹ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. p. 636.

acciones judiciales, acciones o recursos administrativos propuestos al ente de control, reclamo directo al prestador del servicio.

Cuando existe una relación operador – usuario, se puede generar un desequilibrio. El usuario del servicio tiene unas necesidades básicas y por el lado del operador debe cumplir con el servicio, que en ciertos casos con el fin de cumplirlo se ve afectado en el aspecto económico.⁵⁰

El usuario puede presentarse ante la situación de no tener distintas opciones para escoger al prestador del servicio, se ve obligado a escoger al único prestador. Esta dificultad se da por varios factores, entre ellos porque el mercado es muy cerrado y no existe una verdadera competencia. Generando un desequilibrio en la relación usuario – operador, en este caso el afectado es el usuario. Ahí es donde se debe normar obligatoriamente, con el fin de que exista un cumplimiento de derechos.

Es necesario realizar una diferencia del interés individual, el interés colectivo sectorial y el interés colectivo respecto a los usuarios o clientes. El interés individual del usuario o cliente nace del vínculo contractual o reglamentario con el prestador directo del servicio. Mientras que el interés colectivo sectorial son los usuarios o clientes determinados previamente que actúan de forma conjunta por un interés en común. Finalmente el interés colectivo es el que abarca a la sociedad en general, que recae sobre los bienes que son de propiedad social o pública, de la naturaleza o del patrimonio histórico⁵¹.

Los tipos de intereses de los usuarios o clientes tienen una legitimación y el reclamo se resolverá de acuerdo al interés en disputa. Se podría dar el caso que exista conflicto de intereses, donde la protección que exige una parte con lleva a la represión de otro interés. Pero tendrá que otorgarse a una parte determinada, valorando la trascendencia de los intereses en discusión⁵².

⁵⁰ A. MONTAÑA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá. Proyectos editoriales Curcio Penen. 2005. pp. 108-109.

⁵¹ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. pp. 640.

⁵² R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. pp. 640.

En la defensa de un interés individual, solo se beneficiará al solicitante de la protección a nadie más. Para los intereses colectivos sectoriales es la suma de los intereses individuales de un grupo de cliente calificados. Los intereses colectivos son de la comunidad, porque se refiere a los bienes donde todos son titulares del mismo, por ejemplo el medio ambiente.

Debe existir un marco regulatorio donde el Estado determine las condiciones del mantenimiento de la prestación y el incentivo de la expansión del servicio por parte del particular. El marco regulatorio garantizara la calidad, eficiencia, continuidad y la obligatoriedad a la prestación del servicio público.

Se debe cumplir con los fines de proteger los derechos, obligaciones, atribuciones del Estado, usuarios o clientes y prestadores del servicio. Así mismo las instituciones de control, tendrá un marco jurídico donde se estipulara sus alcances y funciones. Dichos actores tiene que tomar en cuenta la protección de la seguridad, salud pública y el medio ambiente⁵³.

La respectiva fiscalización que realiza el Estado es respecto a la gestión del servicio público y sin que el usuario pueda realizarlo de forma propia. Existen entes de controles para los determinados servicios públicos. Tienen plenas facultades los entes de regulación y control de acuerdo a sus marcos legales para realizar un examen completo al prestador del servicio, como por ejemplo revisar sus activos y pasivos, inversiones, nivel de riesgo del endeudamiento y lo demás que crea correspondiente.

Las instituciones de control y regulación deben crear normas de protección a los intereses y situación de los usuarios. Se debe distinguir entre normas de protección a los usuarios y el régimen de protección de los usuarios⁵⁴. Cuando nos referimos a las normas, es al derecho que pueden exigir los usuarios. Mientras que el régimen es el sistema que se encuentra implantado para el cumplimiento de esos derechos.

⁵³ R. DROMI. *Derecho Administrativo*, op.cit. pp. 640.

⁵⁴ A. MONTAÑA. *El concepto de servicio público...*, op.cit. p.111.

Lo que busca el control es verificar si cumple con las condiciones establecidas y como puede cumplir de mejor manera el servicio en la calidad, cantidad o costo. Los diferentes tipos de servicio público, tendrán un organismo de control y regulación distinto.

Las asociaciones que existan de consumidores o usuarios, podrán exigir al prestador privado que cumplan con el servicio, es una manera de control que se lo puede realizar independientemente de las instituciones gubernamentales.

2.2. ORDEN PÚBLICO

La sociedad es un complejo de relaciones donde los seres individuales conviven y forman una unidad superior y el Estado es el sujeto del orden jurídico, que verificará el desarrollo de la vida de la sociedad. Tanto la sociedad como el Estado se complementa, no pueden actuar de forma individual y por lo tanto debe existir un orden⁵⁵.

El autor ORTEGA Y GASSET compartía el concepto del orden y decía: “no es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior.”⁵⁶

Se debe resaltar la idea del equilibrio interno, como la sociedad se encuentra en constantes cambios, este orden se debe ir adaptando de acuerdo a las transformaciones. El equilibrio interno es de gran importancia para el orden. Se ha comprobado que durante los diferentes cambios de la sociedad, el equilibrio social ha ido a la par, como resultado de un nuevo orden jurídico y político. Esto en las circunstancias de un tiempo y lugar definido, donde iban surgiendo nuevos órdenes.

Los diferentes órdenes que se fueron dando siempre estuvieron orientados a la organización de la sociedad con el Estado y viceversa. Podemos comparar con el orden jurídico, en donde se estipula un modelo de conducta y el cual se debe cumplir. Tal como afirma HART que “el Derecho Penal es algo que obedecemos o desobedecemos, y lo que

⁵⁵ A. CORNEJO. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 13.

⁵⁶ A. CORNEJO. *Asociación ilícita y delitos...*, op.cit. p.13.

sus reglas exigen es calificado de deber⁵⁷. En este caso la ley penal es medio por el cual la voluntad jurídica se ve reflejada más allá de la ley.

Existe una prohibición que genera una tutela judicial, donde los dos coexisten para el cumplimiento de unos objetivos del Estado, con esta relación jurídica también se obtiene una paz social.

Para el tratadista LINARES define al orden público en “un conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente”⁵⁸.

Analizando la definición de LINARES, donde se determina que el orden público es una valoración desde diferentes puntos de vista como la política, económica, técnica, morales y hasta religiosa, pues estos puntos debemos considerar que son parte de la vida social. Estas valoraciones se deben considerar justas para que la organización se maneje con orden, porque la comunidad no puede verse afectada o alterada por la voluntad de unos individuos. La existencia y subsistencia de la comunidad estará supeditada al conjunto de las valoraciones que se den, para que exista el orden público.

Con el orden público se busca una situación de normalidad, para el desenvolvimiento de las actividades individuales y colectivas. Donde exista una cooperación en el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Con el cumplimiento del ordenamiento jurídico, no se generará interrupciones en las ocupaciones cotidianas de la población. Con la ayuda de la policía administrativa, gubernativa o administrativa.⁵⁹

Porque existe una exigencia de paz social donde las personas ejerzan los derechos y libertades, el orden público debe normar. Habla ocasiones donde se volverá necesario limitar ciertos derechos por precautelar los derechos y libertades de la sociedad, desorden social o como se encuentra estipulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos por justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general.⁶⁰

⁵⁷ H. HART. *El concepto del Derecho*, Trad. De Genaro Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 34.

⁵⁸ J. LINARES. *El concepto de Orden Público*, Buenos Aires, Academia de Derecho y Ciencias Sociales, 1982.

⁵⁹ L.PAREJO. *Seguridad pública y derecho administrativo*. Buenos Aires. Ciudad Argentina, 2001, p.47.

⁶⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948. Art. 29

Las limitaciones deben ser motivadas y justas. En los casos que se generalizan las situaciones en las cuales se quiebra el orden público, se puede tener como resultado la suspensión de ciertos derechos. Estas circunstancias se da cuando el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos o el normal desarrollo de las de las instituciones democráticas, se encuentren alterados de tal forma que no basta con las potestades regulares para restablecerlos a su situación normal, los estados dictan un estado especial para solventar la crisis del orden público.⁶¹

En las circunstancias que no existan las garantías democráticas en el Estado, se dará por hecho que lo estipulado en relación al orden público estará por encima de cualquier libertad. Puede darse un constante quebrantamiento de derechos y libertades, justificando su actuación en la búsqueda del orden público.

Se lo puede considerar al orden como un sinónimo de seguridad personal y social. Mientras que para cumplir con este fin debe existir la policía de seguridad, por el cual la administración vigila a los individuos y a las propiedades de los administrados, si considera que existen sospechosos tendrá que actuar para establecer el orden.⁶²

Por eso el orden público desde sus inicios se lo relacionaba con la materia penal, porque se buscaba mantener la tranquilidad y la paz social. No es posible concebir que por sí solo el orden público se encuentre vigente, necesita de un sistema que regule y controle a través de una institución, que sería la policial. Lo común es que en los Estados exista el desorden público y la excepción es que rija de forma continua un orden público.⁶³

Para los tratadistas españoles como GOMEZ DE LA SERRA, el orden público tiene un concepto muy amplio. Son disposiciones que tienen incidencia en la tranquilidad de los pueblos. Como por ejemplo las leyes relativas al culto, donde se protegen a las personas y a los bienes. Lo que se busca con la intervención en el culto es normar la moralidad, las costumbres públicas, las diversiones públicas y demás áreas que considere importante la administración en esta materia.⁶⁴

⁶¹ Comisión Andina de Juristas. *Reforma del Estado y Derechos Humanos*. Lima. 1999. pp. 169-170.

⁶² L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. p.47.

⁶³ Comisión Andina de Juristas. *Reforma del Estado y Derechos Humanos*. Lima. 1990. p. 171.

⁶⁴ L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. p.49.

Las sociedades para su existencia deben tener un orden público, para brindar una seguridad a las personas, paz a los pueblos y conseguir seguridad al interior del Estado. Se debe manejar un sistema con medidas preventivas y represivas sobre las personas, comercio, diversiones públicas e incluso los que realizan un ejercicio industrial.⁶⁵

Para COLMERIO el orden público es en sí la policía de seguridad, que tiene a su cargo la vigilancia de los individuos y los lugares sospechosos.⁶⁶

Esta que es una de las definiciones más cortas respecto al orden público, pero que tiene elementos básicos en su definición. La policía de seguridad es la que procura poner orden entre los individuos, para prevenir la violación que afectaría a los derechos y libertades de los ciudadanos. Para conseguir este objetivo, crea y mantiene unas condiciones adecuadas para garantizar la seguridad de los individuos.

En los casos de ser necesario la policía de seguridad ejercerá la fuerza necesaria y conveniente dentro de sus atribuciones, para erradicar la violencia que se encuentra perturbando a la sociedad.

Las medidas policiales al momento de la intervención, deben respetar los principios estipulados legalmente sobre la actuación policial y los que se encuentren en las normas, de esta manera se los consideraría legítimas.

Para toda actuación o intervención policial se debe hacer referencia a los principios de oportunidad, posibilidad, idoneidad y proporcionalidad. Estos son los principales principios con el fin de controlar a la garantía que se encuentra en el Derecho estipulado.⁶⁷

El principio de oportunidad es la atribución de la policía, que de forma discrecional decide su intervención. De esta manera podrá reaccionar o no reaccionar frente alguna perturbación de la seguridad y del orden público. La calificación sobre algo perturbador o no, recae sobre la policía. La situación determinará si debe actuar o no debe actuar, también puede darse los casos donde solo debe intervenir con parte de los perturbadores, no con todos necesariamente. Se debe decidir con criterios de oportunidad.⁶⁸

⁶⁵ L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. p. 49.

⁶⁶ L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. p. 50.

⁶⁷ L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. p. 103.

⁶⁸ L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. pp. 104-105.

Se debe considerar que la policía no posee autonomía absoluta al momento de decidir su intervención, debe ser justificado su actuación. Las personas o bienes deben encontrarse en una amenaza eminente. Cuando ya se decida en la situación, se debe tener los medios idóneos.

Respecto al principio de practicabilidad, se refiere que las decisiones adoptadas por la policía debe ser cumplida por su destinatario o destinatarios. El fin es que se haga realidad, la decisión adoptada por la policía, debe ir sobre algunas circunstancias de ser necesario, lo que se busca es la protección de las personas.

El tercer principio es la idoneidad y la elección de los medios a emplear. Para que sea legítima la actuación se debe escoger de forma idónea el medio, para precautelar la seguridad y el orden público. Cada circunstancia tendrá un manejo idóneo para su actuación, porque habrá pluralidad de medios en ciertas circunstancias, la policía deberá elegir y emplear el que menos incidencia cause a los destinatarios.⁶⁹

Finalmente el principio de proporcionalidad, son las medidas adoptadas a la situación determinada, para cumplir el fin deseado. La elección adoptada debe ser la menos grave, onerosa y que afecta a la libertad de los individuos involucrados.⁷⁰

La actividad policial debe regirse a estos principios, para preservar a la sociedad de sus derechos y libertades, la seguridad también se enmarcará en la prevención e investigación de los delitos porque es parte de la seguridad pública que brinda el Estado.

Con las diferentes definiciones del concepto de orden público, concluimos que su finalidad es preservar la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, donde no se vulneren los derechos en una sociedad que tiene una estructura organizada de forma democrática. El Estado es el llamado a preservar el orden público, por medio de las instituciones de vigilancia que debe precautelar a las personas y bienes.

2.3. El Control

⁶⁹ L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. p. 109.

⁷⁰ L.PAREJO. *Seguridad pública...*, op.cit. p. 110.

Cuando nos referimos a la autorización, estamos hablando de un acto administrativo que lo puede realizar una entidad administrativa o una persona en particular, con el propósito de emitir un acto jurídico o realizar una actividad determinada. Este acto administrativo es un control preventivo *A PROPIORI*, que se lo realiza antes de que se ejecute la actividad por la entidad o persona autorizada. Con la debida autorización el acto es válido, en caso de realizarlo sin la autorización el acto es ilícito.

Organismos de Control

El ente controlador, debe poseer independencia funcional, en su especialidad y en su participación.⁷¹

En nuestra actual Constitución no se encuentra estipulado con un rango de autonomía a las Superintendencias, de cual es parte la Superintendencia de Bancos y Seguros. Esto sería importante para que no exista un conflicto de intereses y tenga libertad para su desenvolvimiento.

Deberían existir normas de menor jerarquía para que los organismos de control y regulación tengan algún grado de independencia, para ejercer de mejor manera su función. La independencia debe ser transparente frente a los intereses de las entidades bajo su control y en relación a la autoridad administrativa.

Tal como afirma ARIÑO que “estos órganos deben gozar de independencia respecto al gobierno”.⁷² Es necesario que exista independencia de los diferentes entes de regulación y control, porque se encuentra relacionado con los principios del debido proceso y con la división de poderes. El control recae para todas las partes involucradas, a los privados y a las entidades públicas que participen.

La independencia frente a los intereses de las entidades que se encuentran controladas, no deberíamos creer que sea una situación imposible. Es verdad que los intereses económicos que se encuentran de por medio son considerables, pero se debe preservar un sistema de control ordenado e independiente.

⁷¹ A. PÉREZ. *Servicios públicos y organismos de control*. Buenos Aires. LexisNexis, 2006. P.67.

⁷² G. ARIÑO. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid. Marcial Pons, 1993. P. 379.

Existe un gran riesgo de los sujetos que trabajan en el ente de control y regulación, “porque los reguladores podrían verse influidos por la perspectiva de un empleo remunerado”⁷³ en la actividad que se encontraba controlando. Por lo tanto el control no se manejaría de una manera correcta, estos funcionarios pasaría por alto algunos procedimientos y exigencias a las entidades controladas.

En la jurisprudencia de Argentina encontramos una resolución de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, que dice:

“la intención del Poder Ejecutivo es clara en el sentido de seguir las modernas tendencias en materia de reglamentación de los entes reguladores, dotándoles de características que le permitan cumplir en forma adecuada y con independencia del resto del poder. Las decisiones de los entes reguladores implican el ejercicio de facultades jurisdiccionales administrativas, la intención del legislador es otorgar a estos entes el ejercicio exclusivo de una función específica, de carácter técnico, vinculada con la prestación del servicio y la independencia política con la autoridad de turno”⁷⁴

Lo que busca el poder ejecutivo es otorgarle a las entidades de regulación los instrumentos para que puedan manejarse de forma adecuada e independiente con los demás poderes. De esta manera podrá controlar, supervisar y sancionar a las entidades que no cumplan con las disposiciones establecidas por los organismos de control.

Se debe resaltar el carácter técnico que se les debe otorgar a estas entidades de control, porque no puede manejarse de una manera política a los organismos que maneja áreas tan delicadas de la sociedad. Tendrán una función específica que cumplir, de esta manera no podrán ir más allá de lo establecido.

La independencia política es vital para que no esté el organismo de control sometido a las disposiciones de las autoridades de turno, en la resolución se habla de todos los tipos de independencia que debe tener los organismos de control, desde el marco jurídico hasta el aspecto político.

⁷³ J. VICKERS. *Un análisis económico de la privatización*. México, Fondo de cultura Económica, 1991, p. 138.

⁷⁴ A. PEREZ. *Servicios públicos...*, op.cit. p.69.

Los aspectos que deben manejar para una independencia funcional de los organismos de control, son algunos que tienen instrumentos determinados. El primero de ellos es la autonomía funcional, que se relaciona con su personería jurídica, patrimonio y manejo de sus recursos económicos. Lo que se busca es tener una autonomía en su estructura interna.⁷⁵

La elección de las autoridades que estarán a cargo de las entidades de control, no debe tener injerencia el poder ejecutivo en ningún aspecto y fase del proceso de elección. Debe manejarse de esta manera para evitar alguna relación entre estas autoridades y el poder ejecutivo.

2.4. Cuestión Tarifaria

Una de los temas más importantes y polémicos en el campo jurídico, político y social es la fijación de los costos por la prestación de los servicios.

Cuando nos referimos a tarifa, estamos considerando a las tasas y precios. Para el tratadista MARIENHOFF, tasa es una retribución por el servicio público prestado por el Estado que tiene el monopolio, con la utilización legalmente obligatorio por el administrado⁷⁶ y el precio es el pago por servicio público singular que de forma facultativa utilizo el usuario.

Con el cobro de la tasa no se tiene la intención de lucrar, solo se busca cubrir el costo de la generación del servicio. Mientras que con el cobro del precio, va más allá de cubrir el costo, ya se busca una ganancia o utilidad.

De acuerdo a la materia que nos incumbe, revisaremos los principios generales del precio de una manera más profunda y concreta.

Los precios que se cobren deben ser equilibrados para los dos partes de la operación, tanto desde la situación del prestador como la del usuario del servicio. El precio que se fije, debe estar acorde a los principios de justicia y razonabilidad. Lo que se debe

⁷⁵ A. PEREZ. *Servicios públicos...*, op.cit. p.70.

⁷⁶ M. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1993. p. 138.

buscar con el cobro de un precio es cubrir el costo operativo que se genera por el servicio, el pago de impuestos y obtener una utilidad racional para quien lo presta.⁷⁷

Debe existir un cobro justo de acuerdo a las diferentes categorías de usuarios, la estructura tarifaria con el que se maneje deberá previamente verificar a que categoría de usuario corresponde. Para determinar las diferentes categorías, debe manejarse de forma técnica, para establecer los parámetros o lineamientos con los cuales se dará la clasificación de los usuarios.

El principio de la razonabilidad se refiere al tema económico, la cantidad que se cobre debe ser razonable para el que presta el servicio. El precio no puede ser ni excesivo y ni insuficiente, no se estaría cumpliendo con este principio. Lo que se debería cubrir con el cobro del precio es el costo del servicio, conservación, renovación, desarrollo y un rédito o utilidad razonable.

El costo debe ser igual para los usuarios que tengan las mismas condiciones, no dará lugar a discriminación entre los usuarios. Se podrá establecer categorías de servicios, pero donde se respete las características de cada uno de ellos, de igual manera debe existir un criterio de igualdad y de no discriminación.

Existe el principio de proporcionalidad, que se refiere a la relación que debe haber entre la cantidad y la calidad del servicio prestado y el valor del cobro. El precio debe ir de la mano de lo que se presta, tanto no puede ser un precio muy excesivo por la prestación de un excelente servicio, existen estándares que se deben necesariamente cumplidos.⁷⁸

Se debe tomar en cuenta el principio de la realidad, que tiene como finalidad impedir el cobra de un servicio que nunca se prestó.⁷⁹

Los precios que se cobren deben ser suficientes para cubrir los costos, tiene que gozar de certeza en la fijación y necesariamente ser publicados para el conocimiento de los usuarios. Con los principios antes citados, no puede darse irretroactividad sobre la fijación de precios.

⁷⁷ A. PEREZ. *Servicios públicos...*, op.cit. p. 231.

⁷⁸ A. PEREZ. *Servicios públicos...*, op.cit. p. 234.

⁷⁹ A. PEREZ. *Servicios públicos...*, op.cit. p. 235.

2.5. SUPERVISION BANCARIA

Debe existir la regulación en la actividad financiera, mediante una estructura legal que defina las políticas para proteger el desarrollo socio – económico de forma armónica y equilibrada.

La actividad bancaria tiene como finalidad la intermediación de fondos monetarios, por eso se vuelve necesario la regulación y el control en esta materia. El ente de regulación debe establecer los márgenes de solvencia y liquidez, las reservas de liquidez y demás regulaciones para tratar de garantizar los fondos de los depositantes.⁸⁰

“La regulación Financiera comprende el conjunto de leyes y normas que definen el campo en el que actúa la banca y los demás intermediarios financieros. La supervisión por su lado se ocupa de controlar el cabal cumplimiento de esas leyes y normas como parte de su objetivo primario, el de vigilar permanentemente el comportamiento de la solvencia financiera de cada uno de los agentes.

La regulación y la supervisión son funciones complementarias que apuntan hacia el mejor funcionamiento del sistema financiero, procurando evitar que sus unidades alcancen niveles de riesgo que comprometan a su situación patrimonial”⁸¹

Los intermediarios financieros deben tener unas reglas claras para poder desenvolverse con los fondos de los depositantes, con esto se podrá generar seguridad para todas las partes que intervienen, que son los bancos, depositantes y Estado. El organismo de control deberá realizar una supervisión sobre todas las entidades que conforma a la actividad financiera, contara con las herramientas jurídicas para realizar eficazmente su trabajo.

Una de las prioridades principales del ente de control es supervisar la liquidez financiera de las instituciones, en los casos de existir dificultades de iliquidez en el sistema, tomara los correctivos necesarios para superar el percance y de esta manera no contagiar a las demás instituciones del sistema.

⁸⁰ P. VALLEJO. *Supervisión Bancaria*. Quito. Universidad Simón Bolívar. 1998.

⁸¹ R. DÍAZ. *Aspectos de Supervisión Financiera*

Un factor importante que se maneja en el sistema financiero es la confianza, se debe trabajar de forma constante para mantener la confianza de los depositantes en el sistema financiero, si existe una debilidad en alguna de las instituciones del sistema financiero, todos los demás miembros se verán afectados por el retiro depósitos.

Con un sistema financiero solido, se incentiva el ahorro, inversión, productividad y en general se dinamiza la economía. La competencia en el mercado provoca unas mejores tasas de interés, mayor calidad en servicios, creación de mayores productos financieros y una apertura para generar mayor riqueza para la sociedad en general.

La función básica de los bancos es captar recursos del público con el pago de una tasa pasiva y prestarlos mediante los diferentes tipos de créditos con el cobro de una tasa activa, la diferencia entre la tasa activa y pasiva es la utilidad de los bancos.

CAPÍTULO TRES

REFORMAS LEGALES INTRODUCIDAS AL SISTEMA FINANCIERO EN BASE A LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Como hemos podido observar, la actividad financiera se encuentra en un nuevo campo normativo, donde se redefinen sus políticas, definiciones, lineamientos y el desenvolvimiento en general de una actividad de vital importancia para el Estado. Con los conceptos que hemos resaltando en el capítulo anterior, se busca en el presente capítulo resaltar las leyes y resoluciones de los entes de control donde se plasma de forma clara los nuevos lineamientos a los cuales debe someterse la actividad financiera y quienes lo conforman. En las actividades financieras el Estado ya no solo se encuentra controlando y regulando, ahora tiene un manejo directo sobre el desenvolvimiento y desarrollo de las actividades financieras. Se puede palmar claramente, como cada vez crea normativa para delimitar las actuaciones de quienes conforman el sistema financiero.

3.1. Costo Máximo Efectivo del Crédito

Con la Constitución anterior el Banco Central del Ecuador se le daba un tratamiento de autonomía, ahora será un instrumento por el cual se ejecutarán las políticas

monetaria, crediticia, cambiaria y financiera. Las atribuciones que se le asigna al actual Banco Central, son distintas a las anteriores. Ya no es un prestamista de última instancia para la banca privada, deja de establecer, controlar y aplicar las políticas monetarias. Ejercía un control por la estabilidad de la moneda

En la Ley de Regulación del Costo Máximo efectivo del Crédito, en su artículo 12 que reforma a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado agregando en su texto al artículo 22, que el Banco Central del Ecuador fijara las tasas de intereses de acuerdo a los sectores y los plazos, el cálculo lo realizara el Directorio del Banco Central del Ecuador. Las tasas de interés activas efectivas máximas y las tasas de interés de mora máximas, estas tasas serán de acuerdo a los distintos segmentos de crédito que son el comercial, consumo, vivienda y microcrédito. Mientras que las tasas de interés efectivas pasivas, se determinaran de forma referencial.

El método que utilizara el Banco Central para el cálculo de las tasas de interés efectivas máximas es:

“La tasa máxima efectiva por segmento crediticio será igual a la tasa promedio ponderada del respectivo segmento más dos desviaciones estándares que brindara un 95 por ciento de confiabilidad.”

En el mismo artículo 22 se determina que el costo del crédito se encontrará expresado únicamente en la tasa de interés efectivo, los servicios legales que sean necesarios para el otorgamiento del crédito, no pueden ser cobrados. Los acreedores no podrán cobrar ningún tipo de comisión por las operaciones crediticias.

Dentro de las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros que le otorga esta ley en su artículo 9, puede suspender una tarifa por servicios, en las circunstancias que:

- a) Se determine que no corresponde a un servicio efectivamente prestado; y,
- b) La información sobre el costo y condiciones de la tarifa no haya sido previamente divulgado y pactada con el cliente

En el mismo instrumento legal se prohíbe cualesquier cobro de tarifas donde no se dé una contraprestación de servicios o en los casos que exista una simulación de intereses. Los cobros de tarifas y gastos que se realicen, deben ser a prestaciones efectivas de servicios. Estos servicios deben ser aceptados o solicitados por el cliente, caso contrario no podrá ser cobrado por la institución.

Lo que busca el legislador en los diferentes tipos de créditos que otorga el sistema financiero, es que solo se cobre el interés de acuerdo al segmento que corresponde. Inclusive los costos legales que se genere por el otorgamiento, están prohibidos cobrarlos, el beneficio que solo tiene el acreedor es el cobro de intereses.

Las tarifas que cobren las instituciones, solo pueden ser en base a una prestación real o efectiva. La norma busca que no exista un cobro sin una debida justificación, los usuarios o clientes deben solicitar el servicio para que a su vez la institución pueda cobrar por el servicio prestado.

De acuerdo a los datos de la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador, en el año 2008 se colocó en créditos USD 9369 millones de dólares americanos, mientras que hasta septiembre del 2009 van USD 9027 millones de dólares americanos, existe una diferencia de USD 342 millones.⁸²

Los índices presentados demuestran que si ha existido una contracción en la colocación de los créditos, las instituciones financieras han cerrado los créditos por diversas circunstancias, uno de los motivos es la fijación de las tasas de crédito. Tal vez ya no ven muy atractivo colocar en crédito a largo plazo, lo ven más rentable colocarlo en créditos de consumo, por la tasa de interés.

Quien determinará las tasas de intereses es el Banco Central del Ecuador, como dijimos en un inicio ya no tiene una autonomía, por lo que puede haber una influencia del ejecutivo en la determinación de las tasas de interés y costos de los servicios.

Mientras con el ordenamiento anterior los bancos privados fijaban las tasas de interés sobre la oferta y demanda que existía en el mercado, los costos de los servicios bancarios tenían mayor libertad las instituciones financieras privadas para fijarlos.

⁸²Líderes, “El Estado ejerce un mayor control financiero”, pp. 12-13, lunes 26 de octubre 2009.

La divulgación sobre los costos y condiciones de las tarifas es importante para que los clientes sepan a las reglas que se encuentran sometidos sobre el servicio solicitado y verificar si hay un exceso en los cobros.

3.2. Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera

Se da una reforma en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero con la creación del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano, que tendrá como función ser prestamista de última instancia y otorgar préstamos para solventar problemas de liquidez a las instituciones financieras privadas, que tienen la obligación de mantener el encaje de sus depósitos en el Banco Central.⁸³

En el artículo dos de la ley, se determina que para acceder a los préstamos de liquidez, se debe verificar el patrimonio técnico se encuentre dentro de los niveles mínimos exigidos al sistema. El Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano constituirá un fideicomiso mercantil de inversión, que lo controlara la Superintendencia de Bancos y Seguros y será administrado por el Banco Central del Ecuador.

La estructura organizacional del Fondo de Liquidez estará conformado por un directorio cuyos miembros son: el Superintendente de Bancos y Seguros, el Gerente General del Banco Central del Ecuador; y un representante de la Junta Bancaria, designado de entre sus miembros; un delegado del Presidente de la República, dos representantes de las instituciones financieras privadas.

Como vemos existe una mayoría dentro del directorio por parte del ejecutivo, ya que se enviara de la Junta Bancaria un representante de lado del ejecutivo, porque así mismo poseen una mayoría. Las instituciones del sistema financiero solo tendrán sus dos representantes dentro del directorio. Porque los demás delegados pertenecen de forma indirecta al ejecutivo y serán quienes decidan en el directorio.

⁸³ D. ALMEIDA. *Novedades Jurídicas*. Análisis Legislativa de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera. pp. 6- 12.

Los aportes para el patrimonio autónomo del fidecomiso estará conformado por los valores aportados, que se realizara a prorrata de la participación de las instituciones del sistema financiero, con un valor no menor al 3 % de los depósitos sujetos a encaje, deben transferir las instituciones financieras privadas el equivalente al 2.5 de sus depósitos sujetos a encaje, los rendimientos que genere el fidecomiso con las operaciones propias y los aportes de las personas jurídicas que se sumen como constituyentes adherentes.

EL procedimiento y los tiempos se encuentran normados en el artículo dos de la ley. Los créditos se darán a un día hábil, cuyo plazo puede ser renovado para cubrir las cámaras de compensación y también en el caso de necesidades extraordinarias de liquidez, cuyo plazo no será mayor de 120 días.

Los tiempos del crédito son razonables, ya que la intención del fondo es dar liquidez en los casos extraordinarios a las instituciones del Sistema Financiero Privado y que retornen ese capital al fidecomiso. Si alguna institución no posee la liquidez mínima establecida, no tendrá acceso a este crédito por sería un riesgo para el fondo.

Los fondos que aporten las instituciones del sistema financiero al fidecomiso mercantil deberán ser invertidos observando los principios de seguridad, liquidez, diversificación y rentabilidad. En las instituciones que se inviertan deberán tener unos activos y emisiones con una calificación de internacional equivalente a AA.

Cuando las instituciones financieras privadas requieran un crédito extraordinario de liquidez, deberán constituir un fidecomiso mercantil de garantía, que estará conformado por un portafolio de inversiones y de cartera por un monto no menor al 140 % del monto que desee acceder.

En el artículo tres de la Ley de la Red de Seguridad Financiera, se refiere en las circunstancias de liquidación. Determina cuales son los créditos privilegiados de primera clase, los primeros en el orden son los depósitos de la institución financiera hasta el valor que cubre el seguro, el segundo se refiere al pago respecto a los derechos del trabajador y siguen 6 categorías más respecto al orden de pago.

La normativa trata sobre los servicios activos, pasivos o de cualquier naturaleza que presten las instituciones financieras se encontraran sujetos a las tarifas máximas de

acuerdo al segmento de cada institución financiera, esto determinara la Junta Bancaria de forma trimestral.

El artículo 12 del cuerpo normativo crea a un defensor del cliente, que dice:

“Cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, con cargo al presupuesto de cada entidad, que será designado por el Superintendente de Bancos y Seguros de una terna presentada por la asociación jurídicamente constituida por los depositantes o clientes de cada institución del sistema financiero. El Consejo de Participación Ciudadana promoverá la organización de los depositantes y clientes.

La defensora o defensor del cliente no podrá tener ningún tipo de vinculación con los accionistas o con los administradores de la entidad financiera. Su función es la de proteger los derechos e interese del cliente y sus atribuciones estarán reguladas por la Junta Bancaria, que deberá expedir mediante resolución el reglamento correspondiente.”

Las instituciones del Sistema Financiero tendrá un defensor del cliente por cada una de ellas, el costo será asumido por la propia institución a la que representa. Los depositantes o clientes deberán constituir jurídicamente una asociación, del cual enviaran una terna, para que el Superintendente de Bancos y Seguros designe al defensor del cliente. La persona designada como defensor del cliente no tendrá ningún vinculo con los accionistas o administradores de la institución a la que representa.

El defensor del cliente no debe tener ninguna relación con los funcionarios de la institución, porque su función principal es proteger los derechos e intereses de los clientes de la institución que representa.

De acuerdo a la Resolución No. JB-2009-1281 de la Junta Bancaria emitida el 31 de marzo del dos mil nueve, donde se trata sobre el Defensor del Pueblo, en su Sección IV.- Disposiciones Generales, Artículo 15 se dispone lo siguiente:

ARTICULO 15.- Los honorarios del defensor del cliente serán establecidos por la Superintendencia de Bancos y Seguros en función del volumen de reclamos generados por los clientes y depositantes de cada institución financiera.

Dichos honorarios serán de cargo del presupuesto de la respectiva institución del sistema financiero y se pagarán con periodicidad mensual, previa la presentación de la correspondiente factura.

Las entidades supervisadas tendrán la obligación de proporcionar al defensor del cliente el recurso humano de apoyo así como proveer las instalaciones adecuadas para atención a clientes y depositantes.

El perfil y número de personal de apoyo para el defensor del cliente también será determinado por la Superintendencia de Bancos y Seguros y estará en función del volumen de reclamos generados por los clientes de cada institución.

Considero que el defensor del cliente no tendrá plena autonomía, ya que la institución será quien carga con sus gastos. Esa relación económica puede causar un conflicto de intereses, en la norma no se establece unos máximos o mínimos sobre la remuneración del Defensor del cliente.

En la nueva ley se crea la Corporación del Seguro de Depósitos (COSEDE), cuyo objeto es el administrar el sistema de seguro de depósitos de las instituciones del Sistema Financiero privado. El seguro protege a los depósitos a la vista o a plazo fijo transacciones realizadas por personas naturales o personas jurídicas, en las cuentas corrientes, de ahorros, depósitos a plazo fijo u otras modalidades legalmente aceptadas.

El Directorio del COSEDE establecerá el valor de la cobertura, tendrá que ser equivalente a tres veces la fracción básica gravable con impuesto a la renta. Por el momento la cobertura que se protegerá se fija en US\$ 20.000., según lo estipulado en la disposición transitoria de la ley. Esa cifra será revisada por la Corporación del Seguro de Depósitos luego del 31 de diciembre del 2009.

La cobertura del seguro no surtirá efecto en las circunstancias que los depósitos sean de personas vinculadas directamente o indirectamente a la institución financiera, los que correspondan a las oficinas off-shore; y el papel comercial y obligaciones que sean emitidas por las instituciones financieras.

Los recursos con los cuales se constituye el Fondo del Seguro de Depósitos son cinco, el primero se refiere al aporte inicial del Fondo Especial de la Agencia de Garantía de Depósitos, el segundo es el aporte de las instituciones del Sistema Financiero, tercero es el rendimiento de las inversiones y utilidades que genere de forma anual el Fondo del Seguro de Depósitos, las donaciones que reciba la Corporación de Seguro de Depósitos y

finalmente los recursos que provenga de préstamos o líneas de contingentes con la finalidad de cubrir sus actividades.

Con la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera se reforma al artículo 61 de la Ley de Seguridad Social, el cual las inversiones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ya no serán invertidas de forma equitativa por regiones a través de las bolsas de valores. Con esta reforma también se deroga el artículo 34 de la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, donde se establecía que el 50% de las operaciones debían hacerse en la Sierra y Oriente, y el restante 50% a la Región Costa e Insular.

Esta reforma sobre las inversiones del IESS y en las regiones que debía colocar, se vuelve importante por la dinámica del mercado bursátil. No era posible que existan limitaciones para la inversión, el 50% sobre una región determinada era lo máximo que se podía invertir, prevalecía la norma legal sobre un posible beneficio económico para el IESS. Para promover la descentralización del Estado, no se debe limitar con un porcentaje, esto generaba ineficiencia porque el IESS se veía obligado a invertir en esas condiciones.

Con la reforma a la Ley de Seguridad Social veremos que existirán mayores posibilidades de invertir y obligara al mercado a ofrecer mejores opciones para captar los fondos del IESS, que es el mayor inversionista de nuestro país.

En las disposiciones generales de la ley que nos encontramos analizando, debemos hacer referencia a la Tercera que dice:

“A partir de la vigencia de la presente Ley, todo tipo de operaciones activas que concedan las instituciones del sistema financiero sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, estarán exentas del pago de todo tipo de tributos.”

Con esta disposición las instituciones del Sistema Financiero, no podrán cobrar en los créditos que otorguen ningún tipo tributo o gravamen. Algunos de los tributos que ya

no se cobraría, sería por ejemplo el 1% a las operaciones crediticias, que es conocido como impuesto SOLCA; el impuesto de \$1 que recaía en las cuentas corrientes de las instituciones que operen en la provincia del Guayas y cuyo fondos se destinaban a la Junta de Beneficencia de Guayaquil.

Con estas derogatorias de impuestos sobre los créditos, no se lo debe aumentar ningún tributo a estas operaciones. La operación crediticia disminuye para el cliente en costos, porque ya no le cobrarán por el ejemplo impuesto SOLCA.

3.3. COSTOS FINANCIEROS

Según lo establecido en el artículo 201 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que se lo reformo con el artículo 11 de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera. Se dispone que los servicios activos, pasivos o de cualquier otra naturaleza que presten las instituciones del sistema financiero se sujetaran a las tarifas máximas de acuerdo al segmento que corresponda a cada institución financiera.

La Junta Bancaria determinara de forma trimestral las tarifas máximas y la Superintendencia de Bancos y Seguros fijara las actividades que son propias del giro del negocio, para no incluirles en los costos por servicios. Las transacciones básicas que efectúan los clientes o usuarios y la información básica que necesitan sobre sus cuentas serán consideradas gratuitas.

El veintitrés de septiembre del dos mil nueve la Junta Bancaria resuelve aprobar las tarifas máximas que estarán vigentes a partir del primero de octubre del 2009 hasta diciembre del 2009, mediante la resolución No. JB-2009-1435. Las instituciones financieras tienen la posibilidad de cobrar por los servicios que se encuentran detallados en el siguiente cuadro:

N	TIPO DE SERVICIO	COSTO EN \$
1	Cheque certificado	2.00
2	Cheque de gerencia	2.50

3	Cheque devuelto nacional	2.79
4	Corte de estado de cuenta	1.83
5	Costo de reposición libreta/cartola	1.00
6	Costo por un cheque	0.30
7	Entrega de estado de cuenta a domicilio	1.66
8	Entrega de estado de cuenta en oficina	0.30
9	Impresión consulta por cajero automático	0.35
10	Referencia bancarias	2.65
11	Retiro cajero automático en distinta entidad del cliente	0.50
12	Cheque devuelto del exterior	3.24
13	Tarjeta de crédito, consumo en gasolineras	0.26
14	Tarjeta de crédito, copia de estado de cuenta	0.50
15	Tarjeta de crédito, copia de voucher del exterior	10.00
16	Tarjeta de crédito, copia de voucher local	2.00
17	Tarjeta de débito, emisión	5.15
18	Tarjeta de débito, reposición	4.94
19	Tarjeta de débito, renovación	1.85
20	Transferencias al exterior en oficina	55.49
21	Transferencias interbancarias enviadas, internet	0.50
22	Transferencias interbancarias spi enviadas oficina	2.15
23	Transferencias interbancarias spi recibidas	0.30
24	Transferencias nacionales otras entidades oficina	2.00
25	Transferencias recibidas desde el exterior	10.00
26	Tarjeta de crédito, afiliación	*
27	Tarjeta de crédito, renovación	*

Estos veinte y ochos servicios se encuentran con un máximo en su tarifa, la resolución sobre los costos fue establecida por la Junta Bancaria. Estos son servicios que considera la Superintendencia de Bancos y Seguros que no son parte fundamental del giro del negocio bancario.

Es verdad que ciertas instituciones bancarias tenían un cobro excesivo por los servicios que se encuentra ahora normados, por ejemplo el cheque certificado había casos que cobraban \$4 dólares.

La regulación de los costos financieros por parte de la Junta Bancaria no debe ser considerada como un perjuicio contra las instituciones financieras, el problema que se

genero es el procedimiento de cálculo para determinar los costos de los servicios. Esto debe ser manejado de forma técnica, donde se tome parámetros de economía, mercado y circunstancias reales de la prestación del servicio.

Estos costos serán revisados de forma trimestral por la Junta Bancaria, en relación a la primera resolución que fue emitida el 22 junio del 2009 y en comparación con los costos actuales, si ha existido una baja de tarifas.

La Junta Bancaria en esta misma resolución catalogó a los servicios que son esenciales del giro del negocio y por lo tanto deben ser gratuitas, los servicios son:

N	TIPO DE SERVICIO	COSTO EN \$
1	Mantenimiento mensual cuenta corriente	0.00
2	Mantenimiento mensual cuenta ahorros	0.01
3	Retiro cajero automático clientes propia entidad	0.02
4	Tarjeta de crédito, mantenimiento pago mínimo	0.02
5	Tarjeta de crédito, mantenimiento pago total	0.00
6	Consulta visual, Cajero Automático	0.00
7	Consulta, Internet	0.00
8	Consulta, Banca Telefónica	0.00
9	Consulta, Banca Celular	0.00
10	Mantenimiento Mensual de Tarjeta de Débito	0.00
11	Costo de reposición libreta/cartola/estado de cuenta act.	0.00

El criterio por el cual se ha regido la Junta Bancaria es que los servicios que son parte de la actividad bancaria, no deben ser cobrados por las instituciones financieras. Ya no es posible el cobro por mantenimiento, administración o manejo en cuentas de ahorro y cuentas corrientes, porque según la Junta Bancaria esos fondos generan un rendimiento a la institución y no se debe cargar un costo adicional al cliente, con este sustento se lo convierte en un servicio gratuito.

Lo que se va a generar con la gratuidad de algunos servicios que no deberían ser gratuitos por el proceso que implica, es la eliminación o disminución de la calidad del servicios de la institución frente a sus clientes.

En los casos de tarjetas de crédito, se repita la situación sobre la gratuidad en su mantenimiento. De acuerdo a la Junta Bancaria el costo del mantenimiento está incluido en el costo de emisión y en la tasa de interés que se le cobra si utiliza el crédito.

Se debe tomar en cuenta la infraestructura física, tecnológica, de seguridad y el recurso humano que las instituciones financieras poseen para brindar a sus clientes. Esto genera un costo fijo elevado a las instituciones que de alguna manera debe tener ingresos para mantenerlo. Hay que ser conscientes que existen servicios que si deben ser gratuitos, como por ejemplo las transferencias dentro de la misma entidad, el sustento es racional sobre que se realiza sobre la misma plataforma tecnológica.

Un servicio que debe ser gratuito es el retiro de dinero por ventanilla, no es posible que se cobre por retirar el propio dinero del cliente. Coincido en la gratuidad de estas transacciones básica que realizan los depositantes.

Discrepo en los servicios que traen consigo un tratamiento adicional y se encuentran dentro de los servicios gratuitos, como por ejemplo la consulta Banca Celular. Para que el cliente realice la consulta vía celular, la institución financiera necesita un recurso tecnológico especializado sobre la materia. Esto genera un mantenimiento y actualización para la institución.

El ente de control y las instituciones financieras deben trabajar para que se brinde un servicio de calidad. Si no se llega a un acuerdo entre las dos partes, se producirá una desbancarización del sistema. Es decir se dejara de ofrecer ciertos servicios por no cubrir el costo que genera y por no existir una utilidad.

Las expectativas del ente de control es reducir aún más los costos por los servicios prestados de las instituciones financieras.

3.4. Sistema de Planificación

Cuando nos referimos a plan o planificación es un conjunto de acciones que de forma articulada se realizan para cumplir con un objetivo o meta. Con un plan se toman decisiones para crear un efecto determinado. Tanto como las familias en su ámbito privado

planifican su desarrollo, el Estado realiza una planificación donde participan diferentes órganos en los cuales ejerce la potestad pública. El Estado realiza estas acciones para el cumplimiento de sus fines, con esto se garantiza la eficiencia, eficacia y economía pública.

Mediante el plan se sustentará el ejercicio de las autoridades y hasta donde podrán llegar con sus decisiones. La planificación por el Estado se ha cuestionado por su excesiva intervención en la vida social, que ha provocado que la creación y la iniciativa se vuelva casi nula por parte de la sociedad.

La economía es una de las materias donde el Estado se encuentra interviniendo desde hace algunos años, por la importancia que posee. Se ha comprobado que liberar a la economía a las reglas de mercado y la intervención directa del estado, no han sido formulas correctas para el desarrollo de la economía.

Pero la tendencia de las economías es que el Estado planifique y regule, para cumplir con el desarrollo económico y social.

En la Constitución Política de 1998 se creó el Sistema Nacional de Planificación, que tenía como finalidades determinar los objetivos en materia económica y social, establecer las metas a corto, mediano y largo plazo del desarrollo, orientar la inversión de forma obligatoria para el sector público y solo referencial para el sector privado.

El Sistema Nacional de Planificación se encontraba a cargo de un organismo técnico que dependía de la Presidencia de la República, donde participaban los gobiernos seccionales autónomos y las organizaciones sociales que determine la ley.

En el año 2004, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1372 del mes de febrero, se publica en el Registro Oficial Nro. 278 la creación de la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). La sede de la secretaria es la ciudad de Quito.

Es el organismo técnico que estará a cargo de la planificación nacional, que se encontrara a cargo de la Presidencia de la República. La responsabilidad de la Secretaria Nacional de Planificación es implementar, integrar y direccionar al Sistema Nacional de Planificación.

En la Constitución Política aprobada en el año 2008 se da un cambio drástico respecto a la planificación del Estado. En el artículo 279 se establece la creación del Sistema

Nacional Descentralizado de Planificación Participativa. El concepto que se utiliza tiene dos nuevos elementos, la descentralización y la participación ciudadana.

La descentralización, como un modelo autónomo de organización del Estado, con el cual se crean gobiernos de forma autónomos descentralizados. Mientras que la participación ciudadana, se refiere a una mayor intervención de los ciudadanos.

El nuevo Sistema busca organizar la planificación para cumplir con el objetivo del desarrollo. Su estructura estará conformada por un Consejo Nacional de Planificación, que la presidirá el Presidente de la República, cuyos miembros son los diferentes niveles de gobierno y la participación de los ciudadanos. Quien coordinara es la Secretaría Técnica.

De acuerdo a la Carta Magna, el Consejo Nacional de Planificación deberá establecer los lineamientos y las políticas que determinen al Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, además debe aprobar el Plan Nacional de Desarrollo que lo presentara el Presidente de la República.

El Plan Nacional de desarrollo es donde se estipula las políticas, programas y proyectos que tiene el Estado. El sector público debe regirse de forma obligatoria al Plan Nacional y el sector privado de forma indicativo.

Todos los lineamientos políticos, económicos y sociales, se encuentra estipulados en este plan, donde se tiene como prioridad cumplir los objetivos del Estado en estos campos, se tiene un plan muy ambicioso. El problema que percibo es que el Estado utilizara todas las herramientas con el fin de obtener los objetivos establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo.

En la anterior Constitución se definía que el sector privado debía tomarlo en cuenta de forma referencia y ahora se lo determina de forma indicativa, considero que se mantiene con el mismo alcance, es decir meramente una guía para el sector privado.

Se lo debe considerar al Plan Nacional de Desarrollo como instrumento técnico político de gran influencia, porque determina los objetivos de varias áreas que se vuelven estratégicas. Permite transparentar el ejercicio de la potestad pública, auditar y solicitar la redición de cuentas. Lo que se busca con el Plan Nacional de Desarrollo es determinar los objetivos que busca cumplir el Estado, se debe reconocer que si se encuentra claramente

determinados cuales son, donde de forma general se busca un mayor involucramiento por parte del Estados en la sociedad.

3.5. Repatriación de Fondos

Mediante Regulación No. 189-2009 emitida por el Directorio del Banco Central Del Ecuador el 29 de mayo del 2009, se realiza la reforma a las “Reservas Mínimas de Liquidez”, que debe constituir y mantener las Instituciones Financieras respecto a sus captaciones.

Ahora las reservas locales deben encontrarse por lo menos en el 45% de las reservas totales, se denomina Coeficiente de Liquidez Doméstica a la proporción mínima de reservas locales sobre las reservas totales.⁸⁴

El Directorio del Banco Central estipulo el plazo de tres meses, para que las instituciones financieras cumplan con el coeficiente de liquidez doméstico. El cronograma que se planteo fue el 30 de junio del 2009 el 40%, el 31 de julio del 2009 el 42% y al 31 de agosto del 2009 el 45%.⁸⁵

La Superintendencia de Bancos y Seguros junto con el Banco Central estarán a cargo de monitorear el cumplimiento de la disposición por parte de las instituciones financieras.⁸⁶

Con la decisión tomada por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se busca que la banca privada traiga los fondos que se encuentra en el exterior. Que los depósitos que reciben las instituciones financieras no se los coloque fuera del país.

De esta manera los bancos deberán analizar la posibilidad de colocar estos recursos en el mercado interno, porque no le es rentable tener inmovilizados esa suma de dinero en el Banco Central.

⁸⁴ Registro Oficial 616,19-VI-2009. 19 de Junio de 2009. Reformas a la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador referentes a reservas mínimas de liquidez.

⁸⁵ *Ibíd*em

⁸⁶ *Ibíd*em

Lo que llama la atención en torno a la reforma del Banco Central, son las declaraciones de las autoridades de control y regulación, como por ejemplo la del Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador (BCE), Carlos Vallejo que dijo: “El Estado decide donde invertir y la banca tiene la necesidad y la obligación de poner los recursos allí”.⁸⁷

La afirmación por parte de la máxima autoridad del Banco Central, genera cuestionamientos sobre la finalidad de la resolución. El Banco Central no puede obligar a la banca privada a invertir en el país, mediante los distintos tipos de crédito.

La política por parte del Banco Central se encuentra clara, eso puede ser el mayor temor, porque están actuando de acuerdo a lo establecido por la Constitución.

Según datos publicados por el Banco Central del Ecuador la banca privada poseen 4.000 millones de dólares en el extranjero, con el 45% que se les obliga a tener a las instituciones financieras, el monto de retorno asciende a la suma de 1.200 millones de dólares.

Los bancos privados se vieron obligados a traer los recursos del exterior, que durante algunos años permitió que se mantenga la gran liquidez en el sistema financiera. Una vez repatriados los fondos, los bancos privados reflexionaran si existen las condiciones económicas, políticas y sociales para colocarlos en el mercado interno.

3.6. Retiro de Fondos Públicos

El 13 de octubre del 2009 el Directorio del Banco Central del Ecuador emitió una resolución sobre la inversión de los fondos del sector público, que solo deben invertirse en el sector público.

El sustento legal que toma en cuenta el Directorio, es la Constitución Política del Ecuador, donde se encuentra normado sobre este campo.

⁸⁷ “BCE reitera decisión de repatriación de fondos”, Diario el Universo, Lunes 1 de junio del 2009, Sección Economía, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2009/06/01/1/1356/3181C49DD188442F912DC103A808E47A.html>. Consultado el 10 de septiembre de 2009.

El artículo 275 de la Constitución Política trata sobre el régimen de desarrollo, entre los cuales se encuentra el conjunto sostenible del sistema económico que garantiza la realización del buen vivir. En los demás artículos de la Constitución se fija que la política económica buscará mantener la estabilidad económica, como el máximo nivel de producción y empleo sostenible en el tiempo; quien formulara las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera será la Función Ejecutiva y el Banco Central del Ecuador estará encargado de la instrumentación; el Estado promoverá los servicios financieros públicos y la democratización del crédito.

En el tercer inciso del artículo 299 de la Constitución de la República, se determina que los recursos públicos serán manejados en la banca pública, de acuerdo con la ley, donde se determinara los mecanismos de inversión de dichos recursos financieros.

Dentro de los demás considerandos de la presente regulación, se toma en cuenta el artículo 302 numeral 3, que de acuerdo a las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera, los excedentes de liquidez se invertirán para el desarrollo del país. Este es uno de los principales fundamentos, para que esos fondos públicos que se encuentra colocados en el sector privado se trasladen al sector público.

Según el Decreto Ejecutivo No. 1588 de 18 de febrero del 2009, se establece en el artículo 1 que el Banco Central del Ecuador se lo considere como entidad coordinadora por el Ministerio de Coordinación de la Política Económica. Con las atribuciones que le corresponde al Ministro Coordinador de la Política Económica, le facultad al Directorio del Banco Central del Ecuador que emita una resolución sobre la inversión doméstica de los ahorros públicos.⁸⁸

La intención del Ministerio de Coordinación de la Política Económica, es colocar fondos frescos a la economía nacional, utilizando los recursos del ahorro público y destinándoles a la inversión doméstica.

A las instituciones financieras públicas para este cuerpo normativo, son las instituciones financieras que se encuentra bajo el control y regulación de la

⁸⁸ No. 0219-DM-MCPE-2009 de 9 de marzo del 2009. Ministerio de Coordinación de la Política Económica.

Superintendencia de Bancos y Seguros, cuyo capital es de propiedad de entidades del Estado.⁸⁹

En el artículo dos de la regulación del Directorio del Banco Central del Ecuador, se aclara que las entidades del sector público no financiero deberán solo invertir sus recursos en el Banco Central del Ecuador o instituciones financieras del sector público. Este tipo de entidades, al momento del vencimiento de sus inversiones que se encuentran colocadas en el sector financiero, depositarán en el Banco Central. Se le autoriza al Banco Central captar recursos a través de cuentas de depósitos a plazo del sector público no financiero o de entidades del sistema de seguridad.

De acuerdo a mi criterio, el Banco Central del Ecuador y las instituciones financieras públicas, no cuentan con las herramientas y experiencia para poder brindar el servicio a sus nuevos clientes, que vienen hacer las diferentes entidades públicas. Se necesita tener personal calificado, infraestructura y productos financieros adecuados.

La regulación no trata sobre los flujos de caja o la institución que manejara los recursos corrientes, es decir si pueden manejar ese tipo de recursos por medio de cualquier institución privada o pública. Como por ejemplo las cuentas corrientes.

Al momento que el sector público retire los recursos que se encontraban en las instituciones financieras privadas con la figura de inversión, existirá una transferencia considerable de recursos del sector financiero privado al sector financiero público, afectando de esta manera la liquidez de las instituciones privadas.

De acuerdo a los datos publicados por el Banco Central del Ecuador, en la banca privada hasta el mes de septiembre del 2009 se encontraba USD 1086 millones de dólares americanos en depósitos del sector público, lo cuales se encontraban repartidos en USD 640 millones de dólares americanos en depósitos a la vista y USD 445 millones de dólares americanos en depósitos a plazo.⁹⁰

⁸⁹ Registró Oficial 45, 13-X-2009. 13 de octubre de 2009. Normas sobre inversión doméstica del ahorro público e inversión en instrumentos financieros emitidos por residentes. Regulación No 200-2009.

⁹⁰ Líderes, “El Estado ejerce un mayor control financiero”, p.13, lunes 26 de octubre 2009.

El resultado de retirar dichos fondos se reflejara en la disminución de liquidez de parte de las instituciones financieras, dando como consecuencia una mayor contracción en la colocación de créditos en diferentes campos.

Con los recursos provenientes de las instituciones públicas, se busca cumplir con el objetivo de la inversión doméstica. Los excedentes de liquidez que se generen como fruto del ahorro público se destinaran a la economía nacional. Se lo realizara por medio de las instituciones financieras públicas o instrumentos financieros reembolsables.

El esquema que se utilizara para la inversión del ahorro público, está estipulado en el artículo 2 del Capítulo V de la Inversión Domestica del Ahorro Público, del Libro I Política Monetaria-Crediticia de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador, según el cual las instituciones que administren los recursos lo realizaran de forma eficiente y efectiva, para proseguir con la colocación, uso, recuperación financiera y la reinversión de los recursos.

Tanto el Banco Central y las instituciones financieras públicas, tienen la responsabilidad de poner en funcionamiento el esquema con el fin que se vuelva sostenible. Pero el cuestionamiento que me genera, es sobre si el esquema no es cumplido por parte de dichas instituciones y se vuelve una prestación de recursos sin retorno. Tenemos los claros ejemplos de algunas instituciones financieras públicas, uno de ellos es el Banco Nacional de Fomento que tiene una alta cartera vencida en relación al promedio del sistema financiero.

Dentro del mismo Capítulo V en el artículo 2.3 Canalización del Ahorro Público, le facultad al Banco Central del Ecuador invertir los recursos en el sector no financiero privado, sector financiero público, empresas públicas, sector financiero privado y sector cooperativo de ahorro y crédito controlado por la Superintendencia de Bancos y Seguros. Se recalca en la norma, que dichos fondos se destinaran prioritariamente a los sectores estratégicos y productivos de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo.

En el artículo 3 se determina la conformación de un comité de Inversión Domestica, el cual determinara las estrategias de inversión. Se conformara el comité por delegados institucionales permanentes en representación de los miembros del Directorio

del Banco Central del Ecuador y estará precedido por el Gerente General del Banco Central.

Los datos registrados en el Banco Central del Ecuador correspondientes a los depósitos de bancos, mutualistas, cooperativas y financieras hasta diciembre del 2008 ascendieron a USD 15 161 millones y mientras que hasta septiembre del 2009 llegaron a USD 14760 millones.⁹¹

3.7. Análisis Sistema Financiero de Colombia

En la Constitución Política de Colombia a las actividades financieras se les da el siguiente tratamiento:

Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

El artículo 335 de la Constitución Colombiana, que se encuentra en el TITULO XII DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA, se hace una distinción entre la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra actividad que tenga que ver con el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos captados del público. El literal d) del numeral 19 del artículo 150 establece la función del Congreso de crear leyes que regule la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el maneó, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

El Congreso es quien realizara la regulación general y el Presidente tendrá las facultades de inspección, vigilancia y control, de acuerdo al artículo 189 numerales 24 y

⁹¹ Líderes, “El Estado ejerce un mayor control financiero”, p. 14, lunes 26 de octubre 2009.

25 de la Constitución. El Ejecutivo podrá intervenir en dichas actividades y sobre las personas que se encuentren realizándolas.

La norma Constitucional las cataloga a estas actividades como de interés público, porque son de vital importancia para el Estado. Es el medio por el cual los recursos o capitales se movilizan, para asegurar que la sociedad tenga acceso a bienes y servicios básicos para el desarrollo de sus objetivos.⁹²

Estas actividades deben ser autorizadas previamente por el Estado para que puedan ser ejercidas de acuerdo a lo que dispone la ley. La intervención del Gobierno se encontrara regulada. En la norma se incentiva la democratización del crédito.

La Corte Constitucional de Colombia en una resolución sobre una acción de tutela contra dos instituciones financieras privadas, analiza la naturaleza jurídica de la actividad financiera. La Constitución hace referencia a la actividad financiera, pero en la demanda se expresa como actividad bancaria, que es la clasificación legal y según consta en la doctrina. La actividad bancaria es una especie de la actividad financiera.⁹³

Para los magistrados de la Corte Constitucional, la clasificación correspondiente a las actividades que presta un servicio público no es estática. Las actividades pueden ser prestadas por el propio Estado o por particulares, cada día se van incorporando más actividades a la clasificación de servicio público, como consecuencia de la dinámica del mercado y el cumplimiento de los objetivos sociales del Estado.⁹⁴

La Corte Constitucional adopta el criterio que es importante clasificar un servicio público, por la relevancia de la actividad dentro de la sociedad. Con la finalidad que el Estado no sea el único que lo pueda prestar directamente, sino mediante a otros mecanismos.

En un fallo de 1970 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia se determino que un servicio público es “... toda actividad (tendiente) a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho

⁹² Sentencia T-219 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁹³ Sentencia T-219 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁹⁴ Sentencia T-219 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz.

público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”⁹⁵

De acuerdo a esta definición no interesa quien lo preste, sea el Estado o un tercero privado, pero debe satisfacer una necesidad de carácter general. Deberá enmarcarse en el derecho público. Si el Estado traslada la prestación, deberá regularlo para verificar su cumplimiento.

Para sustentar la tesis sobre la regulación, la Corte toma en cuenta el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia que se refiere DE LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, que dice:

Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Este tipo de servicios son básicos para el cumplimiento de las finalidades de la Constitución, es el medio por el cual se cumplirá con el fin social del Estado. Se debe respetar los principios de eficiencia y universalidad al momento de prestar el servicio público. La prestación tal como dispone la norma constitucional lo puede prestar el Estado de forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o particulares. Da la posibilidad que un particular lo preste.

Las atribuciones de regulación, control y vigilancia lo tendrá el Estado sobre estos servicios. En las circunstancias de interés social o razones de soberanía, podrá el Estado

⁹⁵ C.S.J. (Colombia), Sala Plena Sentencia de 18/VII/70 (M.P. Eustorgio Sarria)

reservarse una actividad estratégica o servicio público, cumpliendo con el procedimiento estipulado en la norma.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de forma reiterada ha considerado a la actividad financiera como un servicio público. En este caso en particular que la Corte Constitucional se encuentra analizando, rechaza el criterio de los jueces de instancia en no considerar a la actividad financiera como un servicio público.

En la que investigación que realice puede verificar lo dicho por los magistrados de la Corte, son numerosas las sentencias que determinan que la actividad financiera es un servicio público. Como por ejemplo la sentencia SU-157 de 1999, dictada por Alejandro Martínez Caballero que determina:

“... pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público”⁹⁶.

Lo dicho por el magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO es claro y preciso, la actividad bancaria en el derecho Colombiano es un servicio público. Porque cumple una importante labor que es de interés público o comunitario, que cumple con las características del servicio público que son permanencia, continuidad, regularidad y generalidad. Para complementar la definición tomemos la idea del magistrado Fabio Morón Díaz, que considera que además la actividad bancaria es de trascendencia dentro del marco jurídico-político propio del Estado Social de Derecho y por tanto es un servicio público.⁹⁷

En Colombia es clara la actividad en cual se desenvuelven las actividades financieras y en el caso de existir contradicciones, la Corte Constitucional tiene el mismo

⁹⁶ Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Reiterada en Sentencia T-578 de 2001.

⁹⁷ Sentencia C-122 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

criterio sobre que es servicio público. Los actores que participan en dicha actividad, que son los usuarios, entes de control e instituciones públicas y privadas, tienen plena conciencia cual es el marco jurídico que les rige.

CONCLUSIONES

- La denominación a las actividades financieras como un servicio de orden público, busca tener una mayor intervención del Estado sobre dichas actividades. Para el Estado es de vital importancia esta actividad y por eso le asigna este nuevo andamiaje jurídico, que va desde el manejo de las entidades de control y regulación hasta la imposición de políticas sobre todos los que conforman a las actividades financieras.
- El concepto de servicio de orden público, de acuerdo a la investigación realizada no existe en la doctrina. Es una denominación que los constituyentes lo incorporaron para obtener una interpretación jurídica de acuerdo a los fines de la Constitución, que es mantener al sistema financiero bajo el control de la Función Ejecutiva. Como se comprobó en el proyecto de borrador de la mesa 7 de la Asamblea Constituyente, que se estipulaba como un servicio público a la actividad financiera, pero la oposición puso gran resistencia en denominarla de esa manera. Por lo tanto no podría dar una definición sobre el servicio de orden público, pero sobre sus alcances si podemos determinar. Con la figura del servicio de orden público, el estado tiene mayor poder sobre las instituciones financieras en todos sus ámbitos, como su liquidez, costos, administración e inclusive sus inversiones.

- El Banco Central del Ecuador pierde su autonomía técnica y administrativa, dejara de formular políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera que ahora le corresponderá a la Función Ejecutiva. De esta manera el poder ejecutivo determina las políticas que deberán desarrollarse en estos campos, ya no es un manejo técnico por parte del Banco Central del Ecuador. Prevalecerá las condiciones políticas para determinar los lineamientos económicos del Estado.
- Dentro de los objetivos de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera, se determina el manejo de la liquidez. En el cual se fijaran los niveles de liquidez global y en los casos de existir excedentes se destinaran para el desarrollo del país. Es una intervención de forma directa sobre los recursos de todo el sistema financiero, ya que no se distingue entre sistema financiero público y privado.
- Las potestades que tiene actualmente el Estado sobre el Sistema Financiero es mayor a lo estipulado en la anterior Constitución, tiene la facultad de determinar las tasas de interés, niveles de liquidez, invertir los excedentes de liquidez, fijar los costos financieros y demás potestades establecidas en los cuerpos normativos.
- El nuevo campo normativo del sistema financiero, tiene elementos positivos como la creación del defensor del cliente, la determinación que los bancos deben dedicarse exclusivamente a las actividades del giro financiero y reconocerlas a otras formas de intermediación como las cooperativas, cajas comunales y demás instituciones. Esto beneficia a los usuarios del sistema financiero.
- Desde el punto de vista de las instituciones financieras, se observara unas nuevas políticas de carácter conversador, en el cual se disminuirán los créditos y tendrán que innovar en sus productos financieros para tener una rentabilidad, con el cual sustentar sus operaciones. Dando como resultado final, una contracción en la economía.
- Estoy de acuerdo que el sistema financiero necesita un control y regulación estricto sobre sus actividades, para mantener un sistema sano y que pueda enfrentar cualquier eventualidad. Pero no comparto una intervención arbitraria sobre las políticas y la administración de las entidades, tanto los organismos de control y las entidades que conforman el sistema financiero, deben manejarse de forma autónoma y con un carácter

exclusivamente técnico. Los fondos que se encuentran en juego no son los de los accionistas de los bancos, son del público que lo depositan, ellos son quienes deciden en donde y en qué forma colocarlos sus recursos. Los depósitos del sistema financiero en general deben destinarse al mejoramiento de la economía, pero administrándoles de forma técnica. Deben ser colocados dichos recursos con una previa calificación y con las garantías respectivas.

BIBLIOGRAFIA

1. ALMEIDA, DANIEL, *Análisis Legislativo de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera*, Quito, Novedades Jurídicas, 2009.
2. ALMEIDA HERRERA, JOSÉ, *Diccionario Técnico Financiero Ecuatoriano*, Quito, Jokama, 2003.
3. ARIÑO, GASPAS, *La Regulación Económica*, Buenos Aires, Abaco, 1996.
4. ARIÑO, GASPAS, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid Marcial Pons, 1993.
5. BACIGALUPO, MARIANO, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
6. BAQUERO, DIEGO, *Banca, Finanzas y Seguros*, Barcelona, Gestión, Gestión 2000, 2001.
7. BERROCAL GUERRERO, LUIS ENRIQUE, *Manual del acto administrativo*, Bogotá, Librería del Profesional, 2001.
8. BONEO, EDUARDO, *Contratos Bancarios Modernos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
9. CABALLERO, A, *Teoría Constitucional*, Bogotá, Temis, 1995.
10. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
11. CHIRIBOGA, LUÍS, *Sistema Financiero*, Quito, Jokama, 2007.
12. COMADIRA, JULIO, *El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003.
13. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Reforma del Estado y Derechos Humanos*, Lima, 1999.
14. CORNEJO, A, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.
15. DE LA FUENTE, JUAN, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, México, Editorial Porrúa, 2000.

16. DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Séptima Edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
17. FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho Administrativo*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
18. FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
19. GIULIANI FONROUGE, CARLOS, *Derecho Financiero*, Novena Edición, Buenos Aires, La Ley, 2005.
20. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
21. GRANJA, N, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Cuenca, Graficas Hernández, 1997.
22. GUNTHER, HOMERO, *Regulación y Supervisión de la Banca en la Experiencia de Liberación Financiera*, Santiago de Chile, CEPAL/PNUD, 1989.
23. HART, H, *El concepto del Derecho*, Traducido por Genaro Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
24. JÁCOME HIDALGO, LUIS, *El rol de la Banca privada y las financieras en el desarrollo económico ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1983, p. 229.
25. LEROY MILLER, ROGER, *Moneda y Banca*, Santafé de Bogotá, McGraw-Hill Interamericana, 1992, p 648.
26. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2005, p. 565.
27. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2000.
28. LINARES, JUAN FRANCISCO, *El Concepto de Orden Público*, Buenos Aires, Academia de Derecho y Ciencias Sociales, 1982.
29. MARIENHOFF, MARIO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

30. MARIENHOFF, MARIO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
31. MONTAÑA PLATA, ALBERTO, *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Editoriales Curcio Penen, 2005.
32. PAREJO, LUÍS, *Seguridad pública y derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
33. PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Servicios Públicos Y Organismos De Control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
34. ROJAS, EDUARDO, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Guayaquil, Edilex, 2007.
35. SANTOFIMIO, JUAN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad de Colombia, 2003.
36. SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1995.
37. VALLEJO, PATRICIO, *Supervisión Bancaria*. Quito. Universidad Simón Bolívar, 1998.
38. VICKERS, JUAN, *Un análisis económico de la privatización*, México, Fondo de cultura Económica, 1991.
39. VILLEGAS, HOMERO, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Astrea, 2003.
40. ZABALA EGAS, JORGE, *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino, 2003.
41. ZABALA, CARLOS, *Código de Comercio Comentado*, Depalma.

Legislación ecuatoriana

Constitución Política del Ecuador 2008 (Vigente)

Constitución Política del Ecuador 1998 (Derogada)

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Ley de Mercados de Valores

Ley de Régimen Monetario y Banco Central

Registró Oficial 45, 13-X-2009. 13 de octubre de 2009. Normas sobre inversión doméstica del ahorro público e inversión en instrumentos financieros emitidos por residentes. Regulación No 200-2009.

Legislación Comparada

Jurisprudencia

Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.

Registro Oficial 616,19-VI-2009. 19 de Junio de 2009. Reformas a la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador referentes a reservas mínimas de liquidez.

Registró Oficial 45, 13-X-2009. 13 de octubre de 2009. Normas sobre inversión doméstica del ahorro público e inversión en instrumentos financieros emitidos por residentes. Regulación No 200-2009.

No. 0219-DM-MCPE-2009 de 9 de marzo del 2009. Ministerio de Coordinación de la Política Económica.

Sentencia T-219 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz. Corte de Colombia

Sentencia T-219 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz.

C.S.J. (Colombia), Sala Plena Sentencia de 18/VII/70 (M.P. Eustorgio Sarria)

Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Reiterada en Sentencia T-578 de 2001.

Sentencia C-122 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

“BCE reitera decisión de repatriación de fondos”, Diario el Universo, Lunes 1 de junio del 2009, Sección Economía, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2009/06/01/1/1356/3181C49DD188442F912DC103A808E47A.html>. Consultado el 10 de septiembre de 2009.

Líderes, “El Estado ejerce un mayor control financiero”, pp. 12-13, lunes 26 de octubre 2009.