

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

PROBLEMÁTICA JURIDICA EN LA OFERTA DE
CREDITOS HIPOTECARIOS FRENTE A LOS
DERECHOS DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

Realizado por:
MARIA CRISTINA VELA RIBADENEIRA

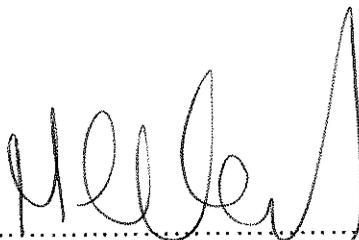
Como requisito para la obtención del título de
ABOGADO

QUITO, FEBRERO DE 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo María Cristina Vela Ribadeneira, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.



.....
María Cristina Vela Ribadeneira

CC. 171276218-4

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
**PROBLEMÁTICA JURIDICA EN LA OFERTA DE CREDITOS HIPOTECARIOS
FRENTE A LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR**

Realizado por el alumno

MARIA CRISTINA VELA RIBADENEIRA

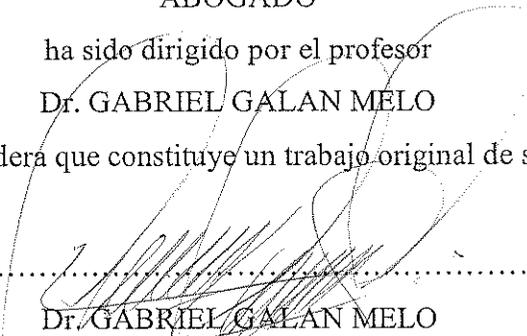
como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

ha sido dirigido por el profesor

Dr. GABRIEL GALAN MELO

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....

Dr. GABRIEL GALAN MELO

Director

Los profesores informantes

DR. FERNANDO POLO ELMIR, y

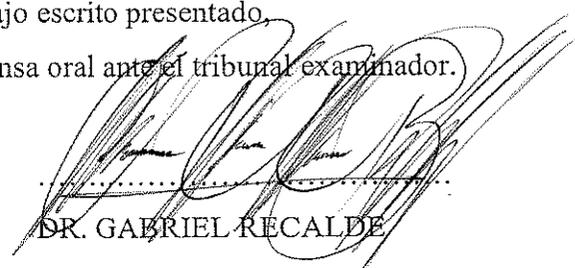
DR. GABRIEL RECALDE

después de revisar el trabajo escrito presentado,

lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....

DR. FERNANDO POLO ELMIR

.....

DR. GABRIEL RECALDE

Quito, a febrero de 2012

DEDICATORIA

A ti amado Dios, por tu luz, por tu guía, por tu compañía, por tu extraordinaria presencia, camino con entereza y alegría por los senderos de esta vida. Eres mi todo, mi padre, mi amigo...

A Valentina y Esteban, mis amados hijos, el motivo y razón de mi existencia, el motor de cada latido de mi corazón, de cada respiro, de cada sonrisa, de cada suspiro. Ustedes hacen que cada día renazca sintiéndome cada vez más viva, ustedes me dan la capacidad y la fuerza para seguir luchando cada segundo de mi existencia...

A mis amados padres, sin su cuidado, sin su esfuerzo y dedicación, este logro hubiera sido imposible de cumplir. Gracias por ser los autores de tanta alegría por vivir, de tanto ánimo por salir adelante, son los partícipes de todo lo bueno que hay en mi mente y corazón. Gracias por tanta comprensión, gracias por tanto amor...

A mi preciosa abuelita, Mivi, sin usted la vida simplemente no tendría sentido. Su presencia hace que todo esfuerzo valga la pena, hace que mi vida valga la pena.

Hijos, papi, mami, abuelita, les amo con todo mi corazón, a ustedes dedico el presente trabajo

AGRADECIMIENTOS

Desde mis cuatro años de edad, mis padres confiaron mi educación a la Institución Sek. Mis estudios primarios y secundarios los cursé en el Colegio Sek y los superiores en esta amada Universidad; por ello, gracias a todos quienes conforman esta Institución. Al cuerpo administrativo y docente, su constante predisposición para apoyar motiva al alumno para continuar en el camino del superación, gracias por ser simplemente la mejor Institución.

A mi familia, por todo el esfuerzo, el apoyo, la motivación y el amor.

Al Doctor Gabriel Galán, al Doctor Fernando Polo y al Doctor Gabriel Recalde, más que profesores, maestros de vida y grandes amigos. Sin su esmerada dirección, participación y apoyo, la realización del presente trabajo no hubiera sido posible. Son muchas las virtudes que los acompañan como personas, como profesionales y docentes. Su sabiduría, conocimiento, carisma y bondad son inmensamente grandes y hacen de ustedes unos seres humanos inmejorables.

Al Doctor Oscar Chamorro, por ser un ángel en mi vida. Infinitas gracias por confiar en mí y darme la mejor oportunidad de mi vida. Cada día con usted, constituye un día más de aprendizaje; cada día de labor a su lado, es un día más para aprender a ser mejor profesional y mejor persona.

Doctores: Gabriel Galán, Fernando Polo, Gabriel Recalde, Oscar Chamorro, ustedes constituyen un ejemplo a seguir para todos los futuros profesionales del derecho. Para ustedes, mi eterno agradecimiento, cariño y admiración.

RESUMEN

En la historia de la humanidad, la actividad bancaria ha tenido una trascendental participación en el eje económico de las naciones. Las operación bancaria de crédito con respaldo de garantía hipotecaria es una de las operaciones más comunes y demandadas por el usuario financiero; cuya instrumentación jurídica se efectúa a través del denominado contrato de mutuo hipotecario.

El pago del capital más los intereses generados por la prestación, se respalda con esta garantía hipotecaria que afecta con el gravamen de prohibición de enajenar, a los bienes inmuebles que son patrimonio del deudor. Los mismos que subsisten a favor del acreedor hasta la total cancelación de la deuda adquirida.

Es vital fomentar la sensibilización de los Bancos, y del propio Estado como ente rector, frente a los derechos que tienen los consumidores financieros; insistiendo en la creación de políticas institucionales y mecanismos técnicos-administrativos que vislumbren una adecuada aplicación de los mismos. Impulsando de esta manera, a que las relaciones jurídico-comerciales que se forjan entre las entidades del sistema financiero y sus usuarios se renueven, armonizando criterios respaldados por la seguridad y confianza en la negociación, cuyo efecto paralelo implicará en el desarrollo económico de la nación.

ABSTRACT

In the history of humanity, banking activities have had a transcendental participation in the financial core of nations. Credit banking operations with a mortgage as a guarantee is one of the most common operations, and it is demanded by the financial user. It is made legal through the use of a banking loan agreement.

The payment of the capital plus interest on the loan is backed with the mortgage guarantee, which in turn is affected with the impediment to disposing of any real estate belonging to the debtor. These are held by the creditor until the final cancellation of the debt.

It is imperative to foster a sensitizing on the part of the banks--and the State itself as a governing body--to the rights of financial consumers, by insisting on the creation of institutional policies and technical and administrative mechanisms that foresee an appropriate application of these. In this way promoting the renewal of the legal-commercial relationships that are forged among the various entities in the financial system and its users, harmonizing criteria that are backed by safety and trust in the negotiation, whose parallel effect would imply the economic development of the country.

RESUMEN EJECUTIVO

Las relaciones económico – sociales, que desde el principio fueron la base para la subsistencia del hombre, de su familia y de la propia sociedad dieron origen a la entidad del crédito. El apoyo mutuo o auxilio de los asociados entre sí, permitió satisfacer necesidades tanto individuales como de grupo, puntualizadas en la adquisición de bienes y de elementos requeridos para la compra e inversión.

En su versión más simple, podemos establecer que crédito significa fiar, prestar y confiar. Concebido dentro del ámbito financiero se establece que crédito es la operación por la que la entidad financiera pone a disposición de las personas cierta cantidad determinada de dinero, que deberá ser cancelada por el cliente más los intereses acordados en un plazo de tiempo específico. Es así que tenemos que los elementos del crédito son los siguientes: el acreedor, el deudor y el tiempo.

Se puede clasificar al crédito en cuatro grupos:

- a) Atendiendo al sujeto a quien se otorga, el crédito se divide en crédito privado y crédito público.
- b) Según el destino que se da al crédito, se clasifica en crédito a la producción y en crédito al consumo.
- c) De acuerdo a las garantías que aseguran su recuperación, puede ser crédito personal o crédito con garantía real, y

- d) Por el plazo a que se concerta, puede ser crédito a corto plazo y crédito a largo plazo.¹

Conforme se fueron desarrollando las actividades del hombre, las necesidades de crédito aumentaron, por lo que los prestamistas exigieron a los deudores seguridades eficaces, naciendo así la garantía real. Se entregaba al acreedor, en propiedad, usufructo o posesión ciertos bienes para responder por el pago de la deuda; garantías, que ya adoptaron el nombre con las que las conocemos hasta el día de hoy, la prenda, anticresis e hipoteca.

Nace la institución de crédito, cuya entidad protagonista es la banca, constituyéndose así, uno de los ejes fundamentales del desarrollo económico, ejerciendo una influencia directa tanto en la economía domestica, como en la economía a gran escala. La actividad bancaria crea relaciones jurídico, económico-financieras, por la cual surge una de las formas más generalizadas del crédito mismo, el denominado crédito bancario.

La sociedad actual tendiente al consumo y la búsqueda constante del hombre a satisfacer sus necesidades, hace que continuamente recurran al sistema bancario, con el fin de obtener el financiamiento pertinente. Esta relación, crea un vínculo jurídico que surge en el momento en que dos personas se obligan mediante un contrato denominado mutuo o préstamo de consumo que se define, según el Código Civil como "*un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad*"².

¹ SALDAÑA ALVAREZ Jorge, "Manual del Funcionario Bancario", XV Edición, Ed. Jorge Saldaña Álvarez, México, 1976, pág.17

² CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, "Código Civil Ecuatoriano", Quito-Ecuador, Art.2099.

Es fundamental puntualizar sobre las partes intervinientes en el contrato de mutuo que son las siguientes: el mutuante, que es aquel que entrega la cosa, y el mutuario, aquel que recibe la cosa. Para efectos del presente trabajo se denominará mutuante al banco y mutuario al deudor o prestatario; así como los elementos que deben constituirse en el contrato para que este sea considerado lícito y sobre todo establezca el vínculo entre los contratantes, por lo tanto: "Los elementos que existen son dos fundamentales en el contrato de mutuo y son: la facultad plena de los contratantes y el consentimiento"³. El consentimiento deberá contener: la capacidad plena de los contratantes, el contrato deberá estar libre de vicios y tendrá que recaer sobre objeto y causa lícita.

"El contrato de mutuo tiene las siguientes características que son: real, unilateral, gratuito, título traslativo de dominio, oneroso, principal, normado y celebrado"⁴.

La gratuidad no es una característica esencial, así como puede ser gratuito, también puede llegar a pactarse intereses, con lo cual el mutuo tiene el carácter de oneroso. El contrato de mutuo, puro y llano, es un contrato de naturaleza civil; sin embargo, este tipo de contrato es una figura compleja, ya que puede obedecer a una finalidad financiera de préstamo de dinero (mutuo bancario), o de una cantidad de cosas fungibles o consumibles destinados para el comercio (mutuo mercantil). Por lo tanto cabe diferenciar el mutuo civil del mercantil.

El contrato de mutuo civil es un contrato real, principal, unilateral, traslativo de dominio y a título gratuito (por regla general, a menos que se pacten intereses), por el cual una persona queda obligada para con otra en devolver en el plazo y demás condiciones convenidas, la cosa fungible que le fuera entregada. Es así, que podremos hablar de mutuo civil cuando:

³ GUZMÁN LARA, Aníbal, *Diccionario explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano*, Ecuador, 1992, pág. 342.

⁴ SALGADO, Francisco, *Curso de Derecho Civil y Normas Societarias*, Ecuador, 2000, pág. 306

1.- El contrato a celebrarse es en base a los fondos provenientes de una persona que no ostenta la calidad de comerciante.

2.- Si los recursos no tienen un destino comercial en sí mismo, no generan lucro por lo que el contrato establece su gratuidad.

Por su parte, el contrato de mutuo será de naturaleza mercantil cuando ostente siempre la característica de oneroso y el destino de los recursos o la utilización de la cosa prestada tendrá un fin comercial; según lo establece el artículo 553 del Código de Comercio.

Finalmente, se puede concluir que el contrato bancario nace del carácter mercantil del contrato de mutuo, por lo que el contrato de mutuo bancario surgirá cuando:

- a) El contrato de mutuo sea eminentemente mercantil, y
- b) Una de las partes ejercerá las actividades de intermediación financiera.

En base a la naturaleza mercantil del contrato de mutuo se puede determinar las obligaciones que el banco tiene para con el cliente y viceversa; y a partir de ello, poder determinar la falta o vulneración de las mismas dentro del contrato de mutuo bancario y el posible detrimento que la falta de cumplimiento pueda ocasionar en cuanto a los derechos que como consumidor el cliente posee.

El contrato de mutuo bancario es el contrato principal, que debidamente legalizado, faculta al acreedor a solicitar el cumplimiento de dicha obligación y a la ejecución de las garantías que lo respaldan. Las garantías son accesorias, están vinculadas al contrato principal y tienden a asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

Estas garantías en mención pueden ser personales o reales, su finalidad es evitar la insolvencia verdadera o ficticia de los deudores y el menoscabo de las personas naturales o jurídicas que son las acreedoras. Asegura a la entidad el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Las garantías personales por excelencia son la fianza y el aval. Las garantías reales son: la prenda y la hipoteca, sin embargo la hipoteca no siempre se practicó en la forma que hoy la conocemos; en un principio se abarcó la totalidad del patrimonio del deudor presente y futuro, y a toda clase de bienes muebles e inmuebles constituyendo una especie de embargo general de bienes.

Conforme el avance social y jurídico se hizo conciencia sobre los inconvenientes que traía consigo esta medida para el desenvolvimiento del crédito, pues al deudor se le privaba de toda posibilidad de progreso, que la tornaban insegura y gravosa para él. Por ello, actualmente, está sujeta a un régimen de publicidad y especialidad, que la convierten en un instrumento útil para las partes que intervienen en ella, al facilitar al deudor la disponibilidad de un capital y permitiendo al acreedor la inversión segura de su dinero.

En este sentido, la figura de la hipoteca fue evolucionando en forma paulatina hasta su actual concepción, hoy en día la hipoteca recae sobre un inmueble o sobre un patrimonio determinado. El Código Civil en su artículo 2309 establece: "La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor".

Por su parte, Aníbal Guzmán Lara define a la hipoteca de la siguiente manera:

La hipoteca es el derecho real, convencionalmente constituido, sobre uno o varios inmuebles especial y expresamente determinados, para garantizar -previa publicidad para hacerla oponible a terceros- por medio del *ius persecuendi* (que permite caer sobre la o las cosas afectadas de mano de quien la tenga) y del *ius praeferendi* (derecho de cobrarse con privilegio sobre el precio obtenido en la

ejecución forzada de la o las mismas), un crédito cierto y determinado en dinero, del cual resulta accesorio, permaneciendo el o los inmuebles en poder del propietario constituyente, que puede ser el deudor del crédito garantizado, o un tercero⁵.

Partiendo de la definición de hipoteca dada; podemos establecer las características de esta institución:

- a) "Es un derecho real;
- b) Es un derecho accesorio;
- c) Es indivisible;
- d) Recae sobre inmuebles;
- e) Los bienes quedan en poder del constituyente;
- f) Es solemne;
- g) Es pública;
- h) Es especial;
- i) Deben existir las capacidades".⁶

El contrato de mutuo hipotecario se establece como forma de garantía de un contrato de mutuo, crea una obligación adicional para el mutuuario, quien está respaldando con su patrimonio, adquiriendo el compromiso de devolver la cosa prestada, en las condiciones, plazos e intereses que el contrato ha establecido previamente; por tanto la hipoteca como tal permite que se garantice la devolución total por parte del cliente al banco de lo prestado.

La relación de consumo se constituye por dos partes, aquella que ofrece bienes y servicios y la otra que ejecuta y utiliza los mismos; a la primera se la denomina proveedor y a la segunda consumidor.

⁵ GUZMÁN LARA, Aníbal, *Diccionario explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano*, Ecuador, 1992, pág. 275

⁶ RAMÍREZ, Carlos, *Curso de Legislación Mercantil*, Ecuador, 2004, pág. 307

El proveedor hace referencia al sector oferente de productos y servicios, en el marco de la relación de consumo. El artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, define al prestador como las personas naturales o jurídicas que en forma habitual, prestan servicios a los consumidores. Los Bancos así como las diversas instituciones financieras son oferentes de los servicios financieros.

El mismo artículo establece que consumidor, es toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.

Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios. Toda actividad económica y cualquier actividad mercantil que genere lucro está dirigida a la satisfacción de las necesidades, comodidades y hasta gusto de las personas. La importancia de la noción de consumidor parte del hecho que los consumidores pueden existir sin que haya actividad comercial, sin embargo, el comercio no existe sin consumidores.

El consumidor financiero resulta ser el pilar fundamental de las entidades del sistema financiero. Por ello, es fundamental que los bancos transparenten de la mejor forma posible todos los servicios que ofrecen a sus clientes.

La importancia del crédito hipotecario radica en que gracias a él, se ha dado un mayor movimiento del sistema financiero por el flujo constante de capital, pues no olvidemos que la banca cumple con la función de ser intermediaria financiera y su objetivo es la captación de capital de los inversionistas, pagando para ello una tasa de interés específica y el otorgamiento de créditos cobrando igualmente tasa de interés para ello. El margen del ingreso y egreso en cuanto a los intereses, es la ganancia real del banco. Así como ha constituido un beneficio para las personas comunes que han encontrado facilidades para la adquisición de vivienda

propia gracias a la obtención del crédito hipotecario. Tan generalizado se halla este medio de obtener capitales que la mayor parte de las hipotecas constituidas, lo han sido para responder de préstamos inmobiliarios concedidos con esta clase de garantías.

Carlos Morlás, define al Banco, y dice: "El banco es una institución financiera legalmente constituida, que en base a la confianza puede captar recursos de depositantes e inversionistas. Deberá colocar estos recursos recibidos en créditos generadores de riqueza para sus empresarios".⁷

La confianza genera certeza en la entidad bancaria. En este punto, la publicidad es un mecanismo que viabiliza este carácter. A decir,

la publicidad es parte de este proceso en tanto es un vehículo de comunicación entre bancos y tomadores de préstamos utilizada para transmitir esa imagen y sirve como elemento de persuasión y estímulo a los potenciales clientes, la publicidad es también un instrumento más que crea y mantiene una apariencia de confianza y de ética, que compromete jurídicamente en esa misma medida.⁸

Por este motivo, la normativa legal constante en la Ley de Defensa al Consumidor, sea aplicada e instrumentada al momento de otorgarse un crédito garantizado por la hipoteca.

Al ser el crédito hipotecario un servicio que la entidad financiera presta a sus clientes, este debe ser transparentado por los derechos que tiene el deudor, de manera que pueda generarse una adecuada vinculación de las partes, a fin de que el deudor conozca sus consecuencias jurídicas y su plena instrumentación, así como, cuando se extingue el crédito.

⁷ Morlás Molina, Carlos, *Bancos: administración, crédito y análisis de sus estados financieros*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, p. 131.

⁸ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., "*Hipoteca y Préstamo de Dinero*", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 70

El Estado es el ente llamado a proteger y consolidar los derechos que los consumidores poseen, por lo que las instituciones públicas que promueven estos derechos deben velar por la construcción de un marco jurídico adecuado que permita el desarrollo de las actividades comerciales-financieras sin que exista una vulneración de los derechos de los mismos; para asegurar que no exista perjuicios, es necesario establecer ciertas claves para promover una adecuada educación respecto al derecho que los consumidores ostentan: promover el conocimiento de los derechos de los consumidores, proteger los derechos de los mismos, procurar la equidad entre proveedores y consumidores y encaminar la seguridad jurídica entre proveedores y consumidores.

El derecho fundamental que tiene el consumidor financiero en el ejercicio bancario es el derecho a la información.

La Carta Magna, en el Capítulo VI sobre los Derechos de Libertad, en su Art. 66, inciso 25, establece que: "el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características."

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el numeral 4, del Art. 4, establece que es un derecho fundamental del consumidor, a más de aquellos consagrados en la Constitución, tratados o convenios internacionales, la legislación interna, y los principios generales del derecho y costumbre mercantil: el recibir la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar.

La información va de la mano con la publicidad, aunque sus objetivos sean diferentes. Ya que la información es un servicio que se debe al cliente de carácter obligatorio y la publicidad, funciona para captar clientes, ésta se encarga de generar en el público necesidades y expectativas y de fomentar el espíritu consumista.

A nivel mundial, la tendencia es establecer regulaciones publicitarias para proteger al consumidor (restricciones en la estructura de los mensajes) y proporcionar una información veraz sobre el producto y sus riesgos".⁹

En el ámbito bancario, si un consumidor financiero, motivado por la publicidad, acude a una entidad bancaria para recibir información acerca de un servicio bancario, será en ese momento donde el banco asume toda la responsabilidad de demostrar al cliente estos dos ítems: publicidad e información.

Respecto del crédito hipotecario, ya sea destinado para la adquisición de una vivienda o para asegurar obligaciones, el banco no queda exento de su deber de informar apropiadamente sobre la operación bancaria, sus características y efectos, al deudor o consumidor financiero.

Los clientes, a quienes se denomina también consumidores financieros, deben tener conocimiento pleno de los derechos que esta calidad les concede. Derechos que actualmente están reconocidos y amparados por la Constitución, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, su reglamento y demás disposiciones al margen de este ámbito. De esta manera poder exigir el cumplimiento de los mismos. Por su parte, el Banco- prestador de servicios, deberá asumir estos derechos como política institucional y respetarlos en todo su ámbito de

⁹ WEINGARTEN, Celia *"Derechos en expectativa del consumidor"*, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Buenos Aires, 2004. Pág. 4

acción. En conclusión, tanto el consumidor como el Banco se verán favorecidos, creando una relación jurídica segura y confiable, que favorece al campo comercial y monetario.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I: EL CONTRATO BANCARIO DE MUTUO HIPOTECARIO.....	4
1.1 ANTECEDENTES DE LA BANCA EN EL ECUADOR.....	4
1.2 LA BANCA CREDITICIA Y/O FINANCIERA.....	8
1.2.1 El Crédito.....	11
1.2.2 El crédito bancario.....	14
1.2.3 Clasificación de las operaciones bancarias.....	15
1.3 EL CONTRATO DE MUTUO.....	16
1.3.1. Concepto y Naturaleza jurídica del Contrato de Mutuo.....	16
1.3.1.1 Elementos del Contrato de Mutuo.....	20
1.3.1.2 Características del contrato de mutuo.....	22
1.3.2. El Mutuo Civil y Mercantil.....	24
1.3.2.1 Carácter Civil del Contrato de Mutuo.....	24
1.3.2.2 Carácter Mercantil del Contrato de Mutuo.....	26
1.3.3 Obligaciones de los intervinientes en el Contrato de Mutuo.....	29
1.3.3.1 Obligaciones del Mutuante o Banco.....	29
1.3.3.2 Obligaciones del Mutuario o cliente.....	30
1.4 EL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO.....	33
1.5 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO.....	38
1.5.1 Por su instrumentación.....	38
1.5.1.1 Préstamo Cambiario o Comercial.....	38
1.5.1.1.1 Crédito de consumo.....	39
1.5.1.1.2 Crédito para la Vivienda.....	39
1.5.1.1.3 Microcréditos.....	40
1.5.1.2 Crédito en cuenta.....	40

1.5.1.3 Sobregiro o Descubierto.....	40
1.5.1.4 Sobregiro Ocasional.....	41
1.5.2 Por su plazo.....	41
1.5.2.1 Corto Plazo.....	42
1.5.2.2 Mediano y Largo Plazo.....	42
1.5.3 Por sus Garantías.....	42
1.5.3.1 Clases de Garantías.....	43
1.5.3.1.1 Garantías Personales: La Fianza y el Aval.....	43
1.5.3.1.2 Garantías Reales: La Prenda y la Hipoteca.....	45
1.6 LA GARANTÍA HIPOTECARIA.....	47
1.6.1 Características de la Hipoteca.....	50
1.6.1.1 Elementos del Contrato Hipotecario.....	54
1.6.1.2 Facultades para hipotecar.....	55
1.6.1.3 Condición Suspensiva y Resolutoria.....	56
1.6.2 De la Constitución de Hipoteca.....	57
1.6.2.1 Objeto Hipotecable.....	58
1.6.2.2 Solemnidades y Formalidades.....	59
1.6.3 Clases de Hipoteca.....	62
1.6.3.1 Hipoteca Abierta.....	62
1.6.3.2 Hipoteca Cerrada.....	63
1.6.4 Extinción de la Hipoteca.....	63
1.6.4.1 Causas de extinción de la Hipoteca.....	64
1.6.4.2 Subrogación de una Hipoteca.....	64
CAPITULO II: LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: INTRODUCCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO.....	66
2.1 DEL BANCO Y SUS CLIENTES: LA RELACIÓN DE CONSUMO ENTRE PROVEEDOR Y CONSUMIDOR66	
2.1.1 El Proveedor financiero: El Banco como prestador de servicios bancarios.....	67

2.1.1.1. La teoría de los Actos Propios.....	70
2.1.2 El Cliente bancario como Consumidor financiero.....	71
2.1.3 La confianza en la entidad bancaria: fuente primaria de la relación banco-consumidor.....	75
2.1.4 Los contratos de Adhesión Bancaria: cláusulas prohibidas.....	79
2.2 EVOLUCIÓN HISTORIA: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR	83
2.3 LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EL ROL DEL ESTADO ECUATORIANO	86
2.3.1 Derechos básicos de los consumidores.....	90
2.3.2 Derechos básicos de los proveedores.....	92
2.4 EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS CONSUMIDORES.....	93
2.4.1 El Derecho a la Información: Conceptos Generales.....	93
2.4.2 La información como derecho fundamental del consumidor financiero en el ejercicio bancario.....	96
2.4.3 La publicidad y su relación con la información.....	102
2.4.4 La aplicación del derecho a la información en el crédito Hipotecario.....	105
2.5 EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ANTE LA JUSTICIA.....	108
2.5.1 El consumidor y el acceso al sistema judicial en la solución de conflictos.....	112
2.5.2 Defensor del cliente bancario.....	114
CONCLUSIONES.....	116
RECOMENDACIONES.....	120
BIBLIOGRAFIA.....	122
ANEXO I.....	1
ANEXO II.....	7

INTRODUCCION

La sociedad actual se ha caracterizado por el consumo constante de bienes y servicios, los mismos que existen para satisfacer todo tipo de necesidades. Actividades como: ir al supermercado o conseguir los servicios de un electricista se han convertido en el diario vivir de los ciudadanos de nuestro país y del mundo entero; y por ello se ha establecido, y mejorado con el paso de los años, las legislaciones que sus normas garanticen una apropiada satisfacción y protección del consumidor, de cualquier ventaja abusiva que el proveedor quiera obtener de su necesidad.

No es ajeno a la verdad que el desarrollo económico de la sociedad es influenciado directamente por el sistema bancario. El banco es considerado por muchos como una herramienta necesaria para alcanzar una meta, por ejemplo, el ciudadano común que desea enviar a uno de sus hijos a la universidad, para ello procederá a hipotecar una de sus propiedades, para obtener el dinero necesario para la consecución de ese objetivo.

La captación de clientes, la contratación masiva y los procesos diarios que se ejecutan en la esfera de la actividad bancaria, en especial el otorgamiento de créditos, para lo cual, es necesario instrumentar jurídicamente los mismos a través de los denominados contratos de mutuo bancario.

A medida que se desarrolla la economía se produce un importante incremento de la oferta de créditos, por lo que, las personas se ven en la necesidad de firmar documentos y contratos, en los cuales el cliente no tiene opción a debatir sobre el contenido de los mismos, viéndose forzado a acatar las cláusulas establecidas por la entidad.

Es por esta razón, que en el primer capítulo del presente trabajo realizó un recorrido investigativo respecto de la banca y su contrato en mención, sus características y su participación en la relación Banco-Cliente.

En el capítulo segundo, se hace un análisis que destaca el hecho de que aún cuando todavía existe en Ecuador cierto desinterés por la aplicación y tratamiento de los llamados Derechos del Consumidor; paulatinamente se han ido generando leyes y políticas que tienden a la protección de los mismos. Sin embargo, el camino por recorrer es todavía largo.

Uno de los principales derechos que tiene el consumidor financiero, con especial referencia, es el derecho a estar informado; derecho que es exhaustivamente analizado también en el segundo capítulo.

Es posible identificar, que en nuestra sociedad, un problema común es la desinformación y la confusión de conceptos respecto de los temas inmersos en los servicios que la banca ofrece. Esta situación se presenta gracias a la poca cultura jurídica- técnica que existe en el país, por ello existe un alto porcentaje de usuarios bancarios quienes desconocen plenamente lo que están contratando. Simplemente su voluntad obedece más a la necesidad y en menor grado, a una cuestión de confianza respecto de lo que está contratando y lo que ello contiene e implica.

Esta problemática ha motivado el objetivo de la presente tesis, en la que la idea no es otra que contribuir a establecer parámetros para optimizar la relación entre el banco proveedor de servicios financieros y el consumidor del crédito hipotecario. Todos los seres humanos, tenemos pleno conocimiento de la importancia que la actividad bancaria genera en la economía nacional, por ellos es primordial que las entidades financieras logren sus objetivos financieros como una mayor captación de clientes, a través de la sensibilización respecto de los derechos que tienen los consumidores de sus servicios, fundamental que los apoyen en sus necesidades y requerimientos. Para ello, deberán entender que es una obligación otorgar a sus clientes una adecuada información, reglas claras que establezcan confianza al momento de la contratación.

CAPITULO I

EL CONTRATO BANCARIO DE MUTUO HIPOTECARIO

El sistema bancario ejerce una gran influencia en el desarrollo económico de la sociedad y de cada uno de sus miembros, sea una empresa, una familia o un solo individuo. En algún momento, todos hemos tenido que recurrir a las entidades del sistema financiero a realizar algún tipo de operación, fortaleciendo este sistema y el de la economía global. Considero necesario, dado su rol destacado y como paso previo al análisis central de la presente investigación, definir a la banca, sus instrumentos operacionales y de servicios.

1.1 ANTECEDENTES DE LA BANCA EN EL ECUADOR

En 1830, con la aparición del Estado ecuatoriano, surge también una actividad financiera permanente, que en un principio no genera mayores expectativas entre los ciudadanos, pues las necesidades financieras fueron consideradas ajenas a los mismos, siendo el Estado el ente principal que recurrió a los préstamos para solventar la economía naciente de ese entonces. “En las posteriores décadas, las actividades financieras tenían un progreso y cada vez se generalizaban en la población, fomentando la naciente industria y respaldando la economía nacional.”¹

¹ CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor, *Compendio de Derecho Societario*, Quito, 2008, pág.22

Desde 1875 a 1920, a partir de una generalización y refuerzo de la economía, surge en Ecuador el sector bancario como resultado del boom cacaotero que vivió el país; en este momento de la historia nacional, el sistema bancario contaba con la libre circulación de monedas de oro y plata, que con el pasar del tiempo se integraron al uso común, a través de leyes dictadas para tal efecto.

El crecimiento de la nación iba fortaleciéndose con el tiempo, y con ella la banca ecuatoriana, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil, siendo en esta última donde más concentración existía, pues a través del puerto de Guayaquil se comercializaba el cacao. Pocas familias costeñas lograron extender su poder no solo a las industrias manufactureras o al comercio, sino especialmente en la incorporación de bancos. A partir de 1895, aparece el liberalismo y se nombra presidente a Eloy Alfaro, quien se enfrenta a los intereses de la clase costeña dominante e impulsa políticas sociales y solidarias con los sectores abandonados del resto del país. Posterior a la revolución liberal, se dio paso al período republicano de Ecuador, en donde la banca privada asumiría el manejo del país. Este período se lo conoció con el nombre de Plutocracia; y el banco más representativo fue el Banco Comercial y Agrícola de Guayaquil.

La relación Banco-Estado tuvo un mal comienzo, se generó dependencias entre las políticas nacionales con los intereses de unos pocos que presionaban al Estado para asegurar y mejorar sus condiciones particulares; este vínculo provocó una imagen negativa del sector bancario, que, a causa de la mala administración de sus directivos concurría en una constante de quiebra y posterior cierre de los bancos; entre los primeros podemos citar al Banco de Quito, Banco Unión, el Banco Comercial y Agrícola, entre los más sobresalientes de esa época. La estrecha vinculación de la banca con estos sectores de poder, no permitió que exista una independencia en ella y las relaciones no eran transparentes, por lo que el beneficio fue dirigido a ciertos grupos que acabaron comprometiendo la estabilidad del Estado y la posterior debacle de los gobiernos.

“Lo que existía en el Ecuador era, por lo tanto, un estado corporativo”¹; es decir, el sector privado ecuatoriano es quien logra consolidar el poder político en Ecuador, generando que el Estado responda a los intereses particulares de estos grupos económicos; mientras la población en general, creía que las acciones ejercidas desde el Estado estaban encaminadas a mejorar las condiciones de vida de los habitantes.

En el año de 1927, la banca dejó el papel preponderante que mantenía en la economía del país, permitiendo que el Estado mantuviera cierta independencia en cuanto a la aplicación de la política monetaria y el manejo de las finanzas nacionales; sin embargo al no existir suficientes profesionales experimentados y capacitados, la dirigencia y gestión del Banco Central siempre estuvo a cargo de banqueros y personas vinculadas al sector privado de la banca. A pesar de los nuevos vínculos que se formaban, las instituciones financieras contribuyeron con el desarrollo del país a través del otorgamiento de créditos que fueron encaminados al sector productivo nacional. Pero no lograron fortalecerse, por haber numerosos grupos financieros que ejercieron más allá de las actividades en que debían incursionar.

En 1998, el Ecuador vivió la peor crisis financiera de su historia, a causa del debacle del sistema bancario que ocasionó el cierre de algunos bancos, entre ellos, podemos mencionar a uno, que hasta ese momento tenía gran representación a nivel nacional: el Filanbanco. Sin embargo, en los años posteriores, aunque a paso lento, la banca cobró fuerza y solidez, recobrando la confianza de las personas gracias al mejoramiento de los servicios que ésta ofrece a sus clientes.

¹ AROSEMENA, Guillermo, *El Cacao en el Ecuador*, Guayaquil, 1991, pág., 66

En el año 2008, surge un proyecto de ley, la llamada Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, la misma que fue finalmente publicada el 11 de mayo de 2011 en Registro Oficial No. 444. La normativa fue creada con el objetivo de “reconocer y visibilizar a las unidades domésticas, empleo independiente, unidades familiares, así como normar las redes de las finanzas solidarias como cooperativas de ahorro y crédito, bancos comunales, cajas de ahorro.”² Se incluye también el de crear un marco regulatorio eficaz respecto de las disposiciones del sistema bancario.

Entre los objetivos de esta normativa se encuentran:

Normar las redes de las finanzas solidarias como cooperativas de ahorro y crédito, bancos comunales, cajas de ahorro.

El cupo de crédito no podrá ser superior al 10%, ni el límite individual superior a 2% del patrimonio técnico, calculado al cierre del ejercicio anual inmediato anterior al de la aprobación de los créditos. Se crea el Fondo de Liquidez y el Seguro de Depósitos del Sector Financiero Popular y Solidario, como mecanismos articulados y complementarios, que tienen por objetivo conceder créditos de liquidez, de liquidez contingente y para cubrir deficiencias en la cámara de compensación a las cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y en las cajas de ahorro, reguladas por esta ley. El Estado diseñará políticas de fomento tendientes a promover la producción de bienes y servicios y conductas sociales y económicas responsables de las personas y organizaciones amparadas por esta ley y podrá otorgar tratamientos diferenciados, en calidad de incentivos, a favor de las actividades productivas, los que serán otorgados en función de sectores, ubicación geográfica u otros parámetros, de acuerdo con lo que establezca el reglamento.

Los préstamos que otorguen las cooperativas de ahorro y crédito en beneficio de sus socios, que tengan como finalidad la adquisición, reparación o conservación de vivienda, tendrán el mismo tratamiento tributario contemplado para los préstamos que otorga el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito.³

² <http://andes.info.ec/economia/la-ley-organica-de-la-economia-popular-y-solidaria-fue-aprobada-por-la-asamblea-58481.html>. acceso: 3 de junio del 2011

³ Ibidem

Finalmente, “el sistema bancario, como es sabido, tiene como funciones principales garantizar los medios de pago, fomentar el ahorro y optimizar la canalización de los recursos, a través de las políticas estatales”⁴; es decir, el balance fundamental del sistema crediticio subsiste con el sistema monetario y la política económica en general; no obstante, la visión macroeconómica del sistema bancario ha dejado un papel desmerecido al cliente, quien es indiscutiblemente el pilar más dinámico en toda la estructura; dejando a la banca, muchas veces, con una imagen caracterizada por ser un sector insensible, que no se interesa por el depositante y solo busca acumular utilidades para beneficio propio.

Luego de esta breve reseña histórica de la banca en el país, es menester abordar temas conceptuales para una mejor comprensión y fundamento de la investigación; pues la esencia del presente trabajo es analizar los fenómenos del préstamo hipotecario concedido por estas entidades, intentando realizar un examen crítico al sistema de los modelos de contratos bancarios que se utilizan con este fin, con el objetivo de encontrar la aplicabilidad que la Ley de Defensa del Consumidor tiene en este ámbito, de manera que los usuarios del servicio crediticio-bancario puedan encontrar una mayor protección de sus derechos.

1.2 LA BANCA FINANCIERA Y/O CREDITICIA

Las instituciones financieras a lo largo de los años, han tenido una importante participación en el desarrollo general del país, dentro de las cuales, la institución del crédito ha experimentado en las últimas décadas un notorio crecimiento en las operaciones que se manejan.

“La globalización como fenómeno implicó para los países subdesarrollados un sinnúmero de nuevos problemas como la desocupación estructural, la marginación como fenómeno masivo,

⁴ SALGADO Marco, “*La Banca y el Poder Político*”, Quito, Ecuador 2006, pág., 29

la inseguridad, etc.”.⁵ En dicho contexto, el crédito como herramienta de desarrollo, ha significado un elemento de sostenibilidad, por ello su importancia social, económica y global.

Estas entidades financieras realizan captación de ahorros. A partir de esta captación, nace la creación de dinero bancario. “El *dinero bancario*, es aquel que se recibe de los ahorristas y se ofrece a los tomadores de créditos, estableciendo una diferencia entre precio de compra y de venta por su comercialización, al igual que cualquier mercancía.”⁶

Al respecto, Gherzi manifiesta: “Nace la creación de dinero bancario por parte de estas entidades cuando abren líneas de crédito préstamos de dinero en efectivo o en base a asientos contables y/o a transferencia electrónica de fondos, etc”.⁷

En este punto, es importante comprender la estructura del mercado, por lo que señalaremos la afirmación que realiza Simonnot, respecto del denominado *mercado secundario*: “en donde en realidad se intercambian moneda contable o electrónica inexistente en términos reales y dinero en efectivo en menor cantidad.”⁸

En este escenario se edifica una volátil estructura del sistema financiero/ bancario, “los agentes económicos ahorristas comienzan a ser afectados, pues la distorsión en los intereses, y el menor control del Estado sobre las operaciones del segundo mercado, comienzan un efecto

⁵ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “*Hipoteca y Préstamo de Dinero*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 9

⁶ Ibidem, pág. 35

⁷ GHERSI, Carlos A., “*Contratos Civiles y comerciales. Parte General y Especial. Empresas y Negocios y Consumidores*”, 4ª edición, Vol.2, Ed. Astrea, 1999, pág. 568

⁸ SIMONNOT, Philippe, “*El poder monetario. Claves para su comprensión*”, Ed. Eudeba, Bs.As. 1977, pág. 27

desplazamiento (crowding-out) de ciertas entidades bancarias, ya que los tomadores comienzan a entrar en insolvencia y llevan a la quiebra a las entidades bancarias.”⁹

Celia Weingarten junto con Eugenia Díaz mencionan lo siguiente:

El ahorrista/ trabajador y el tomador o usuario, son los sujetos sociales que se manejan con la denominada hipótesis antropológica de ahorrar y tomar préstamos como proceso de circulación de la mercancía dinero. Ese comportamiento es alentado desde el sistema socioeconómico, como un proceso de sujeto racional y donde la lógica de las instituciones tiene un significante de seguridad, producto de la organización de las instituciones por el Estado.¹⁰

La modalidad crediticia somete al resto del sistema financiero a una complejidad que termina afectando a los usuarios de nulo o escaso poder de negociación y protesta que imposibilita, incluso, de iniciar acciones por la aplicación de cláusulas abusivas en los modelos de contratos que se requieren para el perfeccionamiento de la operación.

Las consecuencias de este fenómeno, en donde está en juego la propia estructura del mercado financiero, indica una tendencia a la inseguridad, enmascarado por una publicidad y marketing fenomenal que induce a los tomadores a un comportamiento casi irreflexivo que posibiliten el rescate de los bienes dados en garantía hipotecaria, que en definitiva, son su trabajo acumulado.¹¹

En este mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos de Usuarios de los Servicios Bancarios y Financieros, que en su artículo 41, establece lo siguiente:

⁹ GOLDENWEISSER, E.A., "*Política monetaria norteamericana*", Ed FCE, México 1981, pág. 30

¹⁰ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., "*Hipoteca y Préstamo de Dinero*", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 9

¹¹ *Ibidem*, pág. 38

Los usuarios tendrán derecho a obtener créditos equitativos de las entidades financieras cuando cumplan las prescripciones legales y su solvencia económica permita afrontar su devolución.

La concesión por las entidades financieras de facilidades crediticias a los usuarios no podrá restringirse por circunstancias tales como el sexo, raza, religión, opinión o cualesquiera otras condiciones análogas personales o sociales.

Las autoridades nacionales deberán prohibir aquellos productos que resulten abusivos para los usuarios, en particular aquellos que establecen el devengo de intereses abusivos sobre los intereses.

Los Estados adoptarán una política de promoción de microcréditos que facilite a los individuos la consecución de fondos suficientes y adecuados que les permitan alcanzar un nivel de vida digno para sí y los suyos [...].

Es imprescindible que el usuario del crédito goce de las debidas protecciones con todo el rigor del derecho, pues como tal, es un elemento esencial del funcionamiento de la economía. Para ello, estableceremos lineamientos básicos para una mejor comprensión de lo que el término crédito y la actividad crediticia como tal encarnan.

1.2.1 El Crédito

¿Qué significa el término crédito? La concepción más simple es aquella que lo define como la operación bancaria por la que la entidad financiera pone a disposición de las personas cierta cantidad determinada de dinero, que deberá ser cancelada por el cliente más los intereses acordados en un plazo de tiempo específico, condiciones establecidas en la suscripción de un contrato.

Aún cuando en la práctica, nadie ignora por completo lo que es el crédito en sí, su concepto y definiciones han sido tratados ampliamente con el fin de encontrar un significado que no deje vacíos en su correcta interpretación. Sin embargo, Los elementos fundamentales del crédito son los siguientes: el acreedor, el deudor y el tiempo.

El crédito puede apreciarse como un atributo o puede ser analizado como un acto. Al respecto, Jorge Saldaña establece la diferenciación de la siguiente manera: "Como un atributo el crédito es esencialmente subjetivo; no puede concebirse sin que sea aplicable a personas físicas o morales."¹²

De la afirmación anterior, entendemos que el crédito como atributo, es reputación de solvencia. Una persona puede acceder a un crédito si tiene solvencia, dentro de este ámbito el crédito es bilateral, pues no puede atribuirse a una persona así misma, sino que tiene que ser reconocido por los demás.

Saldaña continúa con su análisis: "Analizando el crédito como acto, se puede definir como una relación socio-económica que se ejercita en medios civilizados, y que consiste en permitir a otros el aprovechamiento temporal de sus bienes o riquezas.

Sintetizando el concepto de atributo con el de acto, puede afirmarse que el crédito en forma simple y ortodoxa nace o existe, cuando las cualidades de solvencia de un individuo o sociedad, son suficientemente satisfactorias para que se le confíen riquezas o capitales presentes a cambio de otros tantos futuros.¹³

Estos conceptos, sin embargo, resultan escuetos al momento de interpretar una visión global del crédito, pues existen dos factores esenciales al momento de estudiar el crédito; el primero de ellos es el factor tiempo, que es una condición implícita en el mismo y la aplicación que dará el usuario que obtenga el crédito.

¹² SALDAÑA ALVAREZ Jorge, "Manual del Funcionario Bancario", XV Edición, Ed. Jorge Saldaña Alvarez, México, 1976, pág.17

¹³ Ibidem, pág.17

Es frecuente que el capital que se obtiene mediante un crédito sirva solamente para gastarse. Si un capital se destina solamente a gastos, no podrá ser reintegrado. Consecuentemente, para que se configure el crédito como tal, es necesario que siempre exista una base sobre la que pueda respaldarse para la recuperación íntegra de dicho capital, ya sea por recursos futuros con los cuales pueda solventarse el crédito o por las garantías que aseguren la restitución del mismo.

Si el capital que se adquiere por el crédito, se emplea en fines productivos, se tiene la confianza de que el usuario acrecentará sus recursos presentes y futuros, por lo que, tendrá los medios económicos para devolver el capital entregado.

Se puede clasificar al crédito en cuatro grupos:

- a) Atendiendo al sujeto a quien se otorga, el crédito se divide en crédito privado y crédito público.
- b) Según el destino que se da al crédito, se clasifica en crédito a la producción y en crédito al consumo.
- c) De acuerdo a las garantías que aseguran su recuperación, puede ser crédito personal o crédito con garantía real, y
- d) Por el plazo a que se concerta, puede ser crédito a corto plazo y crédito a largo plazo.¹⁴

Del estudio del crédito, que atiende a las garantías que aseguran su recuperación con garantía real hipotecaria, nos ocuparemos a continuación.

¹⁴ SALDAÑA ALVAREZ Jorge, "Manual del Funcionario Bancario", XV Edición, Ed. Jorge Saldaña Álvarez, México, 1976, pág.17

1.2.2 El crédito bancario

Una de las formas más generalizadas del crédito mismo que constituye una de las actividades fundamentales que manejan los bancos, denominadas también instituciones de crédito, es el crédito bancario.

“El crédito bancario puede considerarse como uno de los ejemplos más notorios de la evolución económica de los pueblos. El desarrollo económico de cualquier país es paralelo al de su sistema de crédito institucional, independientemente de que se maneje bajo el control del Estado, o por la iniciativa privada.”¹⁵

El crédito bancario tiene dos aspectos fundamentales: el primero y el que se presenta en base a la confianza que las instituciones de crédito logran en el público, es promover la captación de dinero, ya sea en forma de depósitos o mediante los denominados títulos-valores; el segundo que se refiere como tal a la distribución de estos fondos mediante el otorgamiento de créditos y préstamos.

Ambos aspectos son las principales actividades de los bancos que se traducen en operaciones pasivas y activas. Las operaciones pasivas se encuentran inmersas dentro del primer punto, en lo referente a la captación de fondos y que coloca a la institución en calidad de *deudora*. Y aquellas que se refieren al otorgamiento de créditos y préstamos con las cuales el banco se coloca en la postura de *acreedor*, son las denominadas operaciones activas. Estas operaciones, de cuyo estudio nos encargaremos más adelante, son el componente fundamental para la comprensión de la actividad bancaria que se cristaliza en el denominado contrato bancario, pues las generalidades y definiciones del mismo, sus características y elementos serán de

¹⁵ Ibidem. Pág.26

necesario análisis para llegar a entender la relación que el banco mantiene con el cliente, en razón del vínculo jurídico que se crea con el surgimiento de este contrato.

1.2.3 Clasificación de las operaciones bancarias

Las operaciones bancarias pueden ser clasificadas de muchas maneras; empero la más generalizada es que “las operaciones bancarias se dividen en: operaciones de crédito activas y operaciones de crédito pasivas”¹⁶:

- Operaciones activas de crédito bancario: Son aquellas en las que el banco concede crédito a sus clientes, y se realizan dentro de los tres siguientes grupos:
 - a) Préstamos;
 - b) Descuentos; y,
 - c) Apertura de créditos.

- Operaciones de Crédito pasivas: Son aquellas en las que el cliente concede crédito a la institución financiera, y pueden clasificarse en:
 - a) Depósitos a la vista
 - b) Depósitos a plazo
 - c) Depósitos con Previo Aviso
 - d) Títulos-Valores amortizables a Plazo Fijo
 - e) Títulos-Valores amortizables por Sorteo
 - f) Títulos retirables a su valor presente por rescate.¹⁷

¹⁶ SALGADO, Francisco, *Curso de Derecho Civil y Normas Societarias*, Ecuador, 2000, pág. 189

¹⁷ SALDAÑA ALVAREZ Jorge, *Manual del Funcionario Bancario*, XV Edición, Ed. Jorge Saldaña Álvarez, México, 1976, pág.27

entregaba en propiedad una suma de dinero y otra cantidad de cosas fungibles a otra persona llamada mutuario o prestatario que se obligaba a devolver una cantidad igual de cosas del mismo género y calidad dentro de cierto plazo"¹⁹.

En Roma, la práctica del mutuo se llevó a cabo desde los orígenes de la civilización, el préstamo se realizaba mediante la simple entrega de las especies. El prestatario recibía la cantidad prestada y en ese momento se obligaba a devolver al prestamista otras especies de igual naturaleza, calidad y cantidad.

En un principio el mutuo era un contrato puramente unilateral, pues transmitía la propiedad de las cosas del mutuante al mutuario; más tarde, se admitió la acción de restitución de lo prestado, con lo cual, el mutuo fue adquiriendo una fisonomía propia, de estricto derecho y gran importancia práctica.

Posteriormente, surge el préstamo de dinero con interés que se manifestó en la Ley de las XII Tablas. Con el paso del tiempo y la decadencia de la civilización romana la concepción jurídica de mutuo fue perdiendo influencia, a tal punto que esta figura de relación se desvanecía; sin embargo con la aparición del renacimiento y la ampliación de fronteras surge con fuerza este contrato descrito en el derecho romano.

El surgimiento de las industrias y las nacientes relaciones comerciales, obligó a establecer una nueva dimensión de esta figura, pues ya no era suficiente para regular las necesidades de las nuevas sociedades comerciales e industriales; siendo indispensable el uso de contratos más flexibles y adaptados al estilo de vida que se desarrollaba en ese momento. Los contratos se

¹⁹ CARAMES FERRO, JM. "*Curso del Derecho Romano*", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires- Argentina, Pág. 250 y 251.

volvieron más pragmáticos y sistémicos, de esta forma, el concepto de la sistematización como base legal para la regulación de contratos se extendió por toda Europa; incluso la iglesia mediante el derecho canónico, apoyó los vínculos generados de estos contratos, argumentando que una simple promesa, aún sin las formalidades, es de obligatoria responsabilidad para las partes.

En la actualidad y a través de un proceso evolutivo, los contratos mercantiles y bancarios se han establecido como una institución jurídica, normando y mejorando las relaciones bancarias y mercantiles entre los comerciantes; y a su vez, precautelando los intereses de cada parte contratante.

La definición sobre el contrato de mutuo que consta en el artículo 2099 del Código Civil (Suplemento del R.O. 46, 24-VI-2005) dice: "Es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargos de restituir otras tantas del mismo género y calidad".

Por su parte, el Código de Comercio (Suplemento R.O. 1202 20-VIII-1960) establece lo siguiente: "el préstamo se tiene por mercantil cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, aunque las partes no sean comerciantes".²⁰

²⁰ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, "Código de Comercio" (Suplemento R.O. 1202 20-VIII-1960), Quito-Ecuador, Art.553.

También se manifiesta que mutuo: "Es el contrato en virtud del cual una persona, el prestamista, entrega a otra el prestatario, para que sirva de ella, una cosa fungible y consumible, con el cargo de restituírle otra similar".²¹

Gayo definió también al mutuo, citado por Carames Ferro, de la siguiente manera:

El mutuo es llamado así porque lo que te es dado por mí de mío que era se vuelve tuyo (exmeo tuum), y el mismo Paulo trataba de explicar la esencia del mutuo, más se llama dación de mutuo por esto, porque de mío, algo se hace tuyo, y por lo tanto si no se hiciera tuyo, no nace la obligación.²²

El contrato de mutuo facilita la utilización de bienes que no pueden usarse sin consumirse, y la restitución es posible solamente por equivalencia, es decir, con otras cosas del mismo género. Es por esta razón que al mutuo se lo conoce también en el argot cotidiano-financiero como préstamo de consumo.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua mutuo es el "contrato real celebrado entre dos partes, en el que una de las partes entrega dinero a otra parte, de suerte que le haga suya quien la recibe, obligándose a restituir la misma cantidad de igual género, el día señalado."²³

Podemos llegar a la conclusión de que el mutuo es un contrato de crédito, que implica la entrega de cierta suma de dinero para que el deudor la restituya en igual cantidad. Al hablar de operaciones bancarias, préstamos, créditos en cuenta y créditos de consumo o inversión, créditos simples o con garantía, etc, que son modalidades individuales desde el punto de vista

²¹ GUILLEN, Raymond, *Diccionario Jurídico*, Colombia, 1995, pág. 262.

²² CARAMES FERRO, JM. "*Curso del Derecho Romano*", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires- Argentina, Pág. 250 y 251.

²³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española", Editorial Salvat, Vigésima Segunda Edición, Madrid-España 2004, pág. 1057

técnico, nos referimos a la misma conceptualización jurídica, pues todas ellas se cristalizan a través de un contrato de mutuo.

1.3.1.1 Elementos del Contrato de Mutuo

Es necesario puntualizar las partes que intervienen en el contrato de mutuo, así como los elementos que deben constituirse en el contrato para que este sea considerado lícito y sobre todo establezca el vínculo entre los contratantes, por lo que se tiene:

Las partes que interviene en este contrato son:

- Mutuante: aquel que entrega la cosa.
- Mutuario: aquel que percibe la cosa.

Entre los elementos que conforman el contrato de mutuo, se encuentran fundamentalmente dos, estos son:

- **Facultad plena de los contratantes.**- En este sentido, se debe interpretar la facultad como el poder que el mutuante/prestador tiene sobre la cosa prestada; es decir, el mutuante mantiene el dominio pleno de la cosa prestada y por tanto ejercer todos los derechos de dominio sobre ella para actuar a su libre disposición; por otro lado, el mutuario debe tener la capacidad de devolver o restituir la cosa prestada, en su mismo género, calidad y cantidad, incluso comprometiendo su patrimonio para el cumplimiento de la obligación resolutoria; por esta razón, la capacidad debe existir en

la plena extensión de la palabra y no puede haber ningún tipo de limitación en cuanto a la disposición que se tenga sobre la cosa.

- **Consentimiento.**- La palabra consentimiento significa tener un mismo sentimiento con otro, nos da la idea de que dos personas desean la misma cosa por lo que intentan llegar a un acuerdo en común para alcanzar ese fin. El consentimiento, en la esfera del Derecho, es definido como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. "El acuerdo contractual tiene como base la voluntad de los contratantes, que solo puede decirse correctamente cuando actúan de una manera consciente, racional y libre".²⁴

El consentimiento se entiende como un requisito de validez de los contratos y se relacionan o miran a la vida sana de los mismos. Los requisitos de validez son:

- **Capacidad:** la capacidad es la aptitud legal de una persona para adquirir derechos y poderlos ejercitar por sí mismo. Los contratantes deben tener la capacidad civil para poder celebrar contratos.
- **Vicios del consentimiento:** las partes intervinientes no deben tener presión o algún tipo de acción que vicie el consentimiento y la voluntad de someterse a las cláusulas que estipulen en el contrato; por tanto cualquier acto, declaración y consentimiento estará libre de todo vicio.
- **Objeto lícito:** es el conjunto de derechos y obligaciones que un contrato tiene, un objeto sobre el cual recae, y este objeto puede ser una cosa material, un hecho, o una abstención. El contrato debe contener como cosa prestada un objeto lícito, que sea legalmente reconocido y sometido a todas las normas jurídicas existentes.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Derecho de Obligaciones", Teoría General del Contrato, 2da. Edición, Editorial José María Bosh Editor S.A. Barcelona-España, página 60.

- **Causa lícita:** toda obligación debe tener una causa real y lícita, entendiéndose por causa la intención que tienen las partes para celebrar el contrato. La motivación y el propósito que se le dé a la cosa prestada estará libre de motivaciones que atenten contra los principios jurídicos.

Determinadas las generalidades del contrato de mutuo, se debe establecer las características de este tipo de contratos que abrirán un marco general en el cual se constituye la operación bancaria del préstamo; para fortalecer los conceptos que existen en la relación entre el mutuante y el mutuario, refiriéndonos con estas calidades al banco y al cliente respectivamente.

1.3.1.2 Características del contrato de mutuo

“El contrato de mutuo tiene las siguientes características que son: real, unilateral, gratuito, título traslativo de dominio, oneroso, principal, normado y celebrado”²⁵. Las mismas que analizaremos a continuación:

Real.- Se perfecciona mediante la tradición, según consta del artículo 2100 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24- VI-2005). La tradición se entiende desde dos aspectos:

- La entrega, que es el hecho material propiamente dicho; y,
- La tradición en sí, como forma de adquirir el dominio de la cosa prestada.

²⁵ SALGADO, Francisco, *Curso de Derecho Civil y Normas Societarias*, Ecuador, 2000, pág. 306

Unilateral.- Esta características surge a partir de haber entregado la cosa prestada y es obligación del receptor de devolver en las condiciones, plazos y circunstancias en las que se ha celebrado el contrato; además, deberá cumplir el pago de los intereses, si estos hubieren sido pactados, dentro del término y condiciones estipuladas

Gratuito.- Esta condición no es una cuestión que forma parte de la esencia de un contrato jurídico, pues el mutuo puede darse sin ningún costo adicional a la reposición de la cosa prestada en las mismas condiciones, género y calidad. Sin embargo se puede estipular la imposición del pago de intereses, obligación que deberá efectuarla el mutuario a criterio de los intervinientes.

Título traslativo de dominio.- El mutuo se perfecciona con la tradición, que permite el traslado del dominio de la cosa prestada. El mutuante se desprende de la posesión y el mutuario pasa a ser dueño de la cosa prestada. Por lo tanto, es necesario que el mutuante tenga capacidad legal de trasladar el dominio para que el perfeccionamiento del contrato.

Oneroso.- Así como puede ser gratuito, este contrato puede ser pactado con intereses, los cuales serán cancelados por parte del mutuario dentro de los plazos y condiciones establecidos en el contrato. En este caso, el mutuo será comercial.

Principal.- El contrato de mutuo subsiste por si solo, sin la necesidad de otra forma de contrato para su perfeccionamiento; es decir, el mutuo por si mismo genera responsabilidades indistintamente de las garantías que a este pueda servirle, como la hipoteca, prenda, etc.

Normado.- El mutuo está tipificado, normado y sustanciado en el Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24- VI-2005) y en el Código de Comercio (Suplemento R.O. 1202 20-VIII-1960).

Celebración.- Éste puede ser celebrado de forma tanto escrita como verbal.

Una vez determinada la naturaleza jurídica y las características del contrato de mutuo, es preciso estudiar el carácter civil y mercantil que tiene este contrato.

1.3.2 El Mutuo Civil y Mercantil

1.3.2.1 Carácter Civil del Contrato de Mutuo

El contrato de mutuo, puro y llano, es un contrato de naturaleza civil; sin embargo, este tipo de contrato es una figura que admite complejidades, ya que puede obedecer a una finalidad financiera de préstamo de dinero (mutuo bancario), o de una cantidad de cosas fungibles o consumibles destinados para el comercio (mutuo mercantil).

El Art. 2099 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24- VI-2005) define al mutuo o préstamo de consumo como el contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. El mutuo, en los términos expuestos, es decir puro y llano, es por ser un contrato de naturaleza civil, sin perjuicio de la facultad que tiene el mutuante de requerir réditos o intereses sobre la cuantía del mutuo.²⁶

²⁶ GUZMÁN LARA, Aníbal, *Diccionario explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano*, Ecuador, 1992, pág. 342.

El Código Civil no señala sobre quienes deben celebrar o en su defecto quienes están autorizados para convenir un contrato de mutuo, por lo tanto esta forma de contrato puede ser realizada por cualquier persona que como condición obligatoria debe tener capacidad de acción que no se encuentre prohibida por la ley. Además, es notorio que la cosa prestada no necesariamente es dinero y por tanto no siempre presume el cobro de intereses a causa del préstamo hecho; por tanto el mutuo se lo considera gratuito y solo una disposición expresa le da la característica de oneroso. Esta característica permite diferenciar mejor al mutuo civil del mutuo mercantil y/o bancario.

Es evidente que el mutuo civil considera la posibilidad del pacto de intereses y de la obligación de pagar los mismos. Según el artículo 2109 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24- VI-2005), los intereses no podrán exceder el máximo establecido por la ley, con el fin de que el mutuante no viole los derechos del mutuario; así se tiene que el mutuo civil siempre se presumirá como gratuito salvo que exista estipulación en contrario. La obligación de pagar intereses en el mutuo civil es eventual y no se concibe relacionado por el vínculo conmutativo de otra prestación del mismo negocio.

En resumen, podemos establecer que el contrato de mutuo civil es un contrato real, principal, unilateral, traslativo de dominio y a título gratuito (por regla general, a menos que se pacten intereses), por el cual una persona queda obligada para con otra en devolver en el plazo y demás condiciones convenidas, la cosa fungible que le fuera entregada. Es así, que podremos hablar de mutuo civil cuando:

- 1.- El contrato a celebrarse es en base a los fondos provenientes de una persona que no ostenta la calidad de comerciante.
- 2.- Si los recursos no tienen un destino comercial en sí mismo, no generan lucro por lo que el contrato establece su gratuidad.

Mientras que el mutuo mercantil o bancario se supone oneroso, para determinar verdaderamente la característica de uno y otro, es necesario establecer la naturaleza de las partes contratantes, el origen de los fondos y el destino que se le dé a los recursos.

1.3.2.2 Carácter Mercantil del Contrato de Mutuo

La naturaleza mercantil del contrato de mutuo está determinada por dos condicionamientos esenciales que la diferencian del mutuo civil; estos condicionamientos son el destino del recurso y el pago de los intereses emergidos por concepto del préstamo; es así que para que exista un contrato de mutuo mercantil deberá tener siempre la característica de oneroso y el destino de los recursos o la utilización de la cosa prestada tendrá un fin comercial según lo establece el artículo 553 del Código de Comercio (Suplemento R.O. 1202 20-VIII.1960).

El criterio finalista expuesto confirma en derecho el carácter accesorio o de excepción de mutuo mercantil, que como quedo señalado, no es en sí mismo acto de comercio, sino que recibe la calificación de mercantil, a través del acto principal a que las cosas están destinadas. En definitiva, si las cosas se destinan a la venta, el mutuo será mercantil.²⁷

En el enunciado anterior puede entenderse que el carácter mercantil del mutuo es dado por la procedencia o destino de los recursos objetos del contrato; es decir, que necesariamente deben tener relación con actos comerciales, así también, el Código de Comercio (Suplemento R.O. 1202 20-VIII-1960) en su artículo 3, establece claramente cuáles son los actos que son

²⁷ RAMÍREZ, Carlos, *Curso de Legislación Mercantil, Ecuador, 2004*, pág. 343

considerados de comercio, ya sean ejecutados por parte de todos los contratantes o de uno de ellos.

En base a lo señalado anteriormente, se evidencia de manera absoluta que los préstamos que hace el banco a un usuario tienen ineludiblemente carácter mercantil, debido a que la entrega de dinero que una persona hace a una entidad bancaria, es ineludiblemente mercantil ya que el banco, que recibe el dinero para luego prestarlo, genera una utilidad para él mismo; conforme lo establece la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero²⁸. Así también cuando el banco entrega un crédito a una persona, a pesar que ésta no lo utilice para actos de comercio, la proveniencia de los fondos surgieron de un acto comercial; además, la institución financiera es naturalmente mercantil, por lo tanto lo son también los contratos celebrados con esta entidad.

“El carácter mercantil del mutuo deberá ser cualificado adecuadamente en función de lo dispuesto en el Art. 553 del Código de Comercio. De no actuar así se estará distorsionado el proceso analítico jurídico de la institución”²⁹.

Finalmente, los contratos de mutuo catalogados como intermediación financiera deberán tener la naturaleza mercantil y estar sujetos a los actos de carácter habitual en el giro ordinario de sus negocios, dicho de otra forma, se someterán a las condiciones expresas de los acuerdos.

²⁸ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero “Art. 2.- Para los propósitos de esta ley, son instituciones financieras privadas 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. Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión.

Las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda son instituciones cuya actividad principal es la captación de recursos del público para destinarlos al financiamiento de la vivienda, la construcción y al bienestar familiar de sus asociados, que debe evidenciarse en la composición de sus activos...”.

²⁹ MORALES Álvarez Jorge, *Teoría General de las Obligaciones*, Ecuador, 2000, pág. 186.

Según el artículo 124 de La Ley de Instituciones del Sistema Financiero, ninguna persona natural o jurídica que no esté autorizada podrá efectuar operaciones de intermediación financiera; así también, en el artículo 54 de la misma Ley, establece las operaciones que las instituciones financieras pueden efectuar, siendo una de las facultades el recibir recursos del público y el de conceder préstamos, es decir, efectuar intermediación financiera; que como se ha dicho anteriormente, es el segmento esencial del negocio bancario. Esta potestad debe entenderse como una transacción de mutuo, que en el argot bancario se consideran a las inversiones y a los créditos, para cuyo perfeccionamiento se tomarán en consideración los condicionamientos del mutuo civil y mercantil.

En esta misma línea, podemos resumir que el mutuo será mercantil cuando:

- a) Los fondos objeto del contrato sean de naturaleza mercantil,
- b) Genere substancialmente intereses, por ello la característica de oneroso, debido a que el mutuo civil contempla excepcionalmente los mismos; y,
- c) El destino de la cosa se manifieste en los diferentes tipos de actos comerciales, de carácter habitual en el giro ordinario de un negocio, aún cuando los contratantes no ostenten la calidad de comerciantes.

Finalmente se puede concluir que el contrato bancario nace del carácter mercantil del contrato de mutuo, por lo que todas las características propias del mismo, estarán inmersas también en el contrato de mutuo bancario; así tenemos que:

- a) El contrato de mutuo sea eminentemente mercantil; y,
- b) Una de las partes ejercerá las actividades de intermediación financiera.

En base a la naturaleza mercantil del contrato de mutuo, se puede determinar las obligaciones que el banco tiene para con el cliente y viceversa; y a partir de ello, poder determinar la falta o vulneración de las mismas dentro del contrato de mutuo bancario y el posible detrimento que la falta de cumplimiento pueda ocasionar en cuanto a los derechos que como consumidor el cliente posee.

1.3.3 Obligaciones de los intervinientes en el Contrato de Mutuo

Un contrato es una declaración de voluntad manifiesta, y toda declaración de voluntades debe tener por objeto una o más cosas que se trata de hacer, dar, o no hacer. Es decir, el contrato es una fuente creadora de derechos y obligaciones. Estas deberán cumplir con ciertos requisitos y formalidades.

Una vez establecido el sentido del contrato de mutuo y la relación bancaria que se genera producto del mismo, se puede determinar las obligaciones que ambos sujetos intervinientes, el banco y el usuario, deben cumplir paralelamente. A continuación, una breve descripción de aquellas.

1.3.3.1 Obligaciones del Mutuante o Banco

Las obligaciones están determinadas y establecidas en la ley y son inherentes a la celebración de contratos. Sin embargo existe una esencial obligación del mutuante y es la de entregar la

cosa prometida; ella se cumple simultáneamente con la celebración del acto en el contrato real de mutuo.³⁰

Adicionalmente, se debe resaltar dos obligaciones en particular por ser directamente concernientes al objeto de estudio de la presente investigación:

- **Facilitar los documentos necesarios:** Antes de la celebración del contrato de mutuo bancario, el cliente debe conocer todas las cláusulas y condiciones que constan en la relación que la institución financiera mantendrá con el cliente; por lo que es responsabilidad del banco facilitar todos los documentos o información que sea requerida por el usuario, de esta manera podrá entender a cabalidad las estipulaciones del contrato a las cuales se está sometiendo, con lo que la celebración del contrato se producirá en base a su consentimiento informado.
- **Intereses:** Al tratarse de un contrato de mutuo bancario, se entiende implícito la característica onerosa del mismo; para lo cual es responsabilidad de la institución financiera informar sobre el porcentaje, plazo y condiciones que los intereses tendrán dentro del contrato que el usuario celebra con el banco. Adicional, de señalar los efectos y consecuencias que la mora en el pago surtirá.

1.3.3.2 Obligaciones del Mutuario o cliente

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, en su artículo 5, establece las obligaciones que tiene el consumidor, debemos citar las siguientes:

³⁰ BARBA, Guillermo A. "Manual de Contratos", Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1998, pág.717.

Son obligaciones de los consumidores:

1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios;
2. Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido;
3. Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios ilícitos; y,
4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.

Para efectos de determinar el objeto de nuestra investigación, las obligaciones que surgen de la celebración del contrato de mutuo son consecuencia del compromiso legal que adquiere el cliente para con el banco en el momento que suscribe el contrato. Por cuestiones de objetividad se detallan las inherentes al tema que nos interesa tratar, las mismas que están establecidas en la ley.

La obligación principal del mutuario es la restituir la cosa recibida, y en caso de haberse pactado, estará en el deber de pagar intereses.

Ya hemos hablado de que el mutuo mercantil es oneroso por naturaleza, por lo tanto la simple celebración del contrato origina al deudor la obligación de pagar una remuneración.

La obligación de restitución de la cosa dada implica que el mutuario debe devolver igual cantidad de cosas del mismo género y calidad que las recibidas, sin importar cual fuere el precio al momento de la devolución, esto en el caso de cosas fungibles que no sean dinero. Sin embargo, respecto del contrato de mutuo bancario, lo que se restituye es el dinero más los intereses generados. Así tenemos, que entre las obligaciones del mutuario constan las siguientes:

- **Pago de Intereses:** Es obligación del cliente el pago de los intereses emanados del contrato, aún cuando estos no consten expresamente estipulados. No existe gratuidad del contrato salvo que exista una cláusula expresa que lo señale. El artículo 2108 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), menciona respecto de la estipulación de intereses: “Se pueden estipular intereses en dinero o cosas fungibles”. Así mismo en el artículo siguiente del mismo cuerpo legal, el artículo 2109 establece que: “el interés convencional, civil o mercantil, no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley; y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales aún sin solicitud del deudor.”

Por su parte, el Código de Comercio (Suplemento R.O. 1202 20-VIII-1960), también regula la obligación de pagar los intereses; su artículo 557 establece lo siguiente: “el préstamo mercantil devenga intereses, salvo convención en contrario. Deben hacerse por escrito la estipulación de intereses distintos del legal, y la que exonere de intereses al deudor.”

- **Devolución:** Es obligación que sea restituido al banco, la cosa prestada, en las mismas condiciones, características, cantidades y calidad en la que esta fue entregada al cliente. En lo referente al mutuo bancario, la cantidad de dinero prestada en el lugar y plazo convenido. Así lo establece el artículo 556 del Código de Comercio (Suplemento R.O. 1202 20-VIII-1960), que menciona lo siguiente: “en los préstamos hechos en dinero por una cantidad determinada genéricamente, cumple el deudor con devolver cantidad igual numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda cuando se haga la devolución...”. En concordancia a lo establecido en el Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), artículo 2102: “si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato...”.

- **Gastos:** Todos los gastos que emanen del contrato de mutuo estarán a cargo del cliente, en estos gastos se pueden ser considerados los rubros con respecto a las cobranzas, notificaciones, comisiones, etc.

Cabe concluir que el crédito hipotecario es parte de las operaciones bancarias que se enmarca en un contrato entre el cliente y la institución financiera y se lo otorga a través de una garantía para respaldar la obligación que el usuario adquiere con el banco, siendo menester estudiar este contrato denominado de mutuo bancario, para establecer la relación jurídica que se crea en esta negociación.

1.4 EL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO.

La actividad de la banca abarca innumerables servicios y operaciones que en la actualidad se encuentran regulados en normas jurídicas establecidas que rigen desde su constitución hasta las sanciones que deberán aplicarse en caso de incumplimiento.

Sin temor a equivocarnos, podemos decir que el Derecho Privado Bancario es aquel que regula el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca y sus clientes.

Es así, como el Derecho Bancario se halla integrado por un conjunto de normas relativas a todo el ámbito bancario, cuyo fin es el proceso de todo tipo de operaciones. Las mismas que se materializan y viabilizan a través de los denominados "contratos de mutuo bancarios".

El contrato bancario es un acuerdo de voluntades que instrumenta operaciones típicas del mercado bancario y el acceso de los intermediarios a dicho mercado está restringido a las entidades que acrediten el cumplimiento de una serie de requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades bancarias tipificadas.³¹

Fernando Sánchez Calero, define el contrato bancario como: "Aquel acuerdo de voluntades que pretende crear una relación jurídica entre la entidad de crédito y su cliente, captándole fondos con ánimo de utilizarlos por cuenta propia concediendo créditos a terceros."³²

Por su parte, Víctor Cevallos afirma que: "el contrato bancario es el acuerdo de voluntades tendiente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiendo por tal la que se enmarca dentro de la actividad de intermediación crediticia indirecta."³³

Partiendo de estas definiciones, podemos establecer que: el contrato de mutuo bancario es la relación jurídica bancaria, condicionada por un marco regulatorio público del mercado bancario, en la que necesariamente una de las partes intervinientes en el mismo debe ser una entidad de crédito, que, según la Ley del Sistema Financiero Ecuatoriano, son los Bancos, las Sociedades Financieras; Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda; y, Cooperativas de Ahorro y Crédito, y toda entidad cuya actividad principal sea la intermediación financiera.³⁴

La función principal de los bancos consiste en obtener y conceder crédito; por lo que es necesaria la utilización de instrumentos jurídicos-técnicos denominados operaciones

³¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mercantil II*, España, 2002, pág., 225

³² SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, España, 2004, pág. 321

³³ CEVALLOS, Víctor, *Manual de Derecho Mercantil y Bancario*, Quito, 2004, pág., 79

³⁴ Es importante aclarar que las entidades financieras privadas a las que hemos hecho y haremos referencia a lo largo del presente estudio que interviene como prestadores de servicios financieros, son *los bancos*; debido a que el artículo 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF), en su codificación de fecha 10 de enero del año 2001, define a estas entidades de esa manera.

bancarias, que, como ya lo hemos establecido en líneas precedentes, se constituyen en operaciones complejas y que por lo general contienen varias formas de contratos implícitas en una misma operación bancaria. En consecuencia, se puede decir que el “contrato bancario crea, regula, modifica o extingue, cualquier relación bancaria establecida entre la entidad financiera y el usuario del servicio, como por ejemplo el depósito, préstamo, etc.”³⁵

Simplificando los conceptos, se entiende que la institución financiera tiene como finalidad el recibir dinero de los usuarios quienes tienen capacidad de ahorro que generalmente usan la forma más simple de relación que consiste en el contrato de depósito bancario; y a su vez, la entidad financiera maneja estos rubros otorgados para su custodia, poniéndolos a disposición de sus clientes que necesitan fondos, hecho que genera el contrato de préstamo bancario. La ganancia del banco consiste en la diferencia entre la tasa de interés pasiva, que es el porcentaje que paga al depositante por su dinero, y la tasa de interés activa, que es el porcentaje que cobra el banco por prestar dinero. A esto se entiende por intermediación financiera.

Es así, como la intermediación financiera consiste básicamente en trasladar los recursos adquiridos por la Banca de sus clientes, a otros clientes que requieren de capital, para que el mismo sea utilizado con un fin específico, pudiendo ser la construcción, consumo, agricultura, etc. Entonces, queda justificada la necesidad de la intermediación financiera, en la que los productores no requieren salir al mercado a hacer oferta pública de productos, ya que utilizan a la entidad bancaria para sus objetivos.

El banco o cualquier entidad financiera, tiene como principal objetivo mediar entre la oferta y demanda de crédito en el mercado; pero también pone al servicio del usuario otro tipo de servicios como el giro, transferencias, seguros, etc., por lo que la actividad bancaria posee un marco más amplio y general, se debe considerar dos elementos que son: un elemento

³⁵ RAMÍREZ, Carlos, *Curso de Legislación Mercantil*, Ecuador, 2004, pág. 34

sustancial o intrínseco representado por la necesidad de que debe haber intermediación en la circulación del dinero; y otro elemento extrínseco o formal, representado por la necesaria intervención de un banco. Sintetizando estos dos elementos se llega al concepto de operación bancaria.

Esencialmente el contrato bancario, como se había manifestado en líneas precedentes, “se constituye en el esquema jurídico de la operación bancaria”³⁶; es decir, el contrato y la operación bancaria son paralelos, por lo que en la práctica es muy posible su confusión debido al vínculo entre estos conceptos. Analizar los contratos bancarios es determinar las operaciones celebradas por las instituciones financieras y los elementos jurídicos que se presentan en su suscripción. Empero, son pocas las personas que conocen que al momento de efectuar una operación bancaria, se ha concretado previamente un acto jurídico formal llamado contrato bancario, resultando muy común la utilización indistinta de la palabra contrato u operación para referirse a todos los actos bancarios sean jurídicos o administrativos por igual. El contrato bancario trata exclusivamente a los elementos jurídicos de la relación banco-usuario; mientras que las operaciones bancarias consisten en todas las actividades económico-financieras propias del giro del negocio.

La institución financiera es quien crea e impone condiciones al usuario que no están sujetas a modificaciones, por tanto el contenido del contrato es conocido al momento de la celebración y el cliente no puede manifestar ningún cambio en el mismo; es así, como el contrato bancario toma la característica de ser un contrato de adhesión en donde “el cliente no puede discutir las cláusulas establecidas y solo tiene la libertad de aceptar o rechazar el contenido global de la propuesta”³⁷.

Podemos concluir sobre el contrato bancario en los siguientes puntos:

³⁶ FONROUGE Giuliani, *Derecho Financiero, Mercantil y Bancario*, Argentina, 1970, pág. 371

³⁷ GUILLEN, Raymond, *Diccionario Jurídico*, Colombia, 1995, pág., 104

- No puede denominarse contrato bancario a los que no cuenten con la participación de una institución financiera;
- Los contratos bancarios y las operaciones bancarias son actos habitualmente practicados por todas las instituciones financieras;
- El contrato bancario es parte esencial en la actividad de intermediación en el crédito;
- Son contratos que versan fundamentalmente sobre dinero, crédito y títulos valores;
- Son contratos de confianza, ya que el cliente revela al banco secretos de su empresa o de su familia;
- En cuanto a la estipulación de los contratos bancarios, son raros los casos en que son el resultado de una negociación aislada; en general, son contratos de adhesión que recurren a condiciones generales. En razón de que las entidades financieras celebran sus negocios en forma masiva, dichos contratos se ejecutan mediante cláusulas o módulos preestablecidos y en serie. De esta manera el banco le impone a su cliente, sus esquemas contractuales estandarizados y condiciones generales;
- Establecido en el anterior literal, tenemos que el bancario es un contrato de adhesión, por lo que es facultad del cliente adherirse unilateralmente a las condiciones que expresa su contratante, el cual puede aceptarlas o rechazarlas, pero nunca modificarlas, por lo que el contrato se sustenta en el consentimiento, dicho de otra forma, una voluntad se impone y otra se somete, se da un asentimiento o adhesión al esquema de negociación preestablecido por la entidad bancaria;
- Los bancos están obligados a redactar sus cláusulas de manera clara, indicando de forma que todo sea comprensible para los clientes;
- El contrato bancario no debería conformarse bajo ningún concepto de cláusulas abusivas, ni condiciones excesivas o injustificadas que configuren abuso de derecho al consumidor;
- Los contratos bancarios se basan en el principio de la buena fe;
- El contrato bancario es de rápido perfeccionamiento y fácil constatación de su ejecución; y,
- El contrato bancario es confidencial y esta característica está impuesta a las entidades financieras, y que constituye prácticamente una obligación profesional, por lo que la

entidad no puede revelar informaciones sobre las fuentes, destino y cuantía de las operaciones realizadas con sus clientes, y de los estados financieros de éstos, a menos de una disposición judicial expresa o manifestación del cliente.

1.5 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO

El contrato de mutuo bancario puede ser clasificado por su instrumentación, por su plazo y por sus garantías:

1.5.1 Por su instrumentación

Por su instrumentación el contrato bancario se lo puede clasificar de la siguiente manera:

1.5.1.1 Préstamo Comercial

Este tipo de préstamo, es el más común dentro de la vida práctica y es el más utilizado dentro de la actividad financiera. Es un contrato real que se plasma a través de la entrega de fondos al cliente, el mismo que se compromete a devolver la suma de dinero recibida y a pagar el interés convenido dentro del plazo establecido en el contrato.

Se los ha clasificado a su vez, en: créditos de consumo, créditos para la vivienda y microcréditos.

1.5.1.1.1 Crédito de consumo

Actualmente, este tipo de créditos son los más frecuentes debido al nivel económico que enfrenta nuestra sociedad; las personas requieren de capital inmediato para instalar negocios, implementar mercadería, o subvenir cualquier necesidad económica para contribuir a un mejor estilo de vida.

Este tipo de créditos están definidos, según la Resolución de la Superintendencia de Bancos 772 R.O. 493, de 30 de diciembre del 2004, de la siguiente manera: “ Son créditos de consumo los otorgados por las instituciones controladoras a personas naturales que tengan por destino la adquisición de bienes de consumo o pago de servicios, que generalmente amortizan en función de un sistema de cuotas periódicas y cuya fuente de pago es el ingreso neto mensual promedio del deudor, entendiéndose por éste, el promedio de los ingresos brutos mensuales del núcleo familiar menos los gastos familiares estimados mensuales”.

1.5.1.1.2 Crédito para la Vivienda

Son todos aquellos créditos conferidos a personas naturales y que tienen como fin la adquisición, construcción, reparación, ampliación, remodelación de la vivienda propia. Son créditos para la vivienda siempre y cuando estén respaldados bajo la figura de garantía hipotecaria y hayan sido conferidos al usuario final del inmueble.

1.5.1.1.3 Microcréditos

Microcrédito es toda operación de crédito destinado a financiar actividades de producción, comercialización o servicios a pequeña escala. Son otorgados a un prestatario, sea persona natural o jurídica, o a un grupo de prestatarios con garantía solidaria.

Los ingresos generados por dichas actividades son constantemente verificados por la institución financiera prestamista.

1.5.1.2 Crédito en cuenta

El crédito en cuenta se concede sin que para ello se deba instrumentar un documento específico para perfeccionarlo. Basta que el cliente posea una cuenta corriente bancaria, y de esta manera, el Banco otorga el crédito para ser manejado mediante el giro de cheques a cargo de la institución financiera.

Este tipo de crédito implica un alto riesgo para el banco, en calidad de acreedor, producto del mal uso del dinero por parte del cliente.

1.5.1.3 Sobregiro

Este producto bancario está relacionado con una o más cuentas corrientes de propiedad del cliente y constituye una línea de crédito resolvente, que permite disponer de fondos inmediatos, los cuales son desembolsados por el banco de manera automática para cubrir cheques, pagos u otros débitos a cargo del cliente (excepto pago de dividendos, pago de tarjetas de crédito o créditos vigentes o vencidos).

El principal objetivo del sobregiro contratado es rentabilizar la relación banco-cliente a través de un producto crediticio adecuado, con el fin de satisfacer la necesidad inmediata de fondos del cliente.

1.5.1.4 Sobregiro Ocasional

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su artículo 52, faculta a los bancos a conceder sobregiros ocasionales. El contrato de sobregiro llamado ocasional tiene lugar cuando el titular de una cuenta corriente gira a favor de un tercero un cheque por un monto superior al saldo constante en su cuenta, y el banco procede a pagar al beneficiario del cheque la cantidad determinada.

Esta operación es a corto plazo, y el tiempo de pago depende de las políticas de cada institución financiera, pero en ningún caso se excede de los 30 días.

1.5.2 Por su plazo

Dependiendo del tipo de crédito bancario se establece los plazos para los mismos, estos permiten un control respecto de las operaciones que se ejecutan. El plazo siempre dependerá del objeto sobre el cual recaiga el crédito, si es para consumo, vivienda, capital de trabajo, etc.

El plazo en los préstamos bancarios juega un papel preponderante, y de acuerdo a éste, se los puede clasificar de la siguiente manera: Préstamos a corto, mediano y largo plazo.

1.5.2.1 Corto Plazo

Este tipo de contratos están destinados a satisfacer necesidades urgentes e inmediatas de los clientes, podemos mencionar a los créditos de consumo y a los sobregiros ocasionales, ambos son considerados créditos otorgados a plazo muy corto.

1.5.2.2 Mediano y Largo Plazo

Este tipo de créditos, por lo general se otorga a clientes de sectores que requieren de recursos financieros para realizar inversiones de larga duración, por ejemplo la compra de activos fijos.

Este tipo de crédito obliga al banco a realizar un análisis profundo sobre la capacidad de pago del deudor. Es por ello que la Institución Financiera debe respaldarse a través de garantías adecuadas en el caso de que se produzca una eventualidad durante el tiempo de vigencia del crédito.

1.5.3 Por sus Garantías

La obligación que adquiere el deudor es precisamente comprometer su responsabilidad para con el banco hasta el cumplimiento de la prestación. En algunos casos, las entidades financieras requieren que este compromiso sea respaldado con garantías.

Las garantías son accesorias, están vinculadas al contrato principal y tienden a asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

Como principio general, los deudores responden por las obligaciones contraídas con su patrimonio, pues la entidad requiere cubrirse del riesgo que implica el préstamo de dinero, por ello exige al deudor las garantías que constituyen una medida de protección para el pago de la deuda o para cubrir el riesgo de la misma.

1.5.3.1 Clases de Garantías

José Aguilar Gorondona, manifiesta: “las garantías personales no aumentan pues el poder de agresión del acreedor sobre los bienes del deudor, sino que aumentan el número de los deudores principales o subsidiarios de la obligación. En cambio, las garantías reales si aumentan ese poder de agresión del acreedor insatisfecho”.³⁸

Las entidades financieras requieren de sus clientes garantías para poder respaldar los créditos otorgados, es así, como la doctrina ha clasificado las garantías en dos grandes grupos:

1.5.3.1.1 Garantías Personales: La Fianza y el Aval

Las entidades financieras requieren de sus clientes garantías para poder respaldar los créditos otorgados. La primera garantía que requiere el Banco es la personal, fundamentada en la

³⁸ AGUILAR G. José Luis, “Contratos y Garantías”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-Venezuela, pág. 22 y 23.

seriedad y responsabilidad del deudor y del garante, en caso de que este exista, la honorabilidad de ambos y en especial, su solvencia económica.

En estricto sentido, la garantía personal se manifiesta cuando una persona se compromete solidariamente con el pago del crédito de otra; de tal forma que si el deudor original no cancela el pago de la deuda, ésta se hace extensiva a su garante. Este tipo de garantías se fundamentan en la confianza que despierta el garante a la entidad financiera.

El ejemplo más común de garantía personal es la fianza, a través de ésta una o varias personas responden ante el acreedor por el cumplimiento de una obligación adquirida por el deudor.

El Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), en su artículo 2238, establece lo siguiente: “fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”.

El mismo cuerpo legal, en su artículo 2239, contempla las clases de fianzas:

Fianza Contractual o Convencional.- es aquella celebrada entre el acreedor y fiador, se caracteriza por la libre voluntad de las partes.

Fianza Legal.- aquella impuesta por la Ley.

Fianza Judicial.- la exigida por los Jueces competentes.

A través de la fianza, es posible garantizar el cumplimiento de cualquier tipo de obligación, sea presente o futura. En todo caso, la fianza no podrá ser mayor que la obligación a la que accede. La fianza queda extinta con el cumplimiento de la obligación.

El aval: Constituye también una garantía personal, mediante el cual el avalista asegura el cumplimiento de la obligación asumida por el librador firmante, aceptante o endosante de un pagaré, letra de cambio u otro documento de crédito.

El aval se encuentra regulado en el Código de Comercio (Suplemento R.O. 1202 20-VIII-1960), cuyo artículo 438 reza lo siguiente: “el pago de una letra de cambio puede garantizarse por un aval. Esta garantía puede ser presentada por un tercero o por un signatario cualquiera de la letra”.

En este mismo sentido, se menciona: “el dador del aval quedará obligado en la misma forma que la persona de quien se constituya garante...”³⁹

1.5.3.1.2 Garantías Reales: La Prenda y la Hipoteca

Las garantías reales se caracterizan porque el cliente otorga al banco un respaldo a través de un bien para garantizar el cumplimiento de su obligación. Este tipo de garantías es la que más comúnmente se usan en las entidades financieras; en razón que “el acreedor puede embargar el bien y goza del privilegio de pagarse preferentemente con el producto generado por el bien

³⁹ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, “Código de Comercio”, Quito-Ecuador., Art.440..

afectado”⁴⁰; de este modo, se elimina la inseguridad que persiste en la garantía personal frente a la insolvencia de los garantes.

La Prenda

“Por contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”.⁴¹

El acreedor prendario es un simple tenedor del bien inmueble recibido en garantía y no puede usar ni disponer de él, salvo en los casos en que se tenga autorización de quien constituyó la garantía y para recuperar la tenencia de su bien, es necesario cancelar las obligaciones pendientes.

Existen dos tipos de Prenda: *la Prenda Civil y la Prenda Mercantil*. Esta última a su vez, es sub clasificada en tres tipos de prenda: la Prenda Comercial Ordinaria, la Prenda Especial de Comercio y la Prenda Agrícola o Industrial.

La Hipoteca

⁴⁰ SALGADO, Francisco, *Curso de Derecho Civil y Normas Societarias*, Ecuador, 2000, pág. 306

⁴¹ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, “Código Civil Ecuatoriano” (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), Quito-Ecuador, Art.2286.

Para garantizar el pago del capital que la institución financiera confiere al cliente, así como los intereses, se constituye a favor del mutuante, un tipo de garantía real que afecta a los bienes inmuebles que son de propiedad del deudor. De esta manera los bienes que el cliente deja en garantía, a causa de la deuda contraída, quedan a disposición del acreedor hasta la cancelación total de la obligación.

Esto es lo que se conoce como la garantía hipotecaria. La misma que es el centro de estudio del presente trabajo, razón por la cual, dedicaremos los siguientes apartados para su descripción y análisis.

Finalmente, el contrato de mutuo debe ser garantizado por el cliente a través de un contrato accesorio, el mismo que tendrá como fin el resguardo y cumplimiento de la obligación; para lo cual pueden darse diversas formas de garantías, sean reales o personales. Empero, enfocaremos el análisis en el contrato de mutuo hipotecario, debido a que es el más usado y del cual nos ocuparemos en el presente estudio. Razón por la cual, es fundamental tratar el tema de la garantía real de hipoteca, determinar sus generalidades, características, clases, etc., para tener los elementos de razonamiento necesarios para una visión jurídica más acertada.

1.6 LA GARANTÍA HIPOTECARIA Y EL CONTRATO DE MUTUO HIPOTECARIO

El mutuo hipotecario se establece como forma de garantía de un contrato de mutuo. Crea una obligación adicional para el mutuario, quien está respaldando con su patrimonio el compromiso de devolver la cosa prestada, en las condiciones, plazos e intereses que el contrato ha establecido previamente. Por tanto la figura legal que compromete el patrimonio del deudor para garantizar la cancelación total de la obligación, es la Hipoteca; ahondar sobre

el uso de esta garantía, es fundamental a la hora de instituir los parámetros a los que el mutuario es sometido dentro de la relación de mutuo que mantiene con el banco. En este punto el análisis de la hipoteca como institución del código civil se la realiza desde un óptica objetiva y estrictamente vinculada al contrato de mutuo bancario y la posible afectación que el uso de esta garantía genera en el cliente.

Dentro de las diversas modalidades de contratación que exhibe el mundo negocial en la actualidad, no deja de estar presente la exigencia de seguridades para la protección del derecho del acreedor. Más aún cuando se trata de contratos cuyo objeto es una operación de crédito.

Cuando un acreedor concede crédito, lo hace teniendo en consideración las posibilidades de cumplimiento de quien será su deudor, de acuerdo con el conjunto de bienes que constituyen su patrimonio.⁴²

Según el artículo 2309 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), dice: "La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor".

La hipoteca es el derecho real, convencionalmente constituido, sobre uno o varios inmuebles especial y expresamente determinados, para garantizar -previa publicidad para hacerla oponible a terceros- por medio del *ius perseguendi* (que permite caer sobre la o las cosas afectadas de mano de quien la tenga) y del *ius praeferendi* (derecho de cobrarse con privilegio sobre el precio obtenido en la ejecución forzada de la o las mismas), un crédito cierto y determinado en dinero, del cual resulta accesorio, permaneciendo el o los inmuebles en poder del propietario constituyente, que puede ser el deudor del crédito garantizado, o un tercero.⁴³

⁴² FERRER Patricia, "*Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal*", Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág.1

⁴³ GUZMÁN LARA, Aníbal, *Diccionario explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano*, Ecuador, 1992, pág. 275

El préstamo hipotecario se constituye en un derecho de prenda o garantía sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor, y en consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda están obligadas al pago de toda la misma y de cada parte de ella.

Es necesario una aclaración para entender de mejor forma la concepción del término hipoteca en la forma generalizada de su uso; pues con frecuencia el término "préstamo hipotecario", es usado para referirse a dos contratos distintos, siendo el primero la relación de mutuo bancario, comúnmente conocida como préstamo; y, en segundo lugar, al contrato de garantía hipotecaria, que a su vez es un contrato accesorio al de mutuo y cuya existencia está condicionada a la relación del primero.

Sintetizando se tiene que:

Préstamo hipotecario como expresión unitaria que se corresponde con una realidad múltiple y técnicamente que trata de un negocio mixto, resultado de la coincidencia del contenido de dos contratos típicos: contrato de préstamo y contrato de constitución de garantía hipotecaria, que asegure el cumplimiento de las obligaciones del prestatario.⁴⁴

Sin embargo, cabe resaltar que la hipoteca, "es un instituto conexo, que está regido, como veremos por la legislación, pero las consecuencias o efectos derivados del incumplimiento es atinente a la relación jurídica del mutuo".⁴⁵

⁴⁴ LOZANO Carmelo, *Curso de Derecho Mercantil*, España, 1990, pág., 195.

⁴⁵ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., *Hipoteca y Préstamo de Dinero*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 118

Entendemos así, que el contrato de mutuo es el usado de la forma más habitual para acceder a un crédito y particularmente el préstamo con garantía hipotecaria permite a los clientes acceder a la adquisición de viviendas o de sumas importantes de capital; pues el otorgamiento del dinero está garantizado con un bien inmueble del prestatario. Su otorgamiento se formaliza por escritura pública para posteriormente ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

Existen varios tipos de préstamos, entre ellos podemos citar los siguientes:

Préstamo hipotecario de Interés variable: Es un préstamo en el que el tipo de interés, en función de una referencia, puede cambiar mientras dure la operación.

Préstamo hipotecario de interés fijo: Préstamo en el que el tipo de interés no varía en la continuidad de la operación.

Préstamo hipotecario de interés mixto: Préstamo en el que el tipo de interés se mantiene fijo durante los primeros diez años, cumplido este tiempo, el interés se transforma en variable.

1.6.1 Características de la Hipoteca

Partiendo de la definición de hipoteca podemos examinar las características de esta institución:

- a) *Es un derecho real;*
- b) *Es un derecho accesorio;*
- c) *Es indivisible;*
- d) *Recae sobre inmuebles;*
- e) *Los bienes quedan en poder del constituyente;*
- f) *Es solemne;*
- g) *Es pública;*

- h) *Es especial;*
- i) *Deben existir las capacidades.*⁴⁶

Derecho Real: Por lo dispuesto en el artículo 595 del Código Civil” (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), es el derecho que tenemos sobre una cosa. La hipoteca al ser un derecho real, “importa un derecho inmediato sobre el inmueble en virtud del cual éste queda afectado al pago de la obligación, siendo procedente su ejecución aunque se encuentre en poder de un tercero”.⁴⁷

Accesorio: Es un derecho real accesorio de un derecho personal que debe consistir en un crédito, no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice. Según el artículo 31 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), la hipoteca constituye una especie de caución. “Ahora bien, como *situación accesoria*⁴⁸ al contrato de préstamo de dinero, se estructura o se puede estructurar una serie de *garantías por el incumplimiento*⁴⁹, es decir, por uno de los efectos del contrato de mutuo y acaecido aquél, en *aseguramiento*⁵⁰ del pago del crédito o la deuda o la restitución del dinero, con más sus intereses compensatorios (por el uso del capital) y los punitivos o sancionatorios que cuantifican el incumplimiento, se constituye sobre un

⁴⁶ RAMÍREZ, Carlos, *Curso de Legislación Mercantil*, Ecuador, 2004, pág. 307

⁴⁷ ZAPULLI, “*Libro della tutela dei diritti*” pág. 513; SALVAT-ARGAÑARAS, *Tratado “Derechos reales”*, t. IV, p. 24; CAMMAROTA, *Tratado*, p.40; MESSINEO, *Manual*, t. IV, P. 74. Cit. por FERRER Patricia, “*Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal*”, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág.1

⁴⁸ O’CONNOR, Joseph y MAC DERMOTT, Ian, *Introducción al pensamiento sistémico*, pág.36: “Todo sistema se fundamenta en la interacción de las partes que lo forman, en consecuencia, las relaciones entre las partes y su influencia mutua son más importantes que la cantidad de partes o el tamaño de las mismas. Estas relaciones, y por tanto los sistemas, pueden ser simples o complejas”. Ed. Urano, Barcelona 1998. Cit. WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “*Hipoteca y Préstamo de Dinero*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 118

⁴⁹ GHERSI, Carlos A. y colaboradores, *Obligaciones Civiles y Comerciales*, pág.233, Ed. Astrea, 1994. Cit WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “*Hipoteca y Préstamo de Dinero*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 118

⁵⁰ Consult. RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos de crédito bancario*, 4ª Edición, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo 1999. Cit. WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “*Hipoteca y Préstamo de Dinero*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 118

bien inmueble una hipoteca, es decir, se conexas a la deuda resultante del incumplimiento, un bien, como mercancía / valor”.⁵¹

Indivisible: La hipoteca es indivisible, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella; según reza el artículo 2310 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005); pues a pesar de pagar parte del crédito, la hipoteca afectará a la totalidad del inmueble hipotecado; de tal forma que las acciones podrán ejecutarse por el saldo que el deudor mantuviere.

Patricia Ferrer menciona: “la hipoteca subsiste hasta la completa satisfacción del crédito, aunque recaiga sobre varios inmuebles y uno solo de ellos sea suficiente. El acreedor no está obligado a cancelar parcialmente el gravamen hasta que se haya extinguido el total de la deuda”.⁵²

Por su parte, Carlos Ramírez establece que: “el crédito siempre reviste ese carácter por ser una obligación de dar sumas de dinero; entonces: Si ejercida la acción hipotecaria por el todo y ejecutado el inmueble, el precio obtenido no alcanzara a satisfacer la totalidad del crédito y quedara un saldo deudor, como ya la garantía se habría extinguido y dado que el crédito es divisible, a cada codeudor solo se le puede reclamar su parte”.⁵³

Complementando con estos conceptos, Cammarota y otros, señalan: “este carácter no es esencial, ya que se lo puede modificar convencionalmente”.⁵⁴

⁵¹ Consult. RABB, Maurice, *Teorías del valor y la distribución desde Adam Smith*, Ed. Siglo XXI, México 1973. WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “Hipoteca y Préstamo de Dinero”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 118

⁵² FERRER Patricia, “*Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal*”, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág.10

⁵³ RAMÍREZ Carlos, *Curso de Legislación Mercantil*, Ecuador, 2004, pág. 309

⁵⁴ CAMMAROTA, *Tratado*, p.60; FERNANDEZ, *Tratado*, t. I, p. 73; SALVAT-ARGAÑARAS, *Tratado “Derechos reales”*, t. IV, p. 44; LAFAILLE, *Tratado*, vol. III, p. 37. Cit. por FERRER Patricia, “*Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal*”, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág.11

Los bienes quedan en poder del constituyente: Según lo manifestado en el artículo 2309 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), la hipoteca es un derecho de prenda constituida sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

Pública y Solemne: Para constituirse legalmente y surtir los efectos que en ella se adquieren, ésta debe cumplir con las formalidades para su legal constitución. De acuerdo a lo establecido en el artículo 2311, la hipoteca debe constituirse por escritura pública. Se establecen los requisitos de la inscripción, los mismos que están determinados en el artículo 2334 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005). Sin la inscripción el contrato no tiene ninguna validez y es requisito fundamental para hacerla oponible a terceros. La fecha de validez del contrato se cuenta desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005) en su artículo 2312.

Especialidad: esta característica hace referencia a dos aspectos: especialidad en cuanto a los bienes afectados por el derecho de hipoteca, y la especialidad en cuanto al crédito que se está garantizando:

- a) EN CUANTO AL BIEN GRAVADO. “La hipoteca sólo puede constituirse sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas. El bien debe encontrarse perfectamente individualizado en el momento de constitución del gravamen”⁵⁵. De conformidad con el artículo 2320 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), la hipoteca solo podrá ser constituida dentro de las condiciones previstas en él.

“La determinación del bien, en los gravámenes inmobiliarios, es un requisito exigido en protección del interés del deudor, del acreedor hipotecario y del resto de los acreedores”⁵⁶.

⁵⁵ FERRER Patricia, “*Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal*”, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág.11

⁵⁶ Ibidem. Pág.12

- b) CON RELACION AL CREDITO. Se refiere a que la hipoteca debe constituirse sobre un crédito cierto y determinado. “La especialidad delimita la medida numérica en que deben respetarse los derechos del acreedor.”⁵⁷

“La especialidad es una condición esencial, y su ausencia es causal de nulidad absoluta, que puede ser invocada por el deudor y por los terceros, y aun ser declarada de oficio por el juez”.⁵⁸

Deben existir capacidades: Según el artículo 2316 del mismo cuerpo legal, no puede existir hipoteca sobre cosa ajena, está podrá constituirse solamente sobre los bienes de una persona que sea capaz de enajenarlos; así también las condiciones suspensiva y resolutoria que constituyen las garantías hipotecarias están claramente establecidas en los artículos 2315 y 2318 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005).

1.6.1.1 Elementos del Contrato Hipotecario

Los elementos comunes en los contratos de hipoteca son:

- Capacidad o poder;
- Objeto y causa;
- Legitimación para constituir la hipoteca;

⁵⁷ Ibidem. Pág.12

⁵⁸ SALVAT-ARGAÑARAS, *Tratado "Derechos reales"*, t. IV, p. 121; FERNANDEZ, *Tratado*, t. I, p. 238; LAFAILLE, *Tratado*, vol. III, p. 84; CAMMAROTA, *Tratado*, p.175. CCivCom Rosario, Sala I, 27/4/67, ED, 19-451. Cit. por FERRER Patricia, *"Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal"*, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág.13

- Obligaciones del acreedor hipotecario;
- Obligaciones del deudor hipotecario;
- La obligación principal;
- El derecho real;
- Derechos de acreedor; y,
- Derechos del deudor;

1.6.1.2 Facultades para hipotecar

El deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, adicionalmente posee las siguientes:

- Puede enajenar el inmueble o sus frutos con previa autorización del acreedor hipotecario.
- Realizar construcciones o reformas sobre los bienes inmuebles gravados.
- Constituir servidumbres, usufructo o uso y habitación (pero esa servidumbre o usufructos no pueden oponerse a los acreedores hipotecarios anteriores a su establecimiento).
- Alquilar el inmueble (si existe una cláusula que lo prohíba en el contrato, el arrendamiento es inoponible al acreedor siempre que la fecha de arrendamiento sea posterior a la de la constitución de la hipoteca. Si no existe esa cláusula y el arrendamiento no perjudica al acreedor, se puede autorizar la habitabilidad libre de ocupantes en el inmueble).
- Constituir otras hipotecas sobre el mismo inmueble (la fecha de inscripción de la hipoteca determinará su grado o rango.)

- Pero está impedido de realizar respecto del bien cualquier acto material o jurídico cuya consecuencia sea la disminución del valor del inmueble.

Los acreedores hipotecarios tendrán derecho a oponerse a la ejecución de la venta cuando:

- El propietario del inmueble gravado ejerce actos de disposición jurídica que, sin disminuir el valor del inmueble, da como resultado dificultar la realización de la garantía hipotecaria.
- Actos de deterioro o perjudiciales no consumados: el acreedor puede pedir medidas cautelares cuando se considere que existen actos de deterioro o perjudiciales no consumados previa demostración del derecho que posee.
- Así mismo, el acreedor puede pedir la estimación de los deterioros y el depósito de lo que importen, o demandar un suplemento en la hipoteca cuando se hayan producido sobre el inmueble actos de deterioro y perjudiciales sobre el bien.
- Igual derecho tienen los acreedores hipotecarios cuando el propietario del fundo o de un edificio enajena los muebles accesorios a él.

1.6.1.3 Condición Suspensiva y Resolutoria

La hipoteca puede estar sujeta a condición o plazo; en ambos supuestos, suspensivos o resolutorios, aunque garantice una obligación pura y simple.

Condición Suspensiva: Según el artículo 2315 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005): "La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier condición y desde hasta cierto día. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición, llegando el día, su fecha será la misma de la inscripción. Podrá así mismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o después de

los contratos a que acceda y correrá desde que se inscriba. La hipoteca podrá en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario”.

Condición Resolutoria: El artículo 2318 del Código Civil ” (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005) establece: “El que solo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese.” Al estar sujeto a condición resolutoria estará a lo dispuesto del artículo 1507 del mismo cuerpo legal, que reza lo siguiente: “Si el que debe un inmueble bajo la condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”.

1.6.2 De la Constitución de Hipoteca

Las hipotecas sólo pueden constituirse por contrato y pueden celebrarse de las siguientes formas:

- Puede celebrarse en un mismo acto la constitución de la hipoteca y la de la obligación que ésta accede.
- Puede acordarse una hipoteca en garantía de una deuda preexistente
- Puede celebrarse al mismo tiempo pero formalizarse separadamente.

Al tratarse de un contrato, el consentimiento es un elemento esencial de él por lo que los contratos hipotecarios deben ser aceptados por el acreedor.

1.6.2.1 Objeto Hipotecable

La hipoteca tiene como objeto la constitución de una prohibición de enajenar sobre un bien inmueble y esta constitución hipotecaria se extiende:

- A todos los bienes accesorios, mientras estén unidos al principal (por ende, incluye todos los bienes muebles, los cuales no pueden excluirse por convención de partes, gracias a que todo el régimen de derechos reales es de orden público);
- A todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean naturales, accidentales o artificiales, aunque sean éstas realizadas por un tercero;
- A las construcciones hechas sobre un terreno vacío (éstas entran como accesorias al inmueble);
- A las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble;
- A los alquileres o rentas debidos por los arrendatarios.
- Al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble (el acreedor hipotecario puede caer sobre la indemnización siempre que esta no haya sido pagada, deberá embargarla para evitar que el propietario la perciba). Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguo, para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca (esto significa que los inmuebles que el propietario adquiriera después de constituida la hipoteca, no cabe considerarlos accesorios, ni parte integrante del hipotecado).

1.6.2.2 Solemnidades y Formalidades

El acto constitutivo de la hipoteca debe ser otorgado por escritura pública ante un notario; y el contrato deberá contener:

- El nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor;
- La fecha y la naturaleza del contrato que accede;
- La ubicación del inmueble; y,
- La especificación del inmueble y sus linderos.

“La sanción por su inobservancia acarrea la nulidad de la constitución hipotecaria”⁵⁹.

Cláusulas de estilo: las cláusulas más comunes son:

- Mora automática sin necesidad de interpelación;
- Ejecución sobre el inmueble en caso de demoras en el pago de las cuotas o intereses como si fuese de plazo vencido;
- Imposibilidad del propietario del inmueble de alquilarlo por mayor tiempo que el de la obligación garantizada sin consentimiento del acreedor hipotecario;
- Sumisión a los tribunales ordinarios ;
- La obligación por parte del constituyente de asegurar el inmueble contra determinados riesgos (especialmente incendio).

Condiciones de fondo:

- Para constituir la hipoteca es necesario ser propietario del inmueble que se va a hipotecar. La hipoteca de un inmueble ajeno es nula.

⁵⁹ DUNN BARREIRO, John, *Derecho Registral*, Ecuador, 1993, pág. 7.

- La hipoteca puede constituirse no solo por el deudor, sino también por un tercero, quien puede obligarse personalmente también por el pago de la deuda (tercero adquirente) o no hacerlo (tercero poseedor).

Formalidades en que debe ser hecha la hipoteca: “La hipoteca debe poseer las siguientes formalidades para que esta se encuentre legalmente constituida y puede surtir los efectos inherentes a ella y las cuales son: contrato accesorio, constitución, inscripción, otorgamiento, aceptación validez, extensión y deterioro”⁶⁰

Contrato Accesorio.- Es considera como un contrato accesorio, pues este solo existe en función a un contrato u obligación principal.

Constitución.- La hipoteca se deberá constituirse mediante escritura pública o por mandato de la Ley en los casos por ella establecidos; la escritura pública de la hipoteca podrá ser en un mismo instrumento que la del contrato a que accede.

Inscripción.- La hipoteca solo surtirá efecto una vez inscrita en el registro correspondiente, puesto que sin este requisito, no tendrá valor alguno; además la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripción.

Otorgamiento.- La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, su fecha será la misma de la inscripción. Podrá, asimismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o

⁶⁰ GARCÍA FALCONÍ, José, *Modelos de Contratos de la legislación ecuatoriana*, Ecuador, 2000, pág., 297

después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba. La hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario.

Aceptación.- La hipoteca no ejercerá acción penal si el propietario de los bienes no está sometido expresamente a ella.

Validez.- La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves (Código de Comercio). Se podrán hipotecar bienes futuros sólo que da al acreedor el derecho de hacerla inscribir en cuanto a los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera.

Extensión.- La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros. Además, la hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada así como a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes.

Deterioro.- Si existiere deterioro o descuido en la manutención y cuidado del bien hipotecado, el acreedor tendrá derecho a pedir al deudor hipotecario que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente. En defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada.

1.6.3 Clases de Hipoteca

1.6.3.1 Hipoteca Abierta

Una hipoteca abierta es una línea de crédito abierta en donde el banco pone a disposición del cliente cierta suma determinada de dinero, sin que ello signifique que deba retirarla íntegramente, pues le da la opción de utilizar la cantidad conforma lo vaya necesitando; y sólo deberá pagar intereses por el importe empleado, pactándose devoluciones periódicas de capital e intereses para cada una de las disposiciones efectuadas. El usuario podrá volver a disponer del capital devuelto, pactando un interés y vencimiento para esta nueva negociación.

Patricia Ferrer menciona:

En relación con estas consideraciones, aparece en la práctica, con mayor frecuencia en el ámbito de las operaciones bancarias, la constitución de las denominadas "hipotecas abiertas". Son las hipotecas que garantizan todas o algunas de las operaciones que se hayan celebrado o se realicen en el futuro entre deudor y acreedor.⁶¹

En esta misma línea, la autora establece que: "En general, la doctrina considera esencial que se individualice la causa de la relación jurídica hipotecaria, bajo pena de nulidad, para evitar la comisión de fraudes en perjuicio de los terceros."⁶²

El crédito hipotecario es lo que utilizan, por ejemplo, los promotores, que precisan de cantidades líquidas a medida que avanzan sus necesidades de financiar la obra, donde sólo

⁶¹ FERRER Patricia, "*Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal*", Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pág.14

⁶² *Ibidem*. Pág. 15

pagan intereses, y, cuando venden el inmueble, es el adquirente quien se subroga en el pago, ya sea en forma de crédito hipotecario o bien como préstamo hipotecario.

1.6.3.2 Hipoteca Cerrada

Es aquella que no le permite al prestamista el pago total o la re-financiación de la hipoteca antes de la fecha de madurez; siendo condición de la escritura pública que se determine la cantidad específica que se le entrega al deudor hipotecario, así como el detalle de la tabla de amortizaciones.

1.6.4 Extinción de la Hipoteca

La primera y principal causa de extinción es la cancelación de la deuda, por ser ésta accesoria al crédito. También puede ser producida por prescripción, transacción, novación, etc. No sucede lo mismo a la inversa, pudiendo extinguirse la hipoteca y no el crédito. En el Código Civil ecuatoriano (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), las condiciones para la extinción de la hipoteca se encuentran determinadas en el artículo 2336.

1.6.4.1 Causas de extinción de la Hipoteca

- Por cancelación de la misma: El acreedor otorga por escritura pública la cancelación o extinción de la deuda; cuya razón se toma al margen de la inscripción respectiva.

- El pago de la deuda hecho por un tercero subrogado a los derechos del acreedor, no extingue la hipoteca, tampoco el pago por consignación hasta que el acreedor lo acepte o haya sentencia.
- Por renuncia: La misma debe ser expresa y constar en escritura pública.
- En el caso de destrucción del edificio, la hipoteca se mantiene sobre el suelo, y si el edificio se reconstruye, la hipoteca vuelve a gravarlo.
- En el caso de que el constituyente tuviere sobre el inmueble un derecho sujeto a condición resolutoria y la condición se produjere, se extingue la hipoteca.
- Si se produce el efecto de que una misma persona reúna las calidades de propietario y acreedor hipotecario.
- Dación en pago (pago por entrega de bienes): la obligación principal revive si el acreedor es vencido en el dominio de las cosas recibidas en pago
- Comprador de un inmueble en remate judicial, adquiere el bien libre del gravamen.

1.6.4.2 Subrogación de una Hipoteca

La cesión de los créditos responde a la finalidad de un negocio mercantil y de reestructuración de cartera; así también estas carteras pueden ser comercializadas en el mercado de valores o mercados especiales de compra de obligaciones; en este sentido la institución de la hipoteca como tal, permite que está sea cedida a terceros sin perjuicio de las acciones y efectos que esta mantiene con el deudor inicial. Esta transmisión de la titularidad del crédito se produce por un acto voluntario del acreedor hipotecario, y el artículo 1628 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), indica que la subrogación traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo.

Sin embargo, “la regla general es que todos los créditos, derechos frente a un deudor adquiridos en virtud de una obligación, son transmisibles salvo pacto en contrario, los créditos

garantizados por hipoteca o créditos hipotecarios son igualmente transmisibles con arreglo a Derecho”⁶³.

En tal sentido, el artículo 1625 del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), reconoce la transmisibilidad del crédito garantizado con hipoteca, al disponer que: “se subroga a un tercero en los derechos del acreedor, en virtud de ley o convención con el acreedor. Formalidades que para los derechos de crédito en general son las de los artículos 1627 a 1629 del Código Civil.”⁶⁴

La cesión del crédito hipotecario, como cesión de crédito que es, sigue los preceptos de los artículos 1624 y siguientes del Código Civil (Suplemento R.O. 46, 24-VI-2005), aunque no obstante con cierta especialidad en relación a las normas generales.

Una vez concluido este breve recorrido por todo aquello que define el sistema bancario, será necesario conocer como están protegidos los usuarios de este sistema y cuales operaciones son aquellas donde podrían vulnerarse con facilidad sus derechos. Por lo que a continuación entraremos en un sucinto análisis de los derechos del consumidor, con especial énfasis al derecho que tienen los usuarios del sistema financiero a estar bien informados.

⁶³ ZAPATERO Guillarte, *Anotaciones del Código Civil*, Ecuador, 2008, pág. 154

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 156

CAPITULO II:

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: INTRODUCCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO

2.1 EL BANCO Y SUS CLIENTES: LA RELACIÓN DE CONSUMO ENTRE PRESTADOR Y CONSUMIDOR

Toda relación de consumo se constituye por un objeto (prestación de bienes y servicios) y por dos partes: aquella que los ofrece (bienes y servicios) y la que utiliza los mismos. A la primera se la denomina proveedor o prestador y a la segunda consumidor, de cuyo estudio nos encargaremos a continuación.

Por eso hemos dicho que el derecho comercial regula relaciones de contenido económico, donde, por una parte, existen sujetos que ofrecen y vuelcan bienes o servicios al mercado y, por la otra, hay consumidores y usuarios finales que acceden a dichos bienes y servicios, ya sea directamente de quien los produce, o indirectamente por medio de las redes de comercialización, a cuya producción y circulación han concurrido, a su vez, otros empresarios en calidad de proveedores, financiadores, programadores, etc., todos identificados en la tarea de producir e intercambiar bienes y servicios con destino a la masa de consumidores y usuarios finales.⁶⁵

⁶⁵ FARINA, Juan M., *"Defensa del consumidor y del usuario"* 4ª edición, Editorial Astrea 2011, pág. 4

El sistema institucional y comercial muchas veces se aprovecha de esta característica biológica implícita del hombre, introduciendo en él la cultura del consumo, de satisfacción de nuevas necesidades, creaciones de nuevas tendencias, gustos y deseos.

El mercado, a través de la publicidad logra modificar la conducta del consumidor. Por lo tanto, es urgente contar con las garantías necesarias para que el riesgo en las transacciones comerciales y financieras cotidianas de los individuos sea el menor posible para ambas partes intervinientes.

2.1.1 El Proveedor financiero: El Banco como prestador de servicios bancarios

Una sociedad capitalista está definida en esencia por la oferta y la demanda, a través de un sistema de intercambio comercial. Uno de los grandes oferentes que conforman dicho sistema económico es el financiero-bancario. Las entidades financieras se distinguen de los demás prestadores de negocio pues el objeto de su existencia es precisamente la prestación de servicios bancarios, denominados también como actos bancarios.

El Diccionario de la Real Academia de la lengua española define al proveedor como “la persona o empresa que provee o abastece de todo lo necesario para un fin a grandes grupos, asociaciones, comunidades, etc.”.

Por otra parte, para el Derecho brasileño proveedor es “toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desarrollan actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”, lo que ubica a este país

dentro de los que adoptaron criterios amplios para la calificación de esta parte del vínculo de consumo.⁶⁶

El proveedor hace referencia al sector oferente de productos y servicios, en el marco de la relación de consumo. Siguiendo lo dicho por Lorenzetti citado por Jorge Mosset Iturraspe y Javier Wajtraub, los elementos que califican al proveedor son:

- La noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado. En tanto la relación jurídica de consumo se asienta en el acto de consumo, es claro que este elemento distribuye los polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes. La noción de proveedor se separa de las tradicionalmente utilizados en el Derecho Privado: comprende a todos los que ofrecen.
- La profesionalidad, ya que no todos los que ofrecen son jurídicamente proveedores.
- La oferta para el consumo, quedando excluidos una amplia categoría de sujetos que ofrecen al sector empresario.
- La noción de proveedor es una calificación transversal al Derecho Público y Privado, con lo cual pueden haber proveedores en el sector público como en el privado, siempre que lo hagan con destino al consumo.
- El proveedor es definido en base a la oferta profesional, que puede ser habitual u ocasional.
- Puede ser nacional o extranjero.
- El proveedor debe realizar algunas de las siguientes actividades: producción, montaje, creación seguida de ejecución, construcción, transformación, importación, distribución y comercialización de productos o servicios.⁶⁷

El Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, define al prestador como “las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.”

⁶⁶ Según el artículo 3º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, edición publicada por el Ministerio de Justicia del Brasil, Brasilia, 2007, p.9. Citador por MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., “*Ley de Defensa del Consumidor*”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008. Pág. 49

⁶⁷ LORENZETTI, Consumidores cit., ps. 98 y 99. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., “*Ley de Defensa del Consumidor*”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008. Pág. 48

Cuando nos referimos a los servicios que las entidades que se encuentran inmersas dentro de la actividad bancaria, entendemos a los mismos como los ya denominados "*servicios financieros*".

En el ámbito financiero, la diferencia entre adquirir el bien (cosa tangible) y el servicio (tarea que alguien realiza para el cliente) se materializa como el proceso de adquirir el bien en sí mismo. Es decir, se podría establecer como la transacción necesaria para obtener el bien financiero.

Cuando nos referimos al sistema bancario, hacemos referencia a un complejo conjunto de relaciones comerciales unidas por una estructura jurídico-económica. Estas relaciones comprometen una variedad de servicios en el marco de sus actividades diarias. Por ejemplo: para los depositantes o comúnmente llamados cuentahorristas, el servicio es la prestación del banco al calcular la tasa de interés adecuada que cobra sobre los préstamos y la garantía de que los depósitos pueden retirarse en cualquier momento; para el consumidor de un crédito hipotecario, significa las facilidades para adquirir una vivienda e ir pagándola con el tiempo, o de solventar fondos requeridos gracias al crédito con garantía hipotecaria que la entidad brinda. Las empresas y gobiernos, son también usuarias de estos servicios, acuden al banco para cubrir diversas necesidades financieras. El pago obtenido por el banco por proveer estos servicios es la diferencia entre las tasas de interés que cobra por los préstamos y el monto que debe pagar a los depositantes.⁶⁸

Podríamos distinguir en este punto, si, debido a la captación masiva de clientes, la contratación se viabiliza mediante contratos pre estructurados generando la imposición de las cláusulas contractuales al interviniente más débil, se promueve la situación de "abuso de poder" por parte de los bancos; o simplemente la conducta del sistema financiero se adecua logísticamente, priorizando el beneficio económico y consolidando su dinamismo.

⁶⁸ Asmundson, Irena, *¿Qué son los servicios financieros?*
<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2011/03/pdf/basics.pdf>. acceso: 14 de noviembre del 2011

Al respecto, Juan M. Farina menciona lo siguiente:

La contratación masiva ha determinado que las empresas impongan las cláusulas predispuestas, las condiciones generales de contratación y el contrato por adhesión, que colocan al consumidor o al usuario en la dramática disyuntiva de aceptar las estipulaciones y condiciones impuestas por el empresario o abstenerse de contratar (y privarse del bien o servicio que pretende).⁶⁹

En la práctica, sería poco efectivo considerar que cada cliente pueda negociar las condiciones de los contratos por los servicios bancarios que desea adquirir, el sistema global bancario resultaría ineficaz por la demora de la ejecución de las operaciones bancarias.

2.1.1.1. La teoría de los Actos Propios

¿Qué son los actos propios? Los entendemos como todos aquellos que inducen a los consumidores a decidir entre una opción u otra, integran el conjunto de hechos en que el individuo apoya y fundamenta su comportamiento y decisión, proporcionando a su vez seguridad jurídica y económica a los negocios. Los actos propios son generadores de efectos jurídicos, entre estos están: la información, el marketing, y la publicidad.

Resulta oportuno reflexionar brevemente respecto a la doctrina de los actos propios para poder comprender a cabalidad el alcance de los derechos y obligaciones que tienen tanto consumidor como oferente.

En el orden económico- social que fluctúa en este siglo, esta doctrina resulta una herramienta clave del derecho a los consumidores, pues ofrece los cimientos para

⁶⁹ FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario" 4ª edición, Editorial Astrea 2011, pág. 26

comprensión y análisis de las instituciones del derecho al consumidor y la resolución de los conflictos, evitando que tanto empresas como en general los grupos económicos proveedores de bienes y servicios generen expectativas en el público usuario que luego incumplen.⁷⁰

Los actos propios a través de la información, el marketing y la publicidad generan expectativas en el público en general, y a su vez, esto induce al usuario o consumidor a obrar en un sentido u otro. Es por ello que los actos propios podrían constituirse como causa generadora de derechos futuros para el consumidor y una fuente de obligaciones para el agente que los efectúa.

2.1.2 El Cliente bancario como Consumidor financiero

Iniciaremos el presente tema realizando una distinción entre los términos consumidor y usuario.

Originariamente se denominaba consumidor a aquella persona individual que no poseía mayores recursos que adquiriría productos para satisfacer necesidades esenciales. Sin embargo, el criterio se ha extendido pues la palabra consumidor posee, hoy por hoy, connotaciones más amplias, que van más allá de adquisición de bienes consumibles. La acción de consumir se entiende también a la obtención de servicios, por esta razón es que en el término "consumidor" va implícita y sobreentendida la palabra "usuario" pues este se refiere al individuo que requiere de un servicio. Para la ley es consumidor tanto quien compra un carro, un libro o ropa, como quien requiere los servicios de un banco.

⁷⁰ WEINGARTEN, Celia *"Derechos en expectativa del consumidor"*, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Buenos Aires, 2004. Pág. 3

Con el pasar del tiempo, el término "consumo" empezó a tener connotaciones cada vez más importantes; Juan M. Farina explica este escenario:

[...]para referirse a un problema social que llevó a los sociólogos, filósofos y políticos a hablar de la sociedad de consumo, por una serie de características especiales que surgían en la comunidad, sobre todo en el campo de la contratación masiva, y a la influencia cada vez mayor de la publicidad. Ello dio nacimiento a la figura del consumidor, entendiendo por tal al individuo que, necesitando bienes o servicios, se ve sometido a las condiciones generales impuestas por las empresas y a las expresiones psicológicas explotadas por la publicidad: cada día se desean más bienes y servicios, aunque no resulten necesarios.⁷¹

El mismo autor, establece lo siguiente:

Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza, como destinatario final, bienes o servicios cualquiera sea su naturaleza, y los adquiere de quien los produce, importa, vende, facilita, suministra o expide. O sea, jurídicamente, consumidor puede ser un comprador, un inquilino, un locatario de un servicio o de una obra, un mutuario, etc., sin que esto implique que deba pertenecer a una clase social, profesión o situación económica particular.⁷²

En el mismo contexto, Arrigui menciona:

A partir de ello, desde el punto de vista jurídico, los bienes susceptibles de consumo pueden ser muebles o inmuebles, materiales o incorpóreos, por lo que el acto de consumo – caso siempre un contrato – reviste inúmeras posibilidades. Para ejemplificar, son tanto bienes de consumo los alimentos, como los artículos electrodomésticos, la vivienda como los servicios médicos, el transporte como la electricidad. La lista es interminable, los objetos cotidianos proliferan, las necesidades se multiplican, al punto que se ha llegado a decir que hoy el consumo no tiene límites.⁷³

⁷¹ FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario" 4ª edición, Editorial Astrea 2011, pág. 20

⁷² Ibidem, pág. 18

⁷³ ARRIGUI, Los principios básicos de la defensa del consumidor y panorama actual en América latina, Derecho del Consumidor", 1991, No 1, pág. 27. Cit. FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario" 4ª edición, Editorial Astrea 2011.

Al usuario se le otorga una consideración similar que al consumidor, pues como dijimos anteriormente, en este último se incluye la figura del usuario. Debemos tener en cuenta que usuario no es sólo aquel que es destinatario final de un servicio de cualquier naturaleza sino también se refiere a las personas que poseen el derecho al uso y goce de una cosa.

Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios. Toda actividad económica y cualquier actividad mercantil que genere lucro está dirigida a la satisfacción de las necesidades, comodidades y hasta gusto de las personas.

Como ya establecimos en el apartado anterior, el consumo es una cuestión implícita en la naturaleza del hombre. Dado que todos los seres humanos somos consumidores, no existe una distinción social ni económica para los consumidores; no hay una clase o profesión para ello.

Para el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, consumidor es “en lo económico, tanto como adquirente, en oposición al productor, industrial o comerciante, aun cuando no asimile o gaste materialmente”.⁷⁴

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, en su Art. 2, establece que consumidor, como toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.

En definitiva, el consumidor financiero es toda persona natural o jurídica que adquiera o utilice servicios ofrecidos por una entidad financiera.

⁷⁴ Cabanellas de Torres Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. II, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2008, p. 371.

Para el consumidor financiero se establecen ciertas características esenciales, que lo diferencian de otros tipos de consumidores:

1. Un sujeto que requiere de los servicios bancarios para su vida cotidiana (operativa)
2. Aquél cuya actividad genera ingresos y gastos a las instituciones vigiladas (financiera)
3. El principal "activo" de las instituciones financieras (comercial).
4. Un individuo, entre otros muchos, que suscribe contratos de adhesión con las entidades vigiladas (jurídica).⁷⁵

Por lo tanto, y como ya lo hemos establecido, este consumidor financiero resulta ser el pilar fundamental de la estructura de la actividad bancaria. Por ello, es vital que la entidad transparente de la mejor forma posible todos los servicios que ofrece al cliente bancario.

Desde que el cuentahorrista deposita su dinero en el banco, sabiendo que podrá utilizar el mismo cuando lo requiera obteniendo cierto beneficio que se constituye por el interés producido por el mantenimiento de la cuenta, hasta el inversionista que provee de fondos a la entidad para generar un mayor rendimiento de su capital; celebran contratos con el banco a través de los cuales se posibilita la obtención de los servicios.

Cabe citar las disposiciones de la Junta Bancaria, que en la resolución no. JB-2010-1782, en el libro I "Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, establece los siguientes derechos para los usuarios o consumidores financieros:

⁷⁵http://portal.asobancaria.com/portal/page/portal/Portal_Eventos_Asobancaria/Memorias%20VII%20derecho%20financiero%202008/EI%20Consumidor%20Financiero%20en%20la%20Perspectiva%20de%20la.pptx. acceso: 29 de octubre del 2011

Artículo 10.- Elegir con plena libertad productos y servicios financieros ofertados por las instituciones del sistema financiero legalmente reconocidas en función de los precios, tarifas, gastos, costos, así como los beneficios existentes, y/o a suscribir instrumentos, sin ser presionado, coaccionado o inducido mediante prácticas prohibidas por parte de las instituciones del sistema financiero, en transgresión de los principios de competencia leal y sanas prácticas.

Artículo 11.- El usuario tendrá derecho a acceder a los productos y servicios financieros, en las siguientes condiciones:

11.1 Suscribir contratos y recibir servicios electrónicos cuya validez será igual a la de los contratos celebrados de manera escrita o verbal;

11.2 Acceder a los sistemas de ahorro ofertados por las instituciones financieras, respetando los requisitos legales, las políticas de la institución financiera y acorde con las sanas prácticas;

11.3 Obtener créditos de las instituciones financieras siempre que se cumplan los requisitos legales, las políticas de la institución financiera y acorde con las sanas prácticas; y,

11.4 Disponer de su dinero entregado a las instituciones financieras de forma oportuna de acuerdo con las condiciones pactadas para su colocación.

Es así como en el siguiente capítulo, nos disponemos a realizar un análisis respecto de la actitud de los consumidores frente a la Banca y viceversa, generando las expectativas que se requieren para afianzar el propósito del presente trabajo, vislumbrar como se enfoca la relación contractual entre la entidad y su clientela y cuál debe ser la actitud de esta primera frente a los derechos que como consumidores de sus servicios poseen.

2.1.3 La confianza en la entidad bancaria: fuente primaria de la relación Banco-Consumidor

“El banco es una institución financiera legalmente constituida, que en base a la confianza puede captar recursos de depositantes e inversionistas. Deberá colocar estos recursos recibidos en créditos generadores de riqueza para sus empresarios”.⁷⁶

⁷⁶ Morlías Molina, Carlos, *Bancos: administración, crédito y análisis de sus estados financieros*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, p. 131.

Una característica de los préstamos de dinero que otorgan las entidades bancarias, así como de otros servicios que brindan, es la “*calidad de confiabilidad*” que poseen. Por tratarse de instituciones aceptadas y reconocidas por la sociedad, principalmente por la imagen de seriedad y profesionalismo que cada una ha construido a lo largo del tiempo y reguladas por organismos estatales, los cuales, en teoría, velan por la seguridad de la ciudadanía a la que sirven, los contratos bancarios poseen, de manera implícita, la “virtud” de ser confiables y seguros, factores que resultan atrayentes para el consumidor financiero.

Por otra parte, para Celia Weingarten y Eugenia Diaz Palacio, la confianza en el sistema bancario, se contextualiza de la siguiente manera

[...] confianza en el sistema y las entidades configura un campo comunicacional hacia los consumidores o tomadores de créditos que debe tenerse en cuenta a la hora de investigar la reparación de daños causados a esos usuarios por la inclusión de cláusulas abusivas.⁷⁷

Particularmente, en el mundo del Derecho y del sistema judicial, elementos manejados por el Estado y que forman parte de la confiabilidad que el consumidor financiero percibe de los diversos servicios ofrecidos por la Banca, la confianza “constituye una ventana por la cual el elemento ético ingresa en el mundo jurídico (...) creando deberes específicos de conducta conforme a las expectativas de conductas razonables por parte de los sujetos portantes”.⁷⁸

Si una entidad bancaria, gracias a masivas y casi subliminales campañas publicitarias, logra imprimir en el “subconsciente” de la sociedad en la que realiza sus operaciones, por llamarlo de alguna manera, “patrón de comportamiento específico”, el consumidor financiero considerará realizar tratos con dicha entidad porque esperará (confiará) que ésta actúe como rutinariamente lo ha hecho a lo largo del tiempo que ha existido; por tanto, dicha

⁷⁷ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “*Hipoteca y Préstamo de Dinero*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág.65

⁷⁸ Ibidem.

previsibilidad debe ser protegida y regulada, así la entidad bancaria estará obligada a mantener la certidumbre y el “ambiente libre de riesgos” que ha ofrecido a los usuarios como parte de su imagen corporativa.

La confianza entonces facilita el gobierno del contrato, permite que se eviten o atenúen las incertidumbres y los riesgos o simplemente situaciones conflictivas a los que el contrato está siempre expuesto y que pueden producir situaciones dañosas. Sin perjuicio que, de aparecer, puedan ser superados en el marco de esa gobernabilidad, es decir, poder manejarlo en términos de renegociación o cumplimiento y no como finalización o ruptura de la relación contractual.⁷⁹

Sin embargo, aunque la ética se ha convertido en parte importante y esencial de las relaciones de negocios del actual mundo globalizado, la confiabilidad en la imagen creada siempre por la misma entidad bancaria, ha llevado a la disminución de la transparencia de información.

Esto es lo que sucede con los créditos hipotecarios y con los intereses cobrados por las tarjetas de crédito, donde si bien existe competencia, es inícua para los usuarios, que no disponen de toda la información y los conocimientos necesarios para evaluar con antelación la mejor alternativa.⁸⁰

La Declaración Universal de derechos de los usuarios de los servicios bancarios y financieros, la misma que fue suscrita en Salamanca – España, el 29 y 30 de septiembre 2005, el texto del cuarto considerando establece textualmente lo siguiente: “considerando que la fortaleza de las entidades financieras depende, en gran medida, del desarrollo de los sistemas y actividades crediticias y de ahorro que, a su vez, depende en igual grado de la confianza de los usuarios en dichos sistemas y entidades.

⁷⁹ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “Hipoteca y Préstamo de Dinero”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág.65

⁸⁰ Ibidem. Pág. 71

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define a la palabra confianza como la esperanza firme que se tiene de una persona, institución, organización o situación concreta y definida.

Una primera característica que debemos resaltar es que el préstamo de dinero realizado a través de una entidad bancaria, coloca al tomador bajo una calidad de confiabilidad, esto es advertido como un hecho positivo por la sociedad, de allí entonces que sea necesario colocar este elemento como sustancial, para la contratación bancaria y debemos analizarlo especialmente.⁸¹

Debido a que la confianza constituye uno de los componentes fundamentales para que surja la relación cliente- Banco, es necesario entender a la misma dentro del marco jurídico, económico y bancario. La confianza se traduce en un camino de doble vía, de ida y vuelta, ambas partes deben estar sumergidas dentro de sus roles para que se generen intenciones concretas con respecto a la voluntad de una de ellas.

En la esfera del Derecho, constituye una ventana por la cual el elemento ético ingresa en el mundo jurídico, ya sea como principio básico de la vida social- sin la cual sería imposible concebir la convivencia en sociedad-, o también, creando deberes específicos de conducta conforme a las expectativas de conductas racionales por parte de los sujetos portantes.⁸²

En definitiva, el contrato bancario nace de la relación jurídica que se crea entre el cliente y la entidad financiera en razón de las operaciones bancarias que se han realizado entre ellos y al ser estas diversas y distintas, genera una amplia gama de relaciones jurídicas determinadas; que son normadas a través de diferentes tipos de contratos bancarios, siendo ineludible determinar de forma general los tipos de contratos que pueden presentarse entre el banco y el cliente.

⁸¹ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., "Hipoteca y Préstamo de Dinero", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 64

⁸² Ibidem. Pag 65

“Quien confía en una entidad bancaria es porque espera que ella se comporte en forma predecible conforme a las expectativas que generó como antecedente, verbigracia, por la publicidad masiva.”⁸³

En el mismo sentido Celia Weingarten y Eugenia Díaz Palacio mencionan lo siguiente: “Generar confianza entonces implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro, es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse al mismo y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo”.⁸⁴

Una vez que hemos estudiado a las partes intervinientes en la relación económico-financiera, en los apartados siguientes dedicaremos especial atención a los derechos que posee la parte más importante pero que a la vez resulta ser la más débil de la estructura contractual: el consumidor.

2.1.4 Los contratos de Adhesión Bancaria: cláusulas prohibidas

Una de las clasificaciones más concurrentes dentro de los contratos es la que determina la negociación de las estipulaciones del contrato. Por lo tanto, tenemos el contrato de libre discusión en el que se opera plenamente la negociación entre las partes, una de ellas presenta su oferta y la otra su contraoferta. En este tipo de contratos prima el acuerdo de voluntades.

⁸³ Ley 24.240. art. 8; Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión, obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”. Citado por WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “Hipoteca y Préstamo de Dinero”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 66

⁸⁴ Ibidem. Pág. 44

Por otro lado, tenemos el llamado contrato de adhesión, en el que una de las partes impone su voluntad traducida en cláusulas pre elaboradas y que no permiten modificación alguna.

Por lo anotado y como ya lo hemos establecido en los apartados anteriores, en el contrato de mutuo bancario, las entidades bancarias han establecido las cláusulas, condiciones o estipulaciones, las mismas que se han transcrito en formados pre estructurados que no admiten cambio o modificación alguna. Por lo tanto, el contrato de mutuo bancario es eminentemente un contrato de adhesión bancaria.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece: “**Contrato de adhesión:** Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”.

El contrato de adhesión es ampliamente discutido en la doctrina, pues mientras existen opiniones en cuanto a la naturaleza “contractual” del mismo argumentando que constituye únicamente un acuerdo unilateral de una de las partes y no un acuerdo de voluntades; hay quienes mencionan que la discusión de las estipulaciones no es la esencia del acuerdo, lo es la aceptación expresa de ambas, respecto de la oferta del bien o servicio a contratarse.

En cuanto a esta complejidad, Celia Weingarten y Eugenia Díaz Palacio mencionan:

Los contratos de estructura de adhesión, suponen una restricción de la libertad de contratación, habida cuenta de que una de las partes, económicamente fuerte, predispone la cláusula que constituyen el contenido del acuerdo sin que la otra pueda discutir su contenido, quedándole sólo la opción de aceptarlas o rechazarlas. [AGUILA REAL JESUS, 1991]

El contrato no es el resultado de un consentimiento libremente prestado por las partes ubicadas en el mismo plano de igualdad, como sería de la esencia y sentido de la libertad contractual, sino que responden a una imposición unilateral de la

voluntad de una de las partes sobre la otra. En estas condiciones no puede atribuirse a la adhesión el valor del consentimiento tratándose más bien de un mero asentimiento.⁸⁵

La masificación de las operaciones bancarias y la cantidad desmesurada del flujo de clientes, han provocado que se elaboren contratos estandarizados, en los que la negociación de ambas partes ha sido eliminada. Por lo que, la parte más débil, el consumidor se ve forzadamente a suscribir el contrato, así esté de acuerdo o no, por la necesidad que le imponga ese momento, es así como debe contratar el servicio adhiriéndose a las estipulaciones del mismo, sin previa discusión.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, ha dispuesto las características que deberá contener este tipo de contratos:

El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.⁸⁶

El artículo en mención agrega además, que aquellos contratos que no estén escritos con los caracteres y formalidades establecidos, se entenderán como no escritos.

El artículo 42, por su parte menciona que los mismos deberán estar escritos en idioma castellano, "los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley, deberán estar escritos en idioma castellano salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado en el léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán respecto alguno del consumidor".

⁸⁵ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., "Hipoteca y Préstamo de Dinero", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág.60

⁸⁶ Artículo 41, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, . (Ley No.2000-21 Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001).

Regresando a la exposición que sobre el presente análisis realiza Celia Weingarten y Eugenia Díaz Palacio, se establece que:

El déficit informativo de los usuarios y consumidores bancarios y de prestamistas particulares, relativo a las características que presentan los contratos de préstamos de dinero sobre los cuales van a contratar; la incorporación de cláusulas abusivas, que constituyen un fiel exponente de la verdadera prevalencia de la voluntad de quien predispone unilateralmente el contrato.⁸⁷

La misma autora establece respecto del contrato de adhesión, “su utilización facilita la incorporación de cláusulas abusivas, que permite obtener ventajas adicionales, al desplazar los riesgos y responsabilidades para el predisponente, alterando el equilibrio de las prestaciones”.⁸⁸

Dentro el tema bancario, considerando que todos los contratos se refieren al contrato de adhesión como ya lo hemos mencionado, la normativa jurídica establece una posible situación de vulneración para el consumidor que puede manifestarse a través de las llamadas cláusulas abusivas.

“El asentimiento prestado en la estructura de adhesión, permite la revisión de las cláusulas contractuales que resultan abusivas”.⁸⁹

En el Ecuador, la normativa que prevé esta situación es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que en su artículo 43 establece que las cláusulas llamadas prohibidas son nulas de pleno derecho y no producen efecto alguno, entre ellas están:

⁸⁷ WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., “*Hipoteca y Préstamo de Dinero*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 62

⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 60

⁸⁹ *Ibidem*. Pág.108

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

2.2 EVOLUCIÓN HISTORIA: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Los derechos del consumidor existen desde el principio de la historia; el código Hamurabi es un gran ejemplo de ello; en él se contempla el resarcimiento de los daños ocasionados en la misma proporción en que estos sucedían; dicho de otra forma, cuando un arquitecto de la antigüedad construía una casa y ésta sufría algún tipo de desperfecto relacionado con la construcción, era obligación de la persona que realizó la casa reponer íntegramente el daño sin que esto le costase algo adicional al propietario, es más, si por una casualidad el desperfecto ocasionaba daños a las personas, el daño era regresado en igual proporción a quien la construyó. Desde entonces se ha buscado proteger al consumidor de los ofertantes, a través de distintos mecanismos que han evolucionado de acuerdo a las distintas épocas de la humanidad.

Sin embargo, con el apareamiento de la revolución industrial y el crecimiento de la oferta de producción, se fue restando importancia a la figura del consumidor dentro del fundamento económico, privilegiando a los productores y fabricantes gracias a las diversas leyes que se erogaban sobre la regulación de los mercados. La diversidad de mercancías y los precios que estas ofertaban propendían a la captación de clientes. Sin embargo, el riesgo que se generaba por la inseguridad de los mismos supuso que los Estados creen un marco jurídico en el cual se pueda garantizar los derechos de los consumidores. De esta manera es como inicia una serie de regulaciones que evolucionarían posteriormente en leyes que permitirían enfrentar la nueva problemática social que surgía entre los consumidores y oferentes.

En este caso se logró entender que los servicios que se suministraban para satisfacer las distintas necesidades humanas podían atentar contra las condiciones en las cuales serían pactados, pues la libertad de circulación de los bienes y servicios, así como su masificación en algunos casos, constituían un posible riesgo contra la clase consumidora que desde siempre ha sido considerada el eslabón frágil dentro de la cadena de mercado, pero que sin duda alguna es el más importante para su existencia y dinámica.

El voraz y desordenado crecimiento mercantil ponía en riesgo la integridad de los consumidores, en consecuencia, la vulneración de los derechos que estos mantenían frente a sus oferentes. Al fin y al cabo, es la protección a los consumidores una de las maneras de mejorar constantemente las condiciones de vida de los ciudadanos estableciendo orden al desorganizado crecimiento del mercado.

Es así como el derecho del consumidor fue perfilándose desde su origen a partir de las primeras medidas adoptadas para proteger la salud del consumidor. Esto se logró gracias a la

creación de leyes y reglamentos que establecían condiciones de calidad para los productos considerados de primera necesidad.

“Al comenzar un verdadero movimiento en pro de la defensa de los consumidores, a mediados del siglo XX se fue poniendo énfasis en los aspectos contractuales (cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación), así como en los efectos de la publicidad.”⁹⁰

Motivados por esta creciente necesidad de resguardar los derechos de los consumidores en Europa se promulga un dictamen para proteger al consumidor, siendo este el primer paso en la construcción legislativa de esta institución. Se establece el Tratado de Roma suscrito en 1957, como el nacimiento de modo indirecto de la defensa al consumidor.⁹¹

Posteriormente en 1962 se crea el Comité de Contacto de los Consumidores, para que en el año de 1972 en la Cumbre de Jefes de Estado en París, se den las políticas y parámetros para la reivindicación de los consumidores.

En el mismo contexto, se puede verificar otro antecedente importante en la promulgación de los derechos del consumidor, el mensaje del entonces presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, John F. Kennedy al Congreso estadounidense el 15 de marzo del 1962, donde aludió al derecho del consumidor a ser debidamente informado.

El 14 de abril de 1975 en el Programa Preliminar de Acción para la Información y Protección de los Consumidores, se destacan dos enunciados que son:

⁹⁰ FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario” 4ª edición, Editorial Astrea 2011, pág.5

⁹¹ *Ibidem* pág. 6 “destinado a crear el Mercado Común Europeo. Se mencionan los arts. 85 y 86 del referido Tratado. El art. 85 procura superar las limitaciones que padece la competencia a causa de los kartells entre empresas, y el art. 86 se refiere al abuso, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado.”

- El consumidor es la persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectar directa o indirectamente al libre desenvolvimiento de los mercados; y,
- La protección jurídica en el caso de violación de los derechos de los consumidores que se fundamenta en los siguientes derechos:
 - Derecho a la protección de la salud y seguridad.
 - Derecho a la protección de sus intereses económicos.
 - Derecho a la reparación de los daños sufridos.
 - Derecho a la información y educación en materia de consumo.
 - Derecho a la representación.⁹²

El informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de 1972, es considerado como el primer documento suscrito por organismos internacionales que hace referencia directa al derecho de información.

Juan M. Farina agrega lo siguiente:

[...] por su valioso contenido y su acertado criterio, la ley 8087 del Brasil, dictada el 11 de septiembre de 1990 – verdadero Código de Defensa de los Consumidores y Usuarios -, que prevé el concepto de consumidor y usuario con mayor amplitud que la ley argentina. Además, en el cap. II (arts. 61 a 80) contiene las sanciones penales que pueden aplicarse a quienes violen su normativa, sin perjuicio de la dispuesta por el Código Penal y leyes especiales, y en el tít. III, cap. II, regula las llamadas “acciones colectivas”.⁹³

2.3 LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EL ROL DEL ESTADO ECUATORIANO

⁹² Programa Preliminar de Acción para la Información y Protección de los Consumidores

⁹³ FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario” 4ª edición, Editorial Astrea 2011. Pág. 7

El Estado como máximo representante de sus ciudadanos, está en la obligación de velar por los intereses personales y colectivos de la sociedad; para este efecto se ha incluido dentro de la Constitución Política del Ecuador vigente, en su Capítulo de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria en la sección novena Personas usuarias y consumidoras.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 52 inciso primero expone: "Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a recibir una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características", artículo por el cual se sienta un mejor precedente en la consolidación de los derechos del consumidor.

Al darle jerarquía constitucional, las normas de protección de los consumidores se han desarrollado con más fuerza. Incluso contempla la promulgación de los derechos de tal forma que la población pueda estar correctamente informada sobre las condiciones y características de los productos que van a consumir, esto considerando todos los bienes y servicios que se ofertan en el Ecuador.

En la actualidad, los proveedores de bienes y servicios han adquirido paulatinamente una mayor conciencia respecto de la responsabilidad frente a sus clientes; y los procedimientos de defensa del consumidor se solidifican cada vez más; también, han surgido iniciativas públicas y privadas de carácter permanente encaminadas a la difusión, información y cumplimiento de los derechos de los consumidores.

En el Ecuador se ha dado un primer paso sobre el cambio de concepción en la relación prestador-consumidor, con el propósito de mejorar y fortalecer la relación de mercado, considerando que en donde puede existir una mayor vulneración de los derechos que como usuarios se tiene, es en el campo de los servicios, con especial énfasis en el bancario, que es

objeto de nuestro estudio. En donde el trato puede ser respetuoso y amigable, pero no suficiente para que los servicios que la banca oferta, lleguen al cliente con la debida información, vulnerando de esta forma sus derechos. Además, la característica innata de los contratos bancarios es de adhesión que implica la falta de negociación de una de las partes en las estipulaciones contractuales, sumada a la insipiente necesidad de la población al momento de adquirir créditos puede ser un factor desalentador a la hora de exigir que se cumplan los derechos.

Con el fin de evitar que nuevamente se vulneren los derechos del consumidor, es indispensable estructurar nuevos mecanismos que favorezcan a los clientes, sin que ello signifique que la entidad deba desproteger sus intereses. Debemos entender que no solo el buen trato, la calidad y eficiencia son parte de una adecuada prestación de servicios; la información, clara, precisa y sobre todo de fácil comprensión es fundamental para quien va a hacer uso de estos servicios, en especial al momento de la suscripción de los contratos que, como ya lo hemos establecido en el capítulo anterior, crean la relación jurídica, que muy pocos clientes conocen, ya que la mayoría desconoce las consecuencias por el incumplimiento de los mismos.

Los consumidores como instituciones jurídicas son considerados los destinatarios finales que adquieren un servicio o producto, a quienes el estado Ecuatoriano les proporciona ciertos derechos de los cuales pueden hacer uso en caso de existir anomalías dentro de la transacción efectuada.⁹⁴

El Estado es el llamado a proteger y consolidar los derechos que los consumidores poseen, por lo que las instituciones públicas que promueven los mismos deben velar por la construcción de marco jurídico adecuado que permita el desarrollo de las actividades comerciales, sin que exista una vulneración. Para ello podemos destacar las siguientes acciones como bases para la consolidación de una adecuada aplicación de los derechos del consumidor:

⁹⁴ Sistema de Protección del Consumidor Ecuador, Estado de situación de los consumidores en Ecuador.

- **Promover el conocimiento.-** Es imperativo que exista una comunicación y adecuada información respecto de las implicaciones de los derechos que posee el consumidor a la población en general. De esta manera, los individuos conocerán que mecanismos pueden usar si se produce una vulneración de sus derechos. La promoción del conocimiento también permite crear una mejor conciencia y una cultura más sólida al momento de elegir un servicio o un producto.
- **Proteger los derechos de los consumidores.-** Es deber innato del Estado la protección de los derechos del consumidor, en este sentido el Estado deberá crear mecanismo jurídico adaptables a nuestra realidad social. Además, será obligación del mismo la creación de instituciones, si fuera el caso, para que controlen y vigilen en forma eficiente el cumplimiento de la ley y la garantía de los derechos.
- **Procurar la equidad entre proveedores y consumidores.-** Es importante que la igualdad y las condiciones en las que se realizan las transacciones comerciales se produzcan en un ámbito de igualdad mutua, en donde los intereses de los unos no atenten contra los intereses de los otros, convirtiendo al principio de armonía contractual como el rector de la relación mercantil.
- **Procurar la seguridad jurídica entre proveedores y consumidores.-** En este aspecto es importante que los contratos que se celebran en torno a la relación comercial sean claros, precisos y dentro de los marcos jurídicos establecidos, siendo importante que el diseño jurídico que norma los contratos proteja de manera íntegra a los consumidores y a los proveedores.

Es menester que la relación que se crea entre el consumidor y el proveedor esté en igualdad de condiciones y no se pretenda a través de la celebración de contratos jurídicos, menoscabar este

principio; por tanto un elemento muy necesario para la protección del consumidor es la seguridad en todo su contexto. Esta seguridad no solo deberá garantizar el cumplimiento y la valoración de los derechos del consumidor, sino que deberá exigir niveles de calidad, cantidad y precio justo en los productos y bienes ofertados.

Es indispensable la intervención del Estado con programas destinados al control de la seguridad al momento de la provisión de los bienes, y el control adicional en las relaciones contractuales que se adquieren por la prestación de servicios. Sin este control del Estado, no se puede entender la garantía de los derechos del consumidor.

El hecho de que se incluyan normas protectoras a la salud e integridad física del consumidor, se fundamentan en la realización de una tutela preventiva de ambas, con el objeto de disminuir los riesgos que el producto puede causar al consumidor, y a su vez incluyendo y determinando en la misma legislación el derecho a la reparación del daño que se pueda producir, y por ende haciendo este derecho tan exigible como cualquier derecho que pueda nacer de una afectación económica.⁹⁵

2.3.1 Derechos básicos de los consumidores

Para poder analizar la relación que el Banco mantiene con sus clientes, es necesario conocer, en perspectiva general, cuales son los derechos que el consumidor posee. La aplicación de estos derechos y su posible vulneración están relacionados con todas las condiciones en las que una persona asume esta calidad y no se pueden alegar condiciones especiales bajo ningún concepto, puesto que estos derechos deberán estar resguardados en toda transacción comercial y son:

⁹⁵ BARROS Puga Martha, *Derechos del Consumidor*, México, 1999

- Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios.
- Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad.
- Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar.
- Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida.
- Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales.
- Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos.
- Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios.
- Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor.
- Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión.
- Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan; y,
- Derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá notar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado.⁹⁶

La Ley de Consumidores y Usuarios Española, citada por Farina, ha establecido una sucinta enumeración de aquellos derechos que se consideran como “derechos básicos” correspondientes al consumidor:

- a. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

⁹⁶ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. (Ley No.2000-21 Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001). Art.4

- c. La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d. La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar los conocimientos sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e. La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f. La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de violación de sus derechos.⁹⁷

La consecución de estos derechos conlleva a mejorar la calidad de vida de las personas, incrementando niveles económicos, gracias a la seguridad que tiene la población con respecto a la garantía de sus derechos como consumidor. Por ello, la protección no sólo debe estar dirigida al consumo de productos tangibles, sino con más control al consumo de servicios intangibles, que es en donde puede existir una mayor vulneración de los derechos.

2.3.2 Derechos básicos de los proveedores

De igual forma es importante también conocer los derechos que el proveedor tiene frente a su consumidor; pues el trato igualitario crea derechos que deberán ser respetados para la armónica relación comercial de ambos contratantes. Estableceremos los siguientes:

- Derecho al respeto de solicitud de pedidos y pagos: El respeto y compromiso que el demandante debe tener con el proveedor está dado en el pago a tiempo y oportuno del precio pactado en la fecha estipulada; además, será de respeto mutuo los tiempos de entrega acordados y a valorar bajo los principios comerciales vigentes los precios establecidos.

⁹⁷ FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario" 4ª edición, Editorial Astrea 2011. Pág. 24

- Derecho a la información: Es necesario que el proveedor conozca de algún tipo de particularidad de su cliente que pueda ocasionar un perjuicio en la transacción; y es obligación del cliente manifestar a tiempo cualquier cambio estructural que de alguna manera afecte la operación.
- Derecho a no ser utilizado como argumento comparativo para cotizar un trabajo cuando de antemano se sabe que no se le otorgará.
- Derecho a solicitar acceso a su archivo válido para repasar la información presentada, para corregir cualquier información errónea que conozcan durante el proceso de validez y mantenerse informados de su situación.

2.4 EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS CONSUMIDORES

2.4.1 El Derecho a la Información: Conceptos Generales

El derecho, sostiene Dworkin, no sólo está compuesto por normas sino también por directrices que tienen como fin perseguir un bien colectivo. Tales principios configuran un estándar de comportamiento que se ajusta a exigencias de justicia y equidad, y suministra las razones para decidir en un sentido determinado.⁹⁸

⁹⁸ LOPEZ DE OÑATE, Flavio, *Filosofía del derecho*, Bs. As., Ejea, 196, pág. 109. Citado por WEINGARTEN, Celia *Derechos en expectativa del consumidor*, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Buenos Aires, 2004. Pág. 4

El derecho no se agota en el conjunto de normas, como lo presenta el positivismo⁹⁹, según el cual sólo existe obligación cuando una norma jurídica la impone; también puede ser impuesta por ciertos principios (p.ej., abuso de derecho, buena fe, enriquecimiento indebido o, desde esta nueva óptica, la doctrina de los propios actos).

“El elemento fundamental del derecho no es la norma, sino el principio que la justifica, y la conducta antecedente es de vital importancia en cuanto a las expectativas razonables de derechos.”¹⁰⁰

Es así como se genera este Derecho del Consumidor, una disciplina que cobra más importancia cada día, debido al vínculo inmediato que tiene el ciudadano común con la problemática cotidiana que enfrenta en relación al consumo y al mercado que ofrece cubrir sus necesidades, generándose una permanente necesidad de crear y establecer herramientas legales indispensables para fundar un trato digno y justo para las personas.

El Derecho a la Información es de aparición reciente, y hoy por hoy es considerado un derecho fundamental.

Para los clásicos del siglo XIX y seguidores del Código francés, los principios de igualdad, libertad y fraternidad hacían innecesaria o superflua toda información, ya que la igualdad suponía capacidades similares, aptitudes semejantes; la libertad no se compadecía con la imposición por el Estado de ciertos deberes, a la hora de contratar, y la fraternidad despejaba toda duda sobre una negociación equitativa. La desinformación era atribuida a “torpeza”, abandono o negligencia; quien carecía de conocimientos, se pensaba, sobre la base de la posibilidad cierta de adquirirlos sin mayores esfuerzos, no era merecedor de la tutela estatal, del apoyo del legislador.

⁹⁹ TERAN, Oscar, *Positivismo y Nación en la Argentina*, Bs. As., Puntosur, 1987, pág.14. Citado por WEINGARTEN, Celia “*Derechos en expectativa del consumidor*”, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Buenos Aires, 2004. Pág. 4

¹⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 4

El nacimiento de un fuerte derecho a la información es hijo de la economía de los tiempos más recientes, de la masificación, de la toma de conciencia sobre la "debilidad", del avance de los principios de solidaridad y dignidad de la persona, de la necesidad muy sentida de combatir usuras o aprovechamientos.¹⁰¹

Para Jorge Mosset Iturraspe y Javier H. Wajntraub:

La información, al transmitir conocimientos, apunta a colocar al informado en una situación parecida o semejante a la del informante, respecto del bien o del servicio. Como el contrato de consumo enfrenta a un profesional con un inexperto, por la vía de la información se busca "acercar" a las partes en sus conocimientos, con la finalidad de lograr un cierto equilibrio en la relación. Es innegable, empero, que la información no ha de producir el milagro de transformar al "ignorante" en "sabio", pero respecto del concreto negocio que se celebra, de las características del bien o del servicio, otorga al careciente saberes determinados que posibilitan una mejor decisión.¹⁰²

Podríamos así mismo establecer las características del deber de informar, siguiendo los conceptos del maestro Lorenzetti, citado por Jorge Mosset Iturraspe y Javier H. Wajntraub:

- Los hechos susceptibles de influir sobre la decisión del consumidor. El deber de información configura un instrumento de tutela del conocimiento, pues otorga a los consumidores la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de la celebración del contrato.¹⁰³
- Los datos que hagan referencia a la invalidez del contrato.
- Los referentes a los vicios de la cosa.
- Los relativos a la funcionalidad de la cosa o servicio.
- La información que el prestador debe brindar es fundamental en todas las etapas de negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato.
- La ley 24.240 consagra un minucioso deber de información en el artículo 4º, que incluye la publicidad (artículo 8º) y tiene aspectos específicos en la venta (art.10º), en los servicios (artículos 19,20) y en el crédito.

¹⁰¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., "Ley de Defensa del Consumidor", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008. Pág.20

¹⁰² Ibidem. Pág. 20

¹⁰³ Al respecto se sentenció que "el deber de información previsto por el art.4º de la ley 24.240 cobra especial relieve en el desarrollo de las negociaciones previas a la concreción del contrato – en el caso, los compradores de una vivienda en cuotas no fueron informados al momento de abonarse la seña de ciertos requisitos relativos al producto vendido -, toda vez que es en ese momento cuando la parte debe conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato y dar noticia de ello a la otra parte" (CNFed.CAdm., sala II, 10-8-2000, "Viviendas Rolón de Siteca SRL c/S. C. e I.", L.L. 2001- B-96; D. J. 2001-2-397).

- El profano no tiene un derecho adquirido a la pasividad ni a un comportamiento que solo traduzca expectativas con relación al activismo del toro.
- No se requiere intención. El cumplimiento del deber de información es de carácter objetivo. (LORENZETTI).

2.4.2 La información como derecho fundamental del consumidor financiero en el ejercicio bancario.

El texto del Art. 52 de la Constitución de la República del Ecuador, reza lo siguiente “las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características...”

Por lo que en una relación comercial necesariamente implica la información compartida tanto para el ofertante como para el demandante, con el propósito de minimizar el posible riesgo que eventualmente se daría al momento de la transacción.

En concordancia con el mismo texto constitucional, en el Capítulo VI sobre los Derechos de Libertad, en su Art. 66, inciso 25, establece que: “el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.”

La garantía que tienen los consumidores respecto a disponer de servicios de óptima calidad, elegirlos con libertad y a poseer una información precisa, tiene una jerarquía constitucional, debido a que su protección se encuentra consagrada en la norma suprema.

El numeral 4, del Art. 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece que es un derecho fundamental del consumidor, a más de aquellos consagrados en la Constitución, tratados o convenios internacionales, la legislación interna, y los principios generales del derecho y costumbre mercantil: el recibir la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar.

Junto con esta normativa, se complementa aquella establecida por la Junta Bancaria, en la resolución No. JB-2010-1782, En el libro I "Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, en la que debemos citar los siguientes artículos:

Art.5.- Los derechos del usuario del sistema financiero sobre los productos y servicios financieros que oferten las instituciones del sistema financiero, de conformidad con la ley y las sanas prácticas, serán tutelados, en primera instancia, por el defensor del cliente de las instituciones financieras, y por la Superintendencia de Bancos y Seguros, y para ello podrá actuar de oficio o a petición de parte de acuerdo a lo mandado expresamente por la Constitución y las leyes aplicables, sin perjuicio de las competencias que otras autoridades ejerzan de acuerdo con la ley.

No obstante, toda autoridad pública en aplicación de sus competencias y de conformidad con la ley, protegerá los derechos del usuario del sistema financiero.

Art. 8.- Acceder a través de las instituciones y entidades afines, de acuerdo con la normativa vigente, a los distintos niveles de educación financiera que le permita al usuario comprender sus derechos y obligaciones en el ámbito financiero; el rol de la Superintendencia de Bancos y Seguros, rol del sistema financiero, la base legal pertinente; el alcance y efectos de los productos y servicios del sistema financiero, que le permita tomar decisiones informadas, y defender sus derechos de tal manera que facilite su participación social activa y responsable.

Art. 9.- Acceder y recibir directamente información clara, precisa, oportuna, razonable, adecuada, validada, veraz y completa, relacionada con los productos y servicios ofertados por las instituciones del sistema financiero, especialmente en los aspectos financiero, legal, jurídico, operativo, fiscal y comercial, entre otras, incluyendo sus riesgos asociados:

9.1 La información, sobre los productos y servicios financieros, deberá estar al alcance del usuario del sistema financiero antes, durante y después de las respectivas prestaciones y deberá ser elaborada considerando el grado de educación financiera, sea este, usuario directo o indirecto de la institución financiera;

9.2 Recibir una exposición clara de las condiciones y procedimientos establecidos en el contrato y otros instrumentos a fin de evitar errores de interpretación. Los términos deberán expresarse con claridad y en idioma castellano. En caso de duda se aplicarán a favor del usuario;

9.3 Conocer en forma expresa, oportuna y suficiente cualquier modificación de los plazos, tasas de interés pactadas, gastos y demás condiciones del contrato, así como la forma de su aplicación, y los efectos de dichos cambios cuando éstos afecten sus derechos;

9.4 Conocer, por cualquier medio accesible de manera previa a la ejecución y en el lugar en el cual se adquirió la obligación, la identificación de la institución a la cual se transferirían los documentos y la transferencia que respalda la operación de la cual el usuario es garante directo o indirecto;

9.5 Conocer oportunamente y de forma detallada todos los costos financieros y gastos asociados al producto o servicio ofertado, de conformidad con la ley y normativa pertinente, información que deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al usuario ejercer su derecho a elegir antes de formalizar o perfeccionar la prestación del mismo;

9.6 Ser informado sobre los costos fiscales reales de los productos y servicios financieros;

9.7 Recibir publicidad clara, no engañosa y que no induzca a error, que recoja las condiciones necesarias, completas y adecuadas del producto o servicio publicitado. La publicidad tendrá fuerza vinculante cuando los contratos o los acuerdos, se pacten con base en la oferta publicitaria; y,

9.8 Conocer el tipo de cambio de la moneda en la cual se contrate y las condiciones de su fijación posterior.

Art. 13.- El usuario tendrá derecho a:

13.1 Exigir información y documentación de todos los actos que respalden la negociación, contratación, ejecución y terminación del contrato, y/o de la prestación de productos y servicios financieros ya sea al obligado directo o indirecto;

13.2 Derecho a obtener los documentos que han sido debidamente cancelados o endosados por haberse subrogado en la obligación en calidad de garante; y,

13.3 Conocer si en las bases de datos de las instituciones del sistema financiero existe información sobre sí mismo y acceder a ella sin restricción alguna; a conocer la fuente de dicha información; y, a exigir de la misma la rectificación de los datos personales cuando dicha información sea inexacta o errónea.

Por su parte, el texto del artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos de los Usuarios de los Servicios Bancarios y Financieros, la misma que fue suscrita en Salamanca –España, reza lo siguiente: “Los usuarios tienen derecho a que las entidades financieras les informen acerca de la existencia y contenido de las condiciones generales que vayan a incorporarse al contrato de que se trate, sea celebrado de forma ordinaria o por vía electrónica.”

El mismo cuerpo legal, la Declaración Universal de Derechos de los Usuarios de los Servicios Bancarios y Financieros, cita a continuación:

Art. 20. “Los usuarios tienen derecho a recibir información clara, adecuada inteligible y completa de los productos y servicios ajustados a sus necesidades que ofrezcan las entidades financieras y de sus correspondientes contraprestaciones y gastos, así como de las condiciones de los contratos que tengan por objeto tales productos y servicios.

Los usuarios tienen derecho a recibir la información adecuada de las entidades antes, durante y después de la celebración del contrato.

Las entidades financieras informarán debidamente al mercado y a las autoridades competentes, según lo previsto en su normativa nacional, acerca de su situación financiera y empresarial.

Art. 21. Derecho a la Información de los gastos de los Productos y Servicios Financieros antes de la Celebración del Contrato.

Los usuarios tienen derecho a reclamar de las entidades financieras, antes de celebrar un contrato sobre sus productos o servicios, información accesible, homogénea, transparente, exacta y comprensible sobre las comisiones propuestas por las entidades y sobre las comisiones máximas establecidas por la autoridad bancaria o financiera, cuando así proceda, para poder compararlas.

Los usuarios tienen derecho a conocer los tipos de interés y de cambio aplicados por las entidades financieras, así como todos los gastos directos e indirectos que se apliquen en cada caso.¹⁰⁴

A decir Mosset Iturraspe:

[...] la responsabilidad por la falta de información, su inadecuación, oscuridad o parcialidad, alcanza a todos los intervinientes en la cadena de comercialización, que no ha menester, la responsabilidad originada en su falta o carencia, de la

¹⁰⁴ Norma citada. Declaración Universal de derechos de los usuarios de los servicios bancarios y financieros, suscrita en Salamanca – España, 29 y 30 de septiembre 2005

demostración de dolo o culpa, por originarse el deber de resarcir los daños en la creación de riesgos o peligros, nacidos de la desinformación que se traduce en daños.¹⁰⁵

Es decir, que mientras una adecuada información logra evitar los riesgos y daños, la desinformación es creadora de estos riesgos.

El consumidor común puede haber escuchado respecto de su derecho a estar bien informado, pero pocas veces el mismo ejercita este derecho en la situación concreta; aún cuando se sepa de antemano que “el consumidor tiene en el conocimiento o la falta de éste uno de los aspectos más vulnerables”.¹⁰⁶

Como podemos observar, la legislación nacional e internacional, ha establecido normas para la protección del consumidor dentro del servicio bancario, sin embargo, en la práctica, muchas de ellas quedan como sencillas declaraciones. Una adecuada comprensión y aplicación de la información, generarían una importante fuente de razonamiento y ejecución para las autoridades competentes a la hora de concluir si es que la presencia o no de una adecuada información confluía en ejercicio particular de los derechos que tiene el consumidor.

Lo efectivo en el plano socioeconómico sería que el consumidor esté adecuadamente informado al celebrar un contrato, superando la brecha “informativa”. Desde el punto de vista normativo el deber de información es “el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atiende a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para

¹⁰⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., “*Ley de Defensa del Consumidor*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008. Pág. 21

¹⁰⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., “*Ley de Defensa del Consumidor*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008. Pág. 64

evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si no son suministrados. (LORENZETTI).

Como ya hemos establecido, la adecuada información implica que se decida por el menor riesgo posible, por ello su práctica es fundamental para que el fin del acto de consumo se establezca.

Otorgar una adecuada información por parte del banco respecto de los servicios contratados resulta complejo; en palabras de Verónica Regalado quien menciona: “la información provista puede o no ser comprendida adecuadamente por el usuario, ya que requiere de un mínimo de conocimiento “técnico” específico, lo cual dificulta el poder evaluar fácilmente la información brindada, por lo cual esta pasa a ser intrascendente.”¹⁰⁷

Informar a un inversionista, banquero, o sin ir más lejos, a un usuario constante del servicio bancario, no es igual que informar a una persona que desconoce de las operaciones bancarias y que por primera vez desea realizarlas, con dudas y hasta miedos; es aquí cuando surge la complejidad, pues los temas tendrán que ser abordados de manera didáctica y profesional para una mejor comprensión.

Dicho esto, surge la inquietud respecto de cómo lidiar con la falta de información que sufren usuarios y consumidores de servicios. El siguiente texto menciona ciertos detalles importantes:

[...] participando y buscando formas y medios de comunicación alternativos a los medios de comunicación de masas. En este sentido debe constituir un fin primordial para el Estado el tender a que la asimetría de información existente por

¹⁰⁷ Regalado Verónica, *La protección del consumidor*, Diario La Hora, Revista Judicial, 17 de septiembre del 2009.

diversos motivos (tecnológicos, logísticos, económicos, de capacitación) entre estos actores sociales sea la de menor grado posible, para que, la tutela constitucional de los usuarios y consumidores sea una realidad y no una mera expresión de deseos, contribuyendo realmente, como reza el texto constitucional, a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.¹⁰⁸

La información debe actuar en todas las etapas de la relación jurídico-bancaria, desde su etapa pre contractual hasta la ejecución plena del contrato. En la medida en que la información sea adecuadamente impartida a lo largo de la duración del vínculo, la contratación en sí será distinguida por contener un consentimiento preciso y claro, y por ello plenamente eficaz. Que constituye la esencia principal de la seguridad jurídica.

El hecho de que la información al consumidor financiero es un derecho constitucional, y que el Estado es aquel responsable de responder por su implementación, hace que sea importante materializar una apropiada educación del consumidor orientada a transmitir sus derechos para que proceda a un consumo responsable y consentido. Adicional de perpetrar en los prestadores de servicios una conciencia oportuna en cuanto a promover la eliminación de la competencia desleal y las actitudes monopólicas, que a la postre tienen como consecuencia la conculcación de los derechos de quienes requieren de sus servicios.

2.4.3 La publicidad y su relación con la información

A la publicidad la entendemos como toda forma de comunicación, la misma es paralela a la información, la una con la otra van de la mano en cuestión de salvaguardar los derechos del consumidor, aunque sus objetivos sean diferentes. Pues la información es un servicio obligatorio que se debe al cliente mientras que la publicidad, por el contrario, funciona para captar clientes, ésta se encarga de generar en el público necesidades y expectativas.

¹⁰⁸ <http://www.elsantafesino.com/opinion/2002/06/15/378>. acceso: 17 de noviembre del 2011

La Ley de Orgánica de Defensa al consumidor establece que la publicidad,

[...] es la comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.¹⁰⁹

En el ámbito de la publicidad podemos establecer que así como constituye una herramienta para que se forje la relación contractual entre el proveedor o prestador de servicios y bienes y el consumidor o usuario, puede constituirse también objeto del menoscabo de los derechos de estos últimos. Nos referimos en este aspecto a la publicidad ilícita que para la ley española 34/1988, citada por Javier H. Wajntraub, se clasifica en las siguientes categorías:

- 1) La publicidad que atente contra la dignidad de las persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer;
- 2) La publicidad engañosa;
- 3) La publicidad desleal;
- 4) La publicidad subliminal;
- 5) La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. (WAJNTRAUB, 2008).

Es así como en nuestra legislación se da un tratamiento especial en cuanto al tema de la publicidad, por hacer exhaustiva referencia a la publicidad engañosa y abusiva:

La publicidad abusiva, considerada también todo modo de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales; es concretamente, toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a

¹⁰⁹ Artículo 2, Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Ley No.2000-21 Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001).

comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.

En cambio, llámese a la publicidad engañosa, toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.¹¹⁰

Celia Weingarten menciona:

El mensaje publicitario suele traspasar los límites que marca la ética, ocultando información y acudiendo al engaño con el fin de promover el máximo consumo, y esto debe generar responsabilidad.

La libre elección del consumidor se ve restringida por esta manipulación, que lo condiciona e induce a adoptar determinada decisión.

Por tanto, optimizar la información conduce a maximizar la libertad de elección. Es importante lograr la mayor transparencia posible, pues ella permite una competencia real que beneficia a las empresas y a los consumidores.

El rol del Estado resulta preponderante, pues debe procurar que se cumplan las normas de protección al consumidor y velar por la transparencia de la información, la equidad del mercado y el equilibrio entre las empresas (competencia leal).

A nivel mundial, la tendencia es establecer regulaciones publicitarias para proteger al consumidor (restricciones en la estructura de los mensajes) y proporcionar una información veraz sobre el producto y sus riesgos.¹¹¹

La confianza genera certeza en la entidad bancaria. En este punto, la publicidad es un mecanismo que viabiliza este carácter. Es decir:

la publicidad es parte de este proceso en tanto es un vehículo de comunicación entre bancos y tomadores de préstamos utilizada para transmitir esa imagen y sirve como elemento de persuasión y estímulo a los potenciales clientes, es decir, la

¹¹⁰ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Ley No.2000-21 Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001). Art.2

¹¹¹ WEINGARTEN, Celia *"Derechos en expectativa del consumidor"*, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Buenos Aires, 2004. Pág. 4

publicidad es también un instrumento más que crea y mantiene una apariencia de confianza y de ética, que compromete jurídicamente en esa misma medida.¹¹²

Por su parte García Sais concuerda:

[...] el mercado de bienes y servicios se caracteriza por la utilización de instrumentos, como la publicidad, con los que los empresarios aproximan sus ofertas a los consumidores. Estos instrumentos cuando acogen la forma de comunicaciones comerciales pueden quedar acogidos dentro del concepto de publicidad. Es sabido que la publicidad tiene una incidencia en el comportamiento económico y negocial de los consumidores en el mercado y en el tráfico jurídico, y en un mercado de libre competencia la publicidad incita al consumidor y promueve la contratación de bienes y servicios.¹¹³

Es así como en el ámbito que nos concierne, si un consumidor financiero, motivado por una publicidad, acude a una entidad bancaria para recibir información acerca de un servicio bancario, será en ese momento donde el banco asume toda la responsabilidad de demostrar al cliente estos dos ítems: publicidad e información. Que aunque mantienen entre sí un lazo conector, la información siempre tendrá que ser más ampliamente expresada que la publicidad.

2.4.4 La aplicación del Derecho a la Información en el Crédito Hipotecario

Es de conocimiento general que la actividad bancaria es bastante amplia, mucho más aún cuando ella constituye uno de los ejes fundamentales del movimiento económico nacional. Son diversos los productos bancarios que son ofertados a los consumidores financieros: créditos o préstamos de consumo para empresas que desean inyectar capital para desarrollo, las familias que adquieren viviendas propias o planifican ahorros e inversiones para el futuro.

¹¹² WEINGARTEN Celia, DIAZ PALACIO Eugenia, Director: GHERSI Carlos A., *"Hipoteca y Préstamo de Dinero"*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001. Pág. 70

¹¹³ GARCIA SAIS, Fernando, *"Derecho de los consumidores a la información- una aproximación a la publicidad engañosa en México"*, Porrúa, México, 2007, pág. 14-15.

Existe la disyuntiva de ciertos servicios bancarios que no son destinados concretamente al consumo de un bien tangible en sí, y puede considerarse que el consumo se refiere al servicio que están contratando.

Elementalmente esta complejidad de determinar el fin para el cual fue concedido un préstamo, se vislumbra de manera especial en el crédito hipotecario que una entidad bancaria ofrece al cliente; el objeto principal de la contratación se centraría en el monto de capital que pueda obtener para la adquisición, ampliación o remodelación de una vivienda, por lo tanto, no se trataría de un consumo del bien tangible, en estricta definición de la palabra. Una vez más mencionamos el concepto de la intermediación financiera, es decir las operaciones de la banca son un medio para alcanzar el fin en sí (bien a consumirse).

Sin embargo, la garantía hipotecaria no solo procede en este sentido. Según el Código Civil, y todo cuanto ya hemos establecido en el primer capítulo, existe la hipoteca con el carácter de abierta que es precisamente una línea de crédito abierta que garantiza al cliente obligaciones presentes y futuras. Cuando se constituye este elemento jurídico a favor del Banco conlleva las obligaciones que el cliente tiene contraídas o pudiese contraer con la entidad, por ejemplo: el sobregiro, préstamos de consumo, contrato de mutuo, etc.

Sin embargo, el banco no queda exento de su deber de informar apropiadamente sobre la operación bancaria, sus características y efectos, al deudor o consumidor financiero. La información en los sistemas de crédito que deberá proporcionar el banco a sus usuarios de manera clara y oportuna está regulada en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, que reza lo siguiente:

Cuando el consumidor adquiera determinados bienes o servicios mediante sistemas de crédito, el proveedor estará obligado a informarle en forma previa, clara y precisa:

1. El precio al contado del bien o servicio materia de la transacción;
2. El monto total correspondiente a intereses, la tasa a la que serán calculados; así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales.
3. El número, monto y periodicidad de los pagos a efectuar; y,
4. La suma total a pagar por el referido bien o servicio.¹¹⁴

Esta misma norma:

- a. Se prohíbe el establecimiento y cobro de intereses sobre intereses.
- b. Dispone, que el cálculo de los intereses en las compras a crédito debe hacerse exclusivamente sobre el saldo de capital impago. Es decir, cada vez que se cancele una cuota, el interés debe ser recalculado para evitar que se cobre sobre el total del capital.
- c. El proveedor está en la obligación de conferir recibos por cada pago parcial. El pago de la cuota correspondiente a un período de tiempo determinado, hace presumir el de los anteriores.

En cuanto a la información que deberá entregar la entidad cuando se trate de operaciones de crédito que no correspondan a tarjetas o sobregiros, se dispone:

- [...] Para cada transacción crediticia que no corresponda a una tarjeta o línea de crédito (sobregiro) o afín, las instituciones del sistema financiero, entre ellas los bancos, deberán divulgar los siguientes antecedentes, tanto en la solicitud de crédito como en la liquidación de la operación:
1. La identificación de la institución del sistema financiero que otorga el crédito.
 2. La tasa de interés por cada tipo de crédito y el interés de mora.
 3. El detalle de las primas de seguros, explicación de su concepto y periodicidad de cobro.
 4. La carga financiera, utilizando este término.
 5. La suma del monto financiado más la carga financiera, usando el término suma total de cuotas.
 6. La explicación descriptiva del concepto de carga financiera.
 7. El monto líquido que el cliente recibe al instrumentarse la operación.
 8. El número, monto y fechas de los pagos programados para repagar el crédito.¹¹⁵

¹¹⁴ Artículo 47, Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Ley No.2000-21 Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001).

¹¹⁵ Resolución N° JB-2005-764 de 17 de marzo del 2005 y reformado con resolución No JB-2005-790 de 11 de mayo del 2005.Art. 5

Entonces, si el derecho a la información del consumidor financiero debe activarse en una toda relación de servicio ofrecida por el Banco, éste está sujeto a la respectiva Ley dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, y demás leyes reguladoras del sistema financiero.

2.6 EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FINANCIERO HIPOTECARIO ANTE LA JUSTICIA

El acceso a la justicia es un Derecho que posemos todos los ecuatorianos. Este debe ser ágil, oportuno, gratuito, sin dilaciones de ninguna clase, de igual forma la Constitución Política del Ecuador en su artículo 66 numeral 13, 16, 23,25 garantizan como derechos de libertad a asociarse, a contratar, a dirigir sus quejas y peticiones y a acceder a servicios públicos o privados de calidad.

Sin embargo de la consagración de los derechos del consumidor en el Ecuador, aun no se tiene una conducta sobre consumo y todavía no se entiende la importancia el correcto tratamiento de estos derechos; por lo que existe una violación a los mismos, que no son sometidas a procesos judiciales, en ausencia y desconocimiento de las personas sobre esta temática; a pesar que en productos los controles así como las exigencias de los consumidores son mas severas; en el campo de los servicios existe un total desconocimiento de los derechos que también posee el usuario; debe entenderse que el consumidor tiene el derecho a que se proteja su salud; a estar bien informado, a escoger, y sobre todo a ser escuchado cuando un bien o un servicio no cumple las condiciones por las cuales pagó un precio.

Otro problema que enfrentan los consumidores, es la falta de organización que ellos tienen, pues en el país existen muy pocas agrupaciones que tienen como objeto el propagar los derechos de los consumidores, sobre todo al conocer y saber sus derechos se podrá mejorar la

conducta de consumo y alcanzar una justicia verdadera, basados en el respeto mutuo y consolidando la calidad de los servicios y bienes ofertados.

El 10 de julio del 2000 entra en vigencia la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, superando la anterior aprobada en 1990. Por ser ley Orgánica, tiene una mayor jerarquía sobre cualquier otro tipo de leyes, lo que le da una valiosa característica.

“La Constitución Política de la República señala que El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará las medidas para el cumplimiento de sus objetivos”¹¹⁶. Este precepto se encuentra desarrollado en el Capítulo XI de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, bajo el título “Asociaciones de Consumidores”, el artículo 61 de la Ley, “determina la independencia de las asociaciones de consumidores, en el sentido de no tener vínculos con sectores políticos, religiosos, económicos o comerciales”¹¹⁷.

La doctrina, el derecho comparado y los instrumentos internacionales reafirman este principio de independencia que garantiza que la representación de los intereses colectivos de los consumidores esté exenta de cualquier otro interés que no sea el suyo propio. “Es así como el Estatuto de Consumers International determina que para ser miembro de esta organización mundial se requiere no tener vinculación con proveedores”.¹¹⁸

La existencia de una organización que permita solventar de mejor forma las demandas de los consumidores, es de trascendental importancia para el beneficio, tanto de los consumidores, como de las exigencias y demandas que permitirán un mejoramiento en la calidad de los productos ofertados, logrando un crecimiento en el nivel de vida de las personas y el desarrollo del país.

¹¹⁶ Constitución Política de la República,

¹¹⁷ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Ley No.2000-21 Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001).

¹¹⁸ Art. 3 del Estatuto Consumers International,

El Estado también debe promover la educación al consumidor, informar sobre las características de la calidad de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado, además de respaldar a través de un marco legislativo raudo y eficaz todos los daños que la inobservancia de los derechos causa al consumidor; a través de instituciones que vayan encaminadas a la defensa de los derechos; así lo dice textualmente el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Defensa del Consumidor: “Representar los intereses individuales y colectivos de los consumidores ante autoridades judiciales o administrativas; así como, ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta Ley se refiere, cuando esto sea solicitado expresamente por los consumidores”

Por citar un ejemplo, en cuanto a la salud el artículo 32 de la Constitución Política, dice: “la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir”, por tanto si un producto o servicio que no haya sido debidamente controlado y se pone a disposición de la población, y este ocasiona lesiones o daños en la salud por su consumo, el Estado tendrá la responsabilidad, por no haber garantizado el derecho a la buena salud. Entonces, es necesario que el Estado vuelva su mirada a las campañas publicitarias, a los controles sanitarios, y en general a todos los procesos que los productos tienen; para garantizar a los consumidores su uso o consumo. Así también la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor contiene un capítulo dedicado a la “Protección a la Salud y Seguridad” sobre todo en el ámbito de la alimentación y la seguridad y soberanía alimentaria. En su artículo 13 expresa el derecho al acceso seguro y permanente de alimentos sanos, suficientes y nutritivos.

En la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 308 consagra: “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”

En este artículo entendemos que los servicios financieros son parte de un servicio que se brinda para el consumo y por tanto, estos deberán cumplir con todas las condiciones que la Ley y los derechos del consumidor manifiestan; además en el Capítulo VII de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 47 se estructura una normativa relacionada con los sistemas de crédito, respecto de la información, cobro de intereses, prohibición de anatocismo, constancias y mecanismos de pago.

Finalmente los derechos del consumidor se vinculan a todo ámbito de consumo; incluido los servicios financieros y como se ha establecido en líneas anteriores existe normativa que rige sobre los contratos bancarios y los servicios que este oferta a sus clientes; sin embargo, los derechos son vulnerados, tal vez no por un acto voluntariamente, pero al tratar de proteger los actos que el banco realiza, los derechos del consumidor se ven vulnerados; en definitiva debe existir un cambio conductual para mejorar las actuales relaciones de comercio que se dan en el

mercado ecuatoriano; y para ello es necesario que se empiecen a cultivar y respaldar las acciones que vayan en mejora de los derechos del consumidor.

2.5.1 El consumidor y el acceso al sistema judicial en la solución de conflictos

El Consumidor y Usuario, es un ciudadano que en muchos de los casos no está informado sobre sus derechos y a duras penas conoce los derechos elementales para su existencia, como el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la alimentación, derecho a inscribir sus nombres y apellidos, derecho a estudiar y al derecho al trabajo remunerado. Surge entonces la necesidad de despertar la conciencia del consumidor y el usuario y sumarse a la gran lucha por defender sus derechos garantizados constitucionalmente, y por esto se han adherido instituciones públicas y privadas para proteger al consumidor y usuario, así como también exigir mecanismos eficientes y eficaces para que las autoridades apliquen correctamente la Ley Orgánica de Defensa Consumidor y no queden en letra muerta mientras los proveedores de bienes o servicios sigan haciendo de las suyas, al no someterse al respeto de la Constitución y la ley.¹¹⁹

Para demandar estos derechos se puede acudir a los siguientes procesos:

El sistema Judicial:

- El procedimiento en la Defensoría del Pueblo: El defensor del pueblo puede ser uno de las instituciones que se debe acudir cuando exista este tipo de vulneraciones; pues a través de un informe en base del cual se solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo.
- El procedimiento en los Juzgados: Una vez emitido el respectivo informe el Defensor del Pueblo dirigirá al juez competente la acción para su conocimiento, cumpliendo las normas del debido proceso. En esta audiencia concurrirán las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidos, luego de lo cual se dictará sentencia.

¹¹⁹ www.consumidoresandinos.com. Acceso: 08 de septiembre del 2011

➤ El sistema administrativo

Dentro de la organización administrativa existen organizaciones públicas (rango y adscripción competencial) y privadas que trabajan en el área de protección del consumidor las mismas que se encuentran estructurada de la siguiente manera:

Públicas:

- Subcomisión Nacional de Defensa del Consumidor de la Defensoría del Pueblo, instancia creada para dar cumplimiento a la obligación del Defensor del Pueblo de velar por los derechos de las personas. Creada en 1999 bajo la forma de Defensoría Adjunta.
- Dirección de Defensa del Consumidor de la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias, Productividad y Competitividad (MIPRO), creada a principios de 2009.
- El MIPRO cuenta con una página web: www.mipro.gov.ec y en proceso de implementación de 10 líneas gratuita 1800-consumidor.

Privadas:

- Asociaciones de consumidores.
- La Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, persona jurídica sin fines de lucro, que bajo la modalidad de fundación obtuvo su personería jurídica en 1997, conforme a los requisitos de la Ley de Defensa del Consumidor de 1990. Tiene como propósito educar, informar y defender los derechos de los consumidores y usuarios. Lo hace desde una perspectiva democrática, equitativa y sostenible. La Tribuna es miembro pleno de Consumers International desde 1997. La Misión de la organización es visibilizar y posicionar la problemática de los consumidores en la agenda pública, para mejorar la calidad de vida de la población.

2.5.2 Defensor del Cliente Bancario

El artículo 12 de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre del 2008, dispone que cada “entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, con cargo al presupuesto de cada entidad, que será designado por el Superintendente de Bancos y Seguros...”

Estamos hablando del Defensor del Cliente Bancario, que constituye una salvedad a los problemas originados por el incumplimiento de las entidades bancarias, en cuanto al derecho que tienen los usuarios en el servicio financiero.

La función de este defensor es la de proteger los derechos e intereses de los clientes de la respectiva institución financiera.

Un consumidor podrá acceder a reclamar al Defensor del Cliente, una vez que haya hecho el respectivo reclamo por escrito directamente a la institución del sistema financiero sin que haya obtenido respuesta en el plazo de 15 días cuando se trata de reclamos originados en el país, y de 2 meses cuando el reclamo se produce por transacciones internacionales y no hubiere obtenido respuesta.

Una vez que el Defensor del cliente ha conocido y aceptado el reclamo formulado por el cliente, el defensor revisará el contenido del reclamo y de ser necesario requerirá a la institución del sistema financiero la documentación. Analizada la información en cuanto al

reclamo, el defensor del cliente emitirá su pronunciamiento en treinta días, que se contarán desde la fecha de presentación del reclamo original, siempre y cuando la documentación hubiese estado completa.

Una vez que hemos hecho el exhaustivo análisis correspondiente a los contratos conferidos por las instituciones financieras con el cliente, con especial énfasis, en el contrato de mutuo hipotecario, cabe la pena concluir si los bancos viabilizan el establecimiento de políticas que respeten cabalmente el derecho de sus clientes.

De toda esta propuesta de investigación, han quedado dudas respecto del criterio de proporcionalidad que tiene el banco respecto de sus acciones frente al consumidor, puesto que, dentro del proceso para la obtención de crédito hipotecario, el banco garantiza sus interés dos veces, no sólo con la suscripción del contrato de mutuo, en algunos casos, el cliente debe firmar una letra de cambio o pagaré para garantizar la obligación.

Esto constituye una doble garantía, y un desmedro al principio de igualdad y proporcionalidad hacia el cliente. Sin embargo, estos son temas que pueden ser objeto de estudio para otra investigación.

CONCLUSIONES

- I. La principal actividad de las instituciones del sistema financiero, con especial referencia a los bancos, es la intermediación financiera que consiste en el otorgamiento de créditos y la captación de inversión; es decir el recibir dinero de los usuarios quienes tienen capacidad de ahorro, manejar estos rubros otorgados para su custodia poniéndolos a disposición de sus clientes que necesitan de fondos a través del crédito. La ganancia para la entidad consiste en la diferencia entre el porcentaje que paga al depositante por su dinero, y el porcentaje que cobra el banco por prestar el dinero. Por esta razón, los bancos promocionan al público la mayor captación de sus productos, generando así instrumentos crediticios, financieros y de servicios, generando así la gran actividad económica recíproca a nivel nacional e internacional.

- II. En la sociedad actual con una clara tendencia al consumo, los servicios bancarios cobran vital importancia a la hora de viabilizar operaciones esenciales para el consumidor como es el otorgamiento de créditos para la adquisición de bienes, para lo cual, el Banco crea mecanismos jurídicos, que son escasamente comprendidos por el cliente común y que obedecen a la satisfacción de los intereses particulares de la entidad bancaria.

- III. La operación bancaria de crédito genera una relación banco-cliente que se formaliza a través del contrato denominado de mutuo bancario, cuyo objeto principal es la concesión del préstamo y se perfecciona con el cumplimiento de la obligación a través de la cancelación de la deuda por parte de quien solicita el servicio, incluyéndose en él, las respectivas medidas de aseguramiento para la entidad.

- IV. Las obligaciones crediticias están protegidas por las entidades bancarias a través de garantías que sirven para respaldar sus créditos y que aseguran la oportuna cancelación de los mismos. Estas garantías resultan indispensables al momento de protegerse por cualquier eventualidad cuando el deudor no pueda cubrir las obligaciones adquiridas.
- V. El contrato de mutuo bancario es de carácter principal y el mismo contiene de manera accesoria, las garantías personales y reales. El contrato de mutuo hipotecario se otorga cuando al banco proporciona la respectiva cantidad de dinero al cliente, y éste, para garantizar el cumplimiento de esta obligación, confiere la garantía real hipotecaria al banco sobre un inmueble. Esta garantía afecta a los bienes inmuebles que son de propiedad del deudor, de manera que el bien que se grava con la hipoteca, a causa de la deuda contraída, queda a disposición del acreedor hasta la cancelación total de la obligación. Esta garantía hipotecaria, se constituye sobre el inmueble y según lo dispuesto en el Código Civil, artículos 659, 660, 661, 662, 663 y 664, 674, 675, 676, 684, 685, se constituye también sobre todas las obras complementarias existentes o que llegaren a existir en el futuro, así como todos los bienes inmuebles por accesión, destino, o incorporación; de igual manera se incluye los aumentos y mejoras que reciba en el futuro dicho bien. El cliente quien contrae obligación con el Banco, a consecuencia de las concesiones hechas por el otorgamiento de préstamos, sobregiros, descuentos, fianzas, aceptaciones bancarias, etc., establece sobre el inmueble Hipoteca Abierta, que implica una línea de crédito que permanece abierta a él y, que como consecuencia jurídica, el inmueble hipotecado se grava con la prohibición de enajenar del mismo.
- VI. Los contratos bancarios son contratos de adhesión, por lo que no existe en ellos la capacidad de la libre discusión respecto a las condiciones contractuales con la institución financiera. La esencia del "acuerdo de voluntades" a nivel contractual,

desaparece de manera natural en este tipo de contratos, pues tan solo existe una aceptación expresa de quien contrata el servicio, más no una convención real de ambas partes sobre las condiciones del contrato. Lo que a la postre significa que la voluntad del cliente se ve reprimida, vulnerando así los derechos de este frágil sector.

- VII. Las entidades bancarias, siguiendo la tendencia actual de muchos oferentes, consideran importante que todos sus productos o servicios sean valorados, más que por una buena calidad demostrada con pruebas concretas, por el "buen nombre" que la institución misma ha construido, gracias a un inteligente manejo publicitario, y que éste se convierta en sinónimo de solidez y eficiencia. Se busca construir la confianza en la institución y en todo lo que oferta, no en un servicio particular por ejemplo, y captar así un mayor y constante número de clientes.
- VIII. La confianza basada en el buen nombre o en los valores intangibles de la institución bancaria ha empujado a un segundo plano al derecho que tienen los consumidores a recibir una información clara y completamente. Al igual que los demás oferentes de la sociedad, las entidades bancarias también han conseguido "implantar", en la mente del consumidor, la idea de que la buena imagen o las virtudes promocionadas por la institución son suficientes para que el cliente acepte, casi a ciegas, todo lo que se le propone y se prive de una revisión acuciosa de aquello que está firmando.
- IX. Una información clara y detallada por parte del proveedor es un derecho fundamental del consumidor, especialmente en aquellos casos donde la necesidad ubica al primero en una posición de ventaja sobre el segundo. En el caso de la relación banco-cliente, esto se refleja principalmente en los créditos hipotecarios, donde la necesidad primaria de obtener, por ejemplo, una vivienda propia, lleva al consumidor a aceptar las cláusulas que se le imponen, suscribiendo para ello todo tipo de documento ejecutivo que la entidad obligare, aún cuando el cliente desconozca parcial o totalmente el

significado del contenido de los mismos y las implicaciones jurídicas que estos conllevan. Cuanto mayor es la posición de debilidad o de indefensión del cliente, mayor es también la obligación de la entidad de brindarle total y claro acceso a toda la información que este solicite.

RECOMENDACIONES

- I. Las entidades financieras no están exentas de las obligaciones impuestas por las leyes que protegen al consumidor, por tanto, deben brindar un servicio que explique, al hombre común, en términos claros y sencillos, cada una de las cláusulas que conforman el contrato de mutuo bancario.

- II. En general, los contratos se redactan en base a cláusulas preestablecidas que contienen terminología muy técnica y jurídica, por lo tanto, en teoría, solo profesionales o clientes con educación superior en materias jurídicas y financieras son los que podrían tener acceso a una plena comprensión de lo establecido.

- III. Sin embargo, y producto de mi experiencia laboral en una entidad bancaria, aún los profesionales en otros ámbitos distintos a los bancarios y legales, no están en capacidad de entender cada uno de los términos que están contratando.

- IV. Por lo que mi propuesta estaría encaminada a que las entidades bancarias tengan departamentos especiales que confieran la suficiente información de los servicios que ofrece. En el caso del Contrato de Mutuo, la explicación clara, completa y sencilla, de cada una de las cláusulas del contrato y lo que ello implica, es fundamental antes de la suscripción del mismo. Así el cliente tendría seguridad en aquello en lo que está contratando.

- V. Sea que la entidad bancaria establezca o no esta actitud trascendental. Es importante que el Gobierno establezca políticas para la adecuada implementación del sistema de información financiero al usuario, a través de las entidades como la Tribuna del Consumidor o la Defensoría del Pueblo, con personal especializado en el área. De esta forma el ciudadano común se sentirá respaldado ante la duda que pueda surgir sobre la objetividad de la entidad bancaria; y en este caso, por instrumento de la ley, el Banco estaría en la obligación de entregar toda información que estas dependencias soliciten respecto del contrato que se celebrará con el consumidor.
- VI. Es interesante resaltar que el banco prestador y proveedor de servicios, contemple siempre una actitud de informar al consumidor financiero, a través del uso tecnológico como el correo electrónico. La información visual como el uso de volantes, trípticos y folletos, que se encuentren redactados en un lenguaje de sencilla comprensión es una salida viable a cubrir ciertos rasgos de la falta de información al consumidor financiero.
- VII. Otro análisis interesante, y que tiene relación directa con la falta de información respecto del contrato de mutuo bancario, se relaciona directamente con la ley. El Código Civil en su artículo 2099, establece que “mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.” Al ser el otorgamiento de un crédito, contrato eminentemente de naturaleza mercantil, cabe una ampliación al Código de Comercio y Código Civil en el que clarifique de manera más completa la figura de este contrato, donde podría establecerse también la figura del Contrato de Adhesión Bancaria.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR G. José Luis, "Contratos y Garantías", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-Venezuela.

ANDRADE, Patricio, "*Manual de Derecho Romano*", Ecuador, 2007.

ANGULO, Enrique. La Garantía Real Hipotecaria en el Derecho Colombiano. Editorial Diario Jurídico. Bogotá – Colombia. 1982.

AROSEMENA, Guillermo, *El Cacao en el Ecuador*, Guayaquil, 1991, pág., 66

ASMUNDSON, Irena, *¿Qué son los servicios financieros?*
<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2011/03/pdf/basics.pdf>.
://portal.asobancaria.com/portal/page/portal/Portal_Eventos_Asobancaria/Memorias%20VII%20dere

BAIGÚN, David y otros, Derecho Bancario y Financiero Moderno, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999.

BARBA, Guillermo A, "Manual de Contratos" Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1998.

BARBIER, Eduardo A., y otros, "Política y derecho de consumo", Bogotá, El Navegante editores, 1998.

BARROS PUGA, Martha, *Derechos del Consumidor*, México, 1999

BORDA L, Rafael, "Los Contratos Bancarios" Editorial Acayú, Buenos Aires- Argentina, 1975

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos II, III, IV y V. 16ª. Ed. Buenos Aires – Argentina. 1983.

CAMPOBASSO, Gian y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999.

CARAMES FERRO, JM. "*Curso del Derecho Romano*", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires- Argentina.

COLOMBO, Carlos. Ejecución Hipotecaria. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1997.

CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, “Código de Comercio”, Quito-Ecuador, 2011

CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, “Código Civil Ecuatoriano”, Quito-Ecuador, 2011

CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, “Constitución de la República del Ecuador”, Quito-Ecuador, 2011

DÍAZ GARAYCOA, Primo. La Hipoteca en el Código Civil del Ecuador. 2ª edición. Quito – Ecuador. 1988.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, Editorial Salvat, Vigésima Segunda Edición, Madrid-España 2004.

DUNN BARREIRO, John, *Derecho Registral*, Ecuador, 1993.

FARINA, Juan M., “*Defensa del consumidor y del usuario*” 4ª edición, Editorial Astrea 2011

FERNANDEZ, Raymundo. La Hipoteca, la Prenda y demás privilegios. Talleres Gráfico de Luis Ruinos. Tomo I. Buenos Aires – Argentina. 1991.

FERRER Patricia, “*Derecho del Acreedor Hipotecario en el proceso concursal*”, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires, 2000.

FERRI L, Josué, “Manual Contratos Bancarios” Editorial Balcazar, México-Distrito Federal, Segunda Edición, 1978.

FONROUGE Giuliani, *Derecho Financiero, Mercantil y Bancario*, Argentina, 1970.

GARCIA SAIS, Fernando, “*Derecho de los consumidores a la información- una aproximación a la publicidad engañosa en México-*”, Porrúa, México, 2007.

GHERSI, Carlos A., “*Contratos Civiles y comerciales. Parte General y Especial. Empresas y Negocios y Consumidores*”, 4ª edición, Vol.2, Ed. Astrea, 1999.

GOLDENWEISSER, E.A., “*Política monetaria norteamericana*”, Ed. FCE, México 1981.

GOLDSCHMIED, Leo, “*Historia de la Banca*” Editada por la Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Primera Edición en Español, México, 1961.

GUILLEN, Raymond, *Diccionario Jurídico*, Colombia, 1995.

GUZMÁN LARA, Aníbal, *Diccionario explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano*, Editorial Jurídica del Ecuador, 1992.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Derecho de Obligaciones", Teoría General del Contrato, 2da. Edición, Editorial José María Bosh Editor S.A. Barcelona-España.

LEY ORGANICA DE DEFENSA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Ley No.2000-21) Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001). Trabajo de compilación de la Tribuna del Consumidor, Quito-Ecuador, 2010.

LÓPEZ CABANA, Roberto y otros, Rosario, "Derecho del consumidor", Ed. Juris, 1996

LORENZINI, Juan Pablo, "Incumplimiento contractual y pre-contractual a la luz del Proyecto de Código Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT". Publicado en la Revista ED, del 21 de junio de 2005.

LOZANO Carmelo, *Curso de Derecho Mercantil*, España, 1990.

MORALES Álvarez Jorge, *Teoría General de las Obligaciones*, Ecuador, 2000.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y **WAJNTRAUB**, Javier H., " *Ley de Defensa del Consumidor*", Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008. Pág. 49

PÉREZ VIVES, Álvaro. *Garantías Civiles*. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1984.

RAMÍREZ, Carlos, *Curso de Legislación Mercantil, Ecuador*, 2004.

REGALADO, Verónica, La protección del consumidor, Diario La Hora, Revista Judicial, 17 de septiembre del 2009.

REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, Trabajo de compilación de la Tribuna del Consumidor, Quito-Ecuador, 2010.

REYES LÓPEZ, Antonio, y otros, *Derecho de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, Segunda Edición.

ROCA, Sastre y **ROCA**, Muncunill. *Derecho Hipotecario*. Ed. Bosh. Tomo VII. Séptima Edición. Barcelona – España. 1989.

SALDAÑA ALVAREZ, Jorge, "Manual del Funcionario Bancario" XV Edición, Ediciones Jorge Saldaña Álvarez, 1976

SALGADO Marco, " *La Banca y el Poder Político*", Quito, 2006, pág., 29

SALGADO, Francisco, *Curso de Derecho Civil y Normas Societarias*, Ecuador, 2000.

SANCHEZ GRANADOS, Antonio. Breves Consideraciones Sobre la Hipoteca y el Derecho Hipotecario. Universidad de Guayaquil. Guayaquil – Ecuador. 1960.

SIMONNOT, Philippe, “*El poder monetario. Claves para su comprensión*”, Ed. Eudeba, Bs.As. 1977.

Sistema de Protección del Consumidor Ecuador, Estado de situación de los consumidores en Ecuador

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Las Principales Garantías del Crédito. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2004.

TAPIA HERMIDA, A.J., Derecho Bancario, Barcelona, 2002, pp. 77 y ss.

WEINGARTEN Celia, **DIAZ PALACIO** Eugenia, Director: **GHERSI** Carlos A., “*Hipoteca y Préstamo de Dinero*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

WEINGARTEN, Celia “*Derechos en expectativa del consumidor*”, Editorial Astrea, Lavalle 1208, Buenos Aires, 2004.

ZAPATERO, Guillarte, *Anotaciones del Código Civil*, Ecuador, 2008.

<http://andes.info.ec/economia/la-ley-organica-de-la-economia-popular-y-solidaria-fue-aprobada-por-la-asamblea-58481.html>.

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

ANEXO I

ANEXO I

La siguiente, es una breve entrevista realizada a la Doctora María José Troya, quien actualmente ejerce el cargo de Directora Ejecutiva de la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios.

1. En su experiencia cuantas denuncias han habido respecto a abuso de los bancos en cuestiones de, específicamente, los contratos hipotecarios.

Doctora: El problema que se presenta aquí en los temas inmobiliarios, porque imagino que se refiere a eso, a hipotecas en relación a temas inmobiliarios, de vivienda específicamente. Porque si no ya entraríamos en ámbitos más bien que ya no son de consumo sino podrían ser empresariales, porque también se hipotecan los bienes para sacar préstamos empresariales pero la vivienda si es un tema de consumo. Entonces, en esos casos las quejas generalmente se refieren a los aspectos contractuales y precontractuales, fundamentalmente, la entrega de dinero antes de haber firmado ni siquiera promesa de compraventa y la posición de indefensión de los usuarios o de los consumidores por haber entregado dinero, para la compra de un inmueble, sin la solemnidad que exige la ley que es escritura pública, tanto la promesa como la compraventa definitiva. Entonces entregan los dineros, por ejemplo, y después quieren dar por terminado el contrato y todo eso, o hay algún problema, y están en una posición de indefensión porque si hubieran hecho por escritura pública tendrían un título ejecutivo que les permitiría iniciar un juicio de ese tipo y estarían mucho más protegidos. Entonces ese es un grave problema y es por falta de conocimiento de los consumidores de las obligaciones y por falta de cumplimiento también de las empresas inmobiliarias respecto de esto.

El tema préstamos y demás, no ha habido quejas, no hay dificultades, sobretodo porque en los últimos años están regulados los intereses, o sea, desde que entramos a la dolarización los intereses están regulados y, además, cuando no estábamos en dolarización prácticamente no había préstamos. Entramos a la dolarización y se comenzaron a abrir las líneas crediticias para

este y otros aspectos y los intereses han estado regulados desde un principio, y los bancos en general suelen cumplir con la tasa máxima convencional o la tasa máxima para el sector y demás según las épocas que han ido variando las definiciones, digamos, del Banco Central. Así que no, no hay, no ha habido quejas.

2. Cree usted que el contrato hipotecario que celebran entre el banco y los clientes beneficia más al banco que al consumidor.

Doctora: "Habría que ver caso por caso y ver si es que son contratos de adhesión. Puede ser o no de adhesión, digamos, si está pre formateado o no es discutido. Qué es lo que hace que un contrato sea de adhesión, que no se discuten las cláusulas. En el momento en que uno discute las cláusulas con la otra parte ya no es un contrato de adhesión. Un contrato de adhesión es el que viene con las cláusulas preestablecidas y uno solamente firma, en eso consiste.

Entonces, si los contratos hipotecarios son de adhesión habría que revisarlos a la luz de lo que dice la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Entonces, si tienen cláusulas abusivas de algún tipo conforme a lo que está previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es decir, cláusulas que den todas las posibilidades al proveedor y ninguna a los consumidores, que sean inequitativas, que contengan renunciaciones a la ley o a los derechos de los consumidores, o que sean en letra más pequeña. Bueno, todo lo que se refiera a contratos de adhesión".

3. Y usted cree que estos contratos de adhesión vulneran, de alguna manera, el derecho que tienen los consumidores para pactar libremente.

Doctora: "No, yo creo que el contrato de adhesión, si está bien regulado, facilita los negocios jurídicos. Porque imagínese lo que significaría que nosotros estuviéramos discutiendo cláusula por cláusula todas las negociaciones que a diario hacemos. Fíjese que un contrato de adhesión es hasta un ticket de un parqueadero y ni siquiera hay que firmarlo simplemente con el hecho de recibir el ticket, al tomar en nuestras manos el ticket, ya estamos adhiriéndonos a ese contrato.

Ahora lo importante es que no contengan cláusulas abusivas o cláusulas que lesionen los derechos de los consumidores o lo pongan en situación de indefensión al consumidor”.

- 4. Cree usted que, en su experiencia, los bancos confieren toda la información necesaria, objetiva y explicativa a los consumidores?**

Doctora: “Yo creo que en general hay poca información en todo, y eso sí desde nuestra experiencia, lo que son las actividades bancarias, por lo tanto, no puedo creer que tal vez haya más acuciosidad en este tema o que den más información y además la gente, por lo general, tampoco la pide, eso también es cierto. Y yo creo que, por ejemplo, cuando uno va a comprar una casa y va a hipotecarla, si deberíamos darnos el tiempito de un poco revisar que es lo que firmamos, pero por otro lado, tampoco creo que de parte de las instituciones financieras se dé la información suficiente en general.

Le digo no tengo experiencia en el tema hipotecario porque no hemos tenido casos pero, en general, al nivel de banca suele haber la información limitada, sería deseable mayor información”.

- 5. Actualmente hay una campaña de protección a los consumidores financieros, de que trata?**

Doctora: “Sí, a nivel mundial el día 15 de marzo es el día mundial del consumidor y Consumers International está organizando esa campaña”.

- 6. Cree usted que la publicidad que ofrecen los bancos, toda la publicidad es la veraz, es la que realmente plasma o cristaliza todas las operaciones bancarias en sí**

Doctora: Bueno, yo creo que habría analizar caso por caso, no me atrevo a generalizar si la publicidad bancaria, en general, es abusiva o es poco veraz, preferiría tratar caso por caso porque esa generalización puede ser injusta más que nada.

7. Cree usted que los bancos están en una situación de abuso de poder frente a los consumidores

Doctora: “Bueno, siempre que hay una institución fuerte y por eso se crea una Superintendencia de Bancos y ese es el tema, no, siempre que hay una institución...¿porqué hay las instituciones y las leyes protectoras? la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es porque supone una situación de inferioridad del consumidor frente al proveedor, empezando por el tema de la información, o sea quien conoce a cabalidad el producto, el servicio que se está entregando, es el proveedor. Entonces, en ese sentido, es necesario que existan entidades que protejan o que precautelen los intereses de esa parte débil que viene a ser el consumidor y en esa medida el rol de la Superintendencia de Bancos es fundamental para equilibrar esa situación. Entonces, de hecho, cuando estamos creando legislación protectora es porque sabemos que hay una situación de fortaleza frente a una debilidad.

8. ¿Cómo cree usted que puede mejorar este tema de la información respecto a los consumidores?

Doctora: “Bueno, yo creo que cuanto más exhaustiva y sencilla sea, mejor. Y también sé que desde la Superintendencia de Bancos están realizando una campaña para la educación de los clientes de los servicios financieros y bancarios, lo cual es muy importante, o sea que la gente se eduque y conozca cuáles son sus derechos, en qué consisten los servicios que se prestan y se dé la mayor información posible. Otra manera de dar buena información es no tener tan segmentado el tipo de servicios que se dan, por ejemplo, si vamos a seguros, cada contrato de seguro es diferente y cada empresa da y tiene miles de contratos, entonces es muy difícil que el

consumidor llegue a saber a cabalidad cuáles son las características de lo que se le está ofertando si es que hay multiplicidad, cuanto más uniformidad haya más fácil será entender y poder conocer los servicios que se prestan. Creo que eso es parte del problema, que los servicios sean más uniformes, con menos diferenciaciones muy sutiles unos con otros, porque al final el consumidor se confunde y no sabe a que servicio está eligiendo”.

9. Y porque es complicado el tema bancario...

Doctora: “Sí, vea por ejemplo un tema de tarjeta de crédito, viene el vendedor y le dice, le entrega la tarjeta, yo alguna vez pregunté qué tipos de contratos de tarjeta de crédito existen, más de trescientos tipos. Era justamente por un caso en particular en el cual le habían puesto Lanpass o algo por el estilo, entonces al final de mes resultaba que la persona que contrató, al final del año, digamos, la tarjeta le estaba costando más del doble de lo que en un principio porque ella aceptó ese servicio extra. Entonces hay miles de contratos, hay miles de posibilidades, hay trescientos tipos y quizá ahora haya más porque esto fue hace unos años que pregunté en la Superintendencia”.

10. Entonces uno sólo contrata por el tema de la necesidad

Doctora: “Exacto y después no se sabe cómo están y si cada uno de esos contratos está aprobado y es conforme a la ley”.

ANEXO II

ANEXO II

1.1 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación de campo está concebida en base a parámetros que se enfocan en una perspectiva crítica y una propositiva, tales circunstancias han permitido diagnosticar y analizar la problemática que se genera en la legislación ecuatoriana a partir de las múltiples posiciones doctrinarias y jurídicas que versan sobre los derechos del consumidor y sus garantías constitucionales dentro de las transacciones de bienes.

En este sentido, la investigación se torna crítica porque analiza profundamente las directrices que se acumulan e interactúan para configurar el problema, y es propositiva porque procura establecer una alternativa de mejoramiento a los derechos que el cliente tiene con la institución financiera.

Para el efecto, se determina como primera necesidad el hecho de diseñar un marco regulador dirigido a limitar de manera apropiada, eficiente y objetiva, el uso de cláusulas o estipulaciones que tienen por finalidad menoscabar los derechos del consumidor dentro del acto contractual, así como la falta de información que las instituciones bancarias tienen para con sus clientes, amparado siempre en la naturaleza misma del Derecho Constitucional y buscando una aplicación de la justicia que beneficié a todos los sujetos intervinientes.

En este enfoque existe la interpretación, comprensión y explicación de ésta problemática que es de tipo jurídico y pretende analizar, interpretar y contradecir cada uno de los

resultados y conclusiones que se han obtenido, con el propósito de generar cambios cualitativos y en las prácticas legales y en el sistema judicial ecuatoriano como tal.

Este proyecto de investigación está relacionado con casi todos los sectores que constituyen el sector de la banca en general, esto es, funcionarios bancarios, clientes y profesionales del Derecho en libre ejercicio profesional.

La presente investigación se basó en con las siguientes modalidades:

Investigación de Campo: Los problemas generados por la inadecuada o nula información sobre las condiciones contractuales, fueron analizados sistemáticamente en forma directa mediante modelos comparativos tomados del estudio contenido en la presente investigación.

Investigación Documental- Bibliográfica.- Para que ésta investigación sea completa se detectó, amplió y lo que es más importante se profundizó en los diferentes enfoques, teorías, conceptualizaciones, criterios y posturas de diversos autores, basándose en documentos que reposan en la bibliotecas tanto de la universidad Católica y de otras instituciones educativas de nivel superior, libros, revistas, periódicos e Internet.

Este tema de investigación se encuentra dentro de las Modalidades Especiales, como es el Proyecto de aplicación en el campo jurídico y social, por cuanto, se busca elaborar y desarrollar una propuesta que configure los parámetros necesarios para regular la información y el adecuado uso de las condiciones contractuales para mantener los derechos del consumidor y su condición frente a la institución financiera.

1.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

1.2.1 Población

Esta investigación de campo se efectuó en la ciudad de Quito, específicamente a los abogados de las instituciones del Sistema Financiero; así como a los profesionales del derecho en libre ejercicio.

La población estimada para tal efecto se establece en catorce mil personas, basados en las matrículas otorgadas por el colegio de abogados de Pichincha.

1.2.2 Muestra

En base a la población obtenida, se trabajará con un universo de 14000 personas y se tomará una muestra aleatoria de cada estamento, aplicando una regla del tres a los resultados de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N}{(E^2)(N-1)+1} \quad (1)$$

De donde:

n = tamaño de la muestra

N = tamaño de la población

E = error máximo admisible en cálculo muestral

Para efectos del presente caso, los datos son los siguientes:

N = 14000

E = 0.1

Reemplazando datos:

$$n = \frac{14000}{(0.1^2)(14000 - 1) + 1} = \frac{14000}{140.99}$$

$$n = 99$$

Por tanto, la muestra a ser aplicada la investigación estuvo constituida por 99 individuos.

1.2.3 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

Una vez diseñado el instrumento para recoger la información, es necesario acudir a la fuente donde se realizó la investigación, a través de encuestas que luego se procesaron y se usaron en el estudio.

Luego se verifica los resultados del instrumento elaborado.

La primera parte consistirá en encuestar a los funcionarios de las Instituciones del Sistema Financiero y a los profesionales del Derecho en libre ejercicio profesional.

El procedimiento empleado para configurar integralmente el instrumento de investigación contempló los siguientes puntos:

- Listado de las variables.
- Definición conceptual de las variables.
- Definición operacional de las variables.
- Determinación de los ítems o preguntas.

La técnica utilizada es la Encuesta, la cual está dirigida como ya se manifestó anteriormente a funcionarios de las Instituciones del Sistema Financiero y a los profesionales del Derecho en libre ejercicio profesional.

Para el efecto, se contó con un cuestionario de encuesta enfocado en dar respuesta a las inquietudes que motivan la presente investigación a fin de mostrar una alternativa de solución al problema.

La confiabilidad de los instrumentos se estableció a través de la codificación del coeficiente Alfa de Crombach, por medio de la siguiente fórmula:¹

$$\alpha = \frac{k}{k-1} \left(1 - \frac{\sum S^2i}{S^2t} \right) \quad (2)$$

De donde:

α = Coeficiente alfa de Crombach

k = Número de ítems o número de preguntas del cuestionario

\sum = Sumatoria

S^2i = Varianza de los ítems

S^2t = Varianza total del instrumento.

1.2.4 Técnicas para el Procesamiento de Datos y Análisis de Resultados

¹ Alfa de Cronbach (desarrollado el año 1951). Se trata de un índice de consistencia interna que toma valores entre 0 y 1 y que sirve para comprobar si el instrumento que se está evaluando recopila información defectuosa y por tanto no llevaría a conclusiones equivocadas o si se trata de un instrumento fiable que hace mediciones estables y consistentes.

Una vez que se han obtenido los datos emitidos por las encuestas realizadas, se analizó los resultados en forma estadística, destacando las tendencias o relaciones fundamentales de acuerdo con los objetivos y preguntas directrices previamente planteadas.

La interpretación de los resultados, contó con el apoyo del marco teórico, en todo lo que fue pertinente.

Se verificaron las preguntas directrices según los resultados del trabajo.

Se establecen conclusiones y recomendaciones.

1.2.5 Procesamiento de Datos

La información recopilada en el proceso de investigación fue procesada a través de la utilización de las técnicas de la estadística descriptiva.

Los procesos realizados fueron los siguientes:

- Tabulación de datos ítem por ítem (pregunta por pregunta).
- Elaboración de tablas o cuadros estadísticos porcentuales por c/u de los ítems.
- Elaboración de representaciones gráficas que objetiven los resultados cuantitativos demostrados en los cuadros.

1.2.6 Análisis de Resultados

Para analizar los resultados se procedió a describir e interpretar los valores cuantitativos que se encuentran en las tablas y gráficas estadísticas.

Se realizó la inferencia correspondiente determinando la conclusión parcial con respecto del ítem que se analiza.

1.3 ENCUESTA

1. Cree usted que el contrato hipotecario que celebran entre el banco y los clientes del sistema financiero, beneficia en su mayoría al Banco.

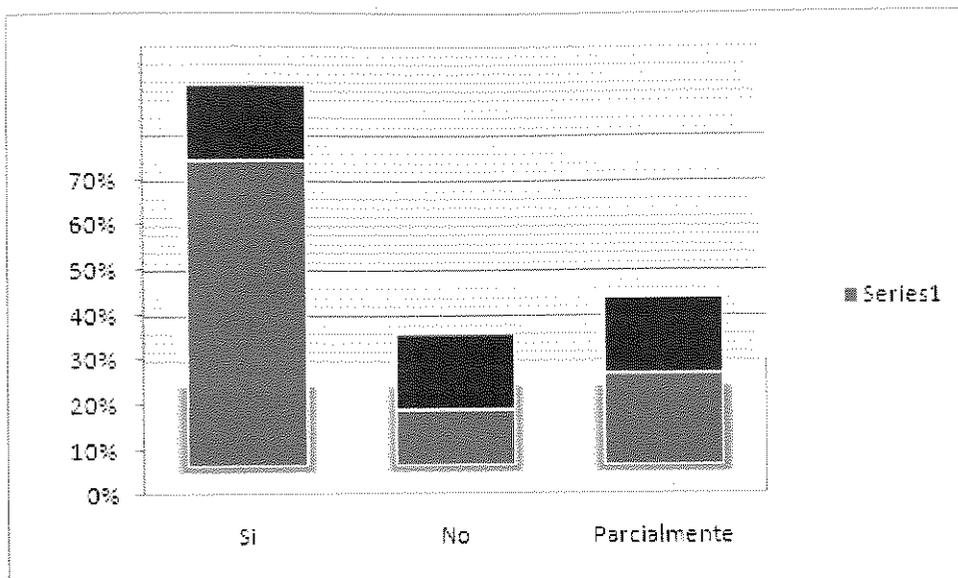
Resultado:

Tabla 3.1

N°	Respuesta	Cantidad	Porcentaje
1	Si	67	68%
2	No	12	12%
3	Parcialmente	20	20%
Total		99	100%

Elaborada por: Cristina Vela

Gráfico 3.1



Elaborada por: Cristina Vela

Frente a la interrogante planteada, el 68% expresa su acuerdo en contraposición al 12% que no comparte dicha postura y un 20% que demuestra un acuerdo parcial.

2. Cree usted que el contenido de las cláusulas estipuladas con el banco afectan algún derecho del consumidor en la relación contractual.

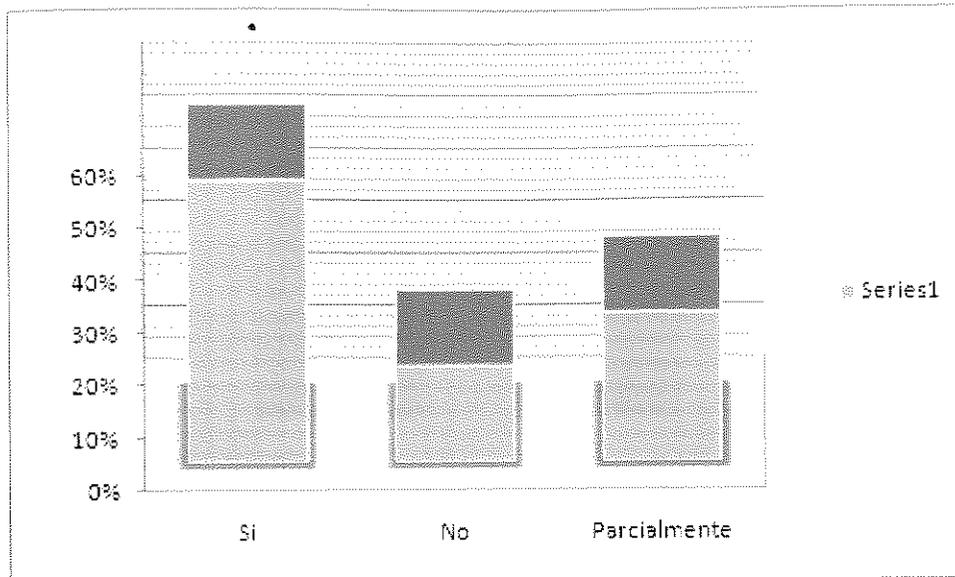
Resultado:

Tabla 3.2

Nº	Respuesta	Cantidad	Porcentaje
1	Si	53	54%
2	No	18	18%
3	Parcialmente	28	28%
Total		99	100%

Elaborada por: Cristina Vela

Gráfico 3.2



Elaborada por: Cristina Vela

Una de los mayores problemas que se enfrenta el consumidor financiero es que existen algunas estipulaciones que de alguna forma afectan o vulneran su condición de cliente; siendo que el 54% de los encuestados afirma que pueden existir este tipo de cláusulas, mientras que un 18% no lo considera y el restante 28% considera que no todas las instituciones del sistema bancario tienen este tipo de cláusulas. Se debe tomar en cuenta que la encuesta analizada fue practicada a profesionales del Derecho.

3. Considera usted necesaria la información objetiva, profesional y explicativa por parte del banco para con el cliente antes de la celebración del contrato hipotecario.

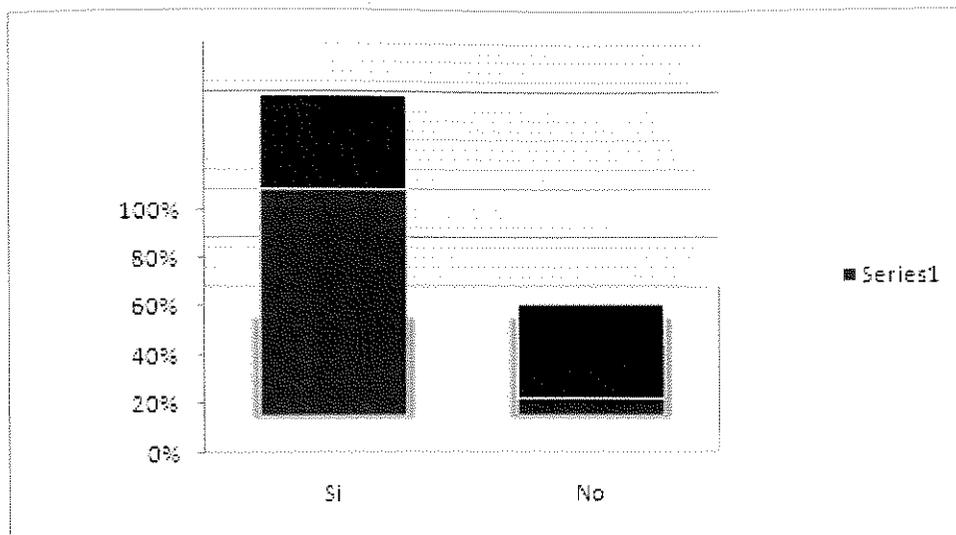
Resultado:

Tabla 3.3

N°	Respuesta	Cantidad	Porcentaje
1	Si	92	93%
2	No	7	7%
Total		99	100%

Elaborada por: Cristina Vela

Gráfico 3.3



Elaborada por: Cristina Vela

Casi la totalidad de los encuestados consideran necesaria que la información sobre las condiciones contractuales sea dada por un profesional del derecho al momento de la firma; de tal forma que este pueda dar todas las respuestas necesarias al cliente con el fin de que este conozca a plenitud todas las relaciones contractuales que se crea al momento de la firma del documento público, esto es, 93% contra un 7% que no está de acuerdo.

4. Está de acuerdo con la necesidad de mejorar las condiciones actuales de la celebración de contratos hipotecarios con el fin de garantizar los derechos del consumidor.

Resultado:

Tabla 3.4

N°	Respuesta	Cantidad	Porcentaje
1	Si	78	79%
2	No	9	9%
3	Parcialmente	12	12%
Total		99	100%

Elaborada por: Cristina Vela