



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS SIN
LA AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO”**

AUTOR:

TESIS PREVIO A OPTAR EL GRADO DE
LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y
TÍTULO DE ABOGADO

José Stalin Acaro Orbe

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Guido Adálfer González Fárez Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2021

CERTIFICACIÓN

Dr. Guido Adálfer González Fárez Mg. Sc. Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa de la Unidad de Educación a Distancia, en mi calidad de Director de Tesis.

CERTIFICO:

Que, he revisado en forma prolija la tesis titulada **“CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS SIN LA AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO”** de autoría del investigador José Stalin Acaro Orbe, y por cumplir los requerimientos académicos, metodológicos y reglamentarios, autorizo su presentación y disertación pública.

La responsabilidad sobre las ideas vertidas en la investigación, son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad.

Loja, 19 de noviembre de 2020.

Dr. Guido Adálfer González Fárez Mg.Sc
DIRECTOR DE TESIS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Conocedor de las responsabilidades académicas que se generan por el plagio y las paráfrasis que no tengan cita bibliográfica, declaro ser el autor de la tesis titulada **“CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS SIN LA AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO”**, aclarando que la misma ha sido realizada bajo la dirección del director de tesis y de conformidad a la planificación del sílabo de la asignatura de titulación, aprobada en el décimo ciclo de mi carrera de pregrado.

Las citas bibliográficas se encuentran referidas en el apartado respectivo y podrán ser revisadas de acuerdo al orden sistemático de libros, artículos de revistas y links de la red internet.

José Stalin Acaro Orbe

Autor

Loja; 19 de noviembre de 2020.

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, José Stalin Acaro Orbe, declaro ser el autor de la Tesis titulada: “**CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS SIN LA AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO**”, como requisito para optar el **GRADO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE ABOGADO**, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja, para que con fines académicos muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los nueve días del mes de marzo del dos mil veintiuno, firma el autor.

Firma:

Autor: José Stalin Acaro Orbe.

Cédula: 1104219959

Dirección: Barrio los Geranios, calles Crisantemos y Gobernación de Mainas.

Correo Electrónico: tac300@hotmail.com

Teléfono: 072103863

Celular: 0985558635

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Guido Adálfer González Fárez Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Luis Aníbal Torres Jiménez, Mg. Sc

Vocal: Dr. Servio Patricio González Chamba, Mg.Sc.

Vocal: Dra. Susana Jaqueline Jaramillo, Mg. Sc.

DEDICATORIA

Un largo recorrido lleno de sacrificios y muchas alegrías, en primer lugar, se lo dedico a Dios que con su bendición he podido lograr otra meta más en mi vida.

A mis padres Rómulo y Rosita como pilar fundamental de mi vida que sin su apoyo no hubiera podido lograr este propósito a mis hermanas, sobrinos y a mi familia que quiero y aprecio mucho.

De una manera muy especial a mi esposa que lucho conmigo en este camino de mi mano y en especial a este ser tan hermoso que llego a nuestras vidas como una bendición e influyó en mi un cambio radical, mi María Valentina las amo con todo mi corazón.

José Stalin Acaro Orbe

Autor

Loja; 19 de noviembre de 2020.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica, Social y Administrativa y en particular a la Carrera de Derecho por habernos concedido la oportunidad de formarme profesionalmente, a su personal docente que con sus excelentes conocimientos supieron cultivar de la mejor manera en mi formación profesional.

A mi Director de Tesis Doctor Guido Adálfer González Fárez Mg. Sc., ya que compartió sus conocimientos y el tiempo necesario de la mejor manera para culminar esta investigación jurídica.

José Stalin Acaro Orbe

Autor

Loja; 19 de noviembre de 2020.

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS ESQUEMA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1 ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 DERECHO FINANCIERO

4.1.2 INSTITUCIONES FINANCIERAS

4.1.3 SERVICIOS FINANCIEROS

4.1.4 PUBLICIDAD ENGAÑOSA

4.1.5 INFORMACIÓN PRECISA

4.1.6 ACEPTACIÓN BANCARIA

4.1.7 CONTRATO ELECTRÓNICO

4.1.8 CONTRATO ESCRITO

4.2 MARCO DOCTRINARIO

- 4.2.1 EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO BANCARIO
- 4.2.2 INTEGRACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL
- 4.2.3 ORGANISMOS DE CONTROL
- 4.2.4 SERVICIOS NO FINANCIEROS
- 4.2.5 ACTIVIDADES DE TIPO COMERCIAL Y FINANCIERO. COMERCIO ELECTRÓNICO
- 4.3 MARCO JURÍDICO
 - 4.3.1 LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIOS Y CONSUMIDORAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
 - 4.3.2 LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIOS Y CONSUMIDORAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.
 - 4.3.2.1 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y DESARROLLO, SE EXPIDE EN EL AÑO 2016, EN NUEVA YORK Y GINEBRA.
 - 4.3.2.2 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS BANCARIOS Y FINANCIEROS.
 - 4.3.3 LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.
 - 4.3.4 CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO
- 4.4 DERECHO COMPARADO
 - 4.4.1 MÉXICO
 - 4.4.2 COLOMBIA
 - 4.4.3 BOLIVIA
- 4.5 ANÁLISIS DE CASOS

4.5.1. RESOLUCIÓN NO. 463-2018-F, DE FECHA 26 DE OCTUBRE DE 2018,
EMITIDA POR LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA Y
FINANCIERA:

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Método científico

Método inductivo

Método deductivo

Método estadístico

Método sintético

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA

6.2 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA

7. DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO

**“CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS SIN LA
AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO”**

2. RESUMEN

La presente investigación que se presenta bajo la modalidad de tesis hace referencia a un problema jurídico que merece transformarse para solucionar y superar la problemática socio jurídica que se identifica en el artículo 152 del Código Monetario y Financiero, que establece que las personas tienen derecho a disponer de servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características, mismo que no es garantizado y desarrollado en el artículo 248, que establece *“Artículo 248.- Cargos por servicios no financieros. Las entidades del sistema financiero nacional no podrán efectuar cargo alguno por la prestación de servicios distintos de los financieros, a nombre de terceros, si no cumplen con la regulación que la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera; expida para el efecto o no cuentan con la aceptación previa y expresa del usuario. La aceptación deberá ser comprobable por cualquier forma reconocida por la ley. Los cargos cobrados que no cuenten con la aceptación expresa del usuario deberán ser restituidos, sin perjuicio de las sanciones a las que hubiere lugar.”*, puesto que, establece el reconocimiento de la aceptación de cobro por cualquier medio desprotegiendo al tarjetahabiente; por lo que es necesario incorporar un inciso que regule las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera, mediante la aceptación expresa por medio de contrato escrito o electrónico.

2.1. ABSTRACT

The present research presented under the thesis modality refers to a legal problem that deserves to be transformed to solve and overcome the socio-legal problem identified in article 152 of the Organic Monetary and Financial Code, which states that people have the right to have adequate quality financial services, as well as accurate and non-misleading information about its content and characteristics, which is not guaranteed and developed in article 248, which establishes “Article 248.- Charges for non-financial services. The entities of the national financial system may not charge for the provision of services other than financial services, on behalf of third parties, if they do not comply with the regulations issued by the Board for this purpose or do not have the prior and express acceptance of the user . Acceptance must be verifiable by any means recognized by law. Charges charged that do not have the express acceptance of the user must be restored, without prejudice to the penalties to which they may apply. ” since, it establishes the recognition of the acceptance of payment by any means unprotecting the cardholder; Therefore, it is necessary to incorporate a subsection that regulates the activities of third parties within the financial entities for the application and the charge for services outside the financial entity, by express acceptance by means of a written or electronic contract.

3. INTRODUCCIÓN

La investigación ha sido elaborada y sustentada en base a referentes conceptuales, doctrinarios, jurídicos y principalmente considerando la legislación de otros países y el criterio de Abogados que colaboraron en la investigación de campo, así como de profesionales especializados en la rama del Derecho y en la materia que motivó la planificación y ejecución de la tesis de licenciatura.

En este sentido, en el apartado denominado “Revisión de Literatura”, se presentan conceptos de diferentes autores sobre Derecho Financiero, instituciones financieras, servicios financieros, publicidad engañosa, información precisa, aceptación bancaria, contrato electrónico; y, contrato escrito.

Al conceptualizar los diversos componentes del problema investigado se hizo necesario hacer referencia a sus aspectos doctrinales, por ello se presentan la evolución del sistema financiero bancario; integración del sistema financiero nacional; organismos de control: Junta de política y regulación monetaria y financiera, Superintendencia de Bancos y seguros, Superintendencia de compañías, valores y seguros; servicios no financieros; y, comercio electrónico.

Por tratarse de una investigación jurídica, se debe estudiar en forma ordenada y de acuerdo a la jerarquización de la norma el análisis a las disposiciones constitucionales, a

los tratados y convenios internacionales, a la Ley Orgánica de Defensa del consumidor; y, Código Orgánico Monetario y Financiero, así como los casos que se ha presentado sobre mi problema jurídico. Este análisis se presenta como resultado de los conocimientos adquiridos en la formación académica alcanzada en la carrera de derecho.

Se presentan también, las legislaciones de otros países relativos al problema investigado e identificado en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis se hizo necesario conocer mediante la técnica de la encuesta, entrevista y observación de campo, los criterios de personas relacionadas con la problemática jurídica, de tal modo se presenta también los resultados de la investigación de campo representada mediante cuadros estadísticos y su identificación gráfica para mejor ilustración del lector.

Constituye principal aporte de esta investigación, la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma que se sustenta como resultado de toda la investigación, incluyendo las respectivas conclusiones y recomendaciones.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 DERECHO FINANCIERO

El Derecho Financiero como parte fundamental de esta investigación, Juan Martín, Carmelo Lozano, José Tejerizo y Gabriel Casado, establecen:

“Es una disciplina Jurídica que tiene por objeto aquel sector del ordenamiento jurídico que regula la constitución y gestión de la Hacienda Pública; esto es la actividad financiera” (Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López, & Casado Ollero, 2015, pág. 33)

Esta rama del Derecho se encarga de regular la actividad financiera, los recursos monetarios que le son necesarios, haciendo referencia a la Hacienda Pública, en cuanto a que se desarrolla con el objeto de obtener los recursos financieros para conservar la infraestructura del Estado y todo lo que abarca en cuanto a servicios de educación, salud, seguridad, etc. La Hacienda pública siendo parte de la economía, se desarrolla dentro del estudio de la actividad financiera en el caso del sector público mediante intervención del Estado.

Se encarga de regular la realización de la economía en cuanto a ingresos y gastos del sector público; por un lado en cuanto a ingresos públicos, se refiere a recursos que han sido captados por el Estado con el fin de la realización de diferentes actividades, en nuestro estado ecuatoriano este tipo de ingresos se constituyen en impuestos, siendo el principal ingreso público, ya que es una forma de obligación pecuniaria en favor del Estado; cobros por utilización de servicios públicos, como por ejemplo el transporte, agua, luz, entre otros; por otro lado, al referirse a gasto público, se establece como aquellos que se dan en favor de satisfacer las necesidades de las personas en sociedad, así mismo como una forma de inversión por ejemplo en cuanto a construcción de carreteras, hospitales, entre otros, además el pago de salarios a funcionarios públicos, esto es, como una forma de cumplimiento de sus obligaciones.

El Derecho Financiero se divide en dos campos, las finanzas públicas y privadas, es decir, que por un lado en el sector público se encarga de regular las actividades financieras del Estado, como ya se mencionó se lo realiza en cuanto a los ingresos y gastos públicos del Estado; mientras que el sector privado se encarga del funcionamiento de las actividades dentro de las entidades o instituciones financieras, como una forma en la que las personas tratan de gestionar o controlar su dinero, es decir, su economía, y que lo hacen a través de estas entidades del sistema financiero.

Como objeto del derecho financiero, los autores, mencionan:

“Estudiar el aspecto jurídico de la actividad financiera del Estado en sus diversas manifestaciones, y tanto por su naturaleza y contenido, como por su objeto, constituye disciplina integrante del derecho público” (Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López, & Casado Ollero, 2015)

El objeto de esta rama del Derecho, se enmarca en el estudio del aspecto jurídico de la actividad financiera, y como Derecho Financiero hacia donde se desarrolla y lo que comprende en sí serían los derechos y obligaciones que se generen en cuanto a los ingresos o gastos que como actividad financiera se realicen en instituciones públicas al ser una rama del Derecho Público.

Consecuentemente, constituyéndose como de derecho público, al ser una actividad financiera del Estado, su función se desarrolla en cuanto a brindar los recursos necesarios y establecer en qué condiciones se desarrollará el gasto público, siempre con el fin para el cual se obtuvieron los ingresos, que en el caso son el satisfacer las necesidades de las personas en sociedad, cabe recalcar que es obligación del Estado que estos ingresos y gastos tengan una administración correcta para cumplir con el objeto principal que es el bienestar social. Es a través de la actividad financiera, que funciona el Derecho Financiero, ya que esta rama del Derecho regula el funcionamiento y la administración del dinero recaudado y la forma en cómo se desarrollan sus gastos para cubrir las necesidades del país.

Villavicencio en su libro indica el concepto de Derecho Financiero respecto de las entidades financieras, estableciéndolo como:

“La actividad fundamental de este tipo de entidades es el informe financiero, que es cuando capta recursos monetarios con el público a cambio de una tasa de interés.”

(Villavicencio, 1999)

Se establece como un proceso en el que se realizan o se ejecutan de forma planificada los recursos monetarios de una entidad financiera, esta prestación de servicios se lo desarrolla básicamente en el marco de la actividad financiera a través de las operaciones que realice la misma ante los servicios que soliciten o requieran los usuarios, y que ellos a su vez puedan brindar como entidad financiera, agregando una tasa de interés al servicio solicitado.

Al hablar de tasa de interés, se habla de la cantidad de dinero que tanto entidades públicas como privadas fijan como precios por el uso del dinero prestado, un porcentaje; y que como deudor deberá pagar, denominado o conocido comúnmente como crédito o préstamo.

4.1.2 INSTITUCIONES FINANCIERAS

Es importante definir lo que es un banco para llegar a una conceptualización amplia de institución financiera, y de acuerdo con el Diccionario Jurídico Anbar con legislación ecuatoriana, se conceptualiza:

“Denomínase así a la institución crediticia, de carácter público, privado o mixto, cuyo funcionamiento y operaciones se sujetan a leyes especiales. El mayor interés económico y jurídico de los bancos se refiere a su enfoque como establecimientos encargados de concentrar y regular las operaciones monetarias y de crédito.”

(ANBAR, 1997, pág. 450)

Entonces, los bancos, son instituciones financieras que pueden ser de origen público, privado o mixto, que se constituyen de forma legal para captar dinero como un modo de ahorro e inversión, brindar servicios entre ellos otorgar créditos, esto con el objeto de un desarrollo económico tanto social como productivo. Es decir, que cada banco y/o entidad financiera cuentan con un amplio grado de operaciones, que de una u otra forma permiten el progreso monetario y de crédito.

Los bancos públicos, como instituciones tienen su objeto en canalizar el ahorro y la inversión, brindando préstamos promoviendo el desarrollo económico y social, contando con ciertas ventajas en cuanto a plazos y formas de pago, respecto de las tasas de interés, entre otros; a diferencia de los bancos privados, que a pesar de ser parte del desarrollo fructífero, son instituciones que tienen como fin el beneficio económico, por ello existen condiciones por las cuales se otorgan préstamos, diferentes en cuanto a los bancos públicos, ya que en este caso el beneficio es institucional.

La institución financiera como tal, se la conceptualiza como una:

“Sociedad que interviene en los mercados financieros, cuya actividad consiste en captar fondos del público e intervenirlos en activos financieros (Superintendencia de Bancos, 2020)

Los bancos, son instituciones que se dedican a realizar diversos tipos de acciones, principalmente lo que tiene que ver con servicios financieros, siendo una forma de sistema financiero seguro para los usuarios, tanto quienes cuenten con dinero y que necesiten resguardar ese dinero, mediante la apertura de cuentas; así como quienes necesiten dinero, y requieran del otorgamiento de algún préstamo; entre otros tipos de actividades y servicios que presten las instituciones financieras.

En la web, un concepto de Institución Financiera, muy interesante, dice:

“Entidad que presta servicios financieros a sus clientes, es decir, una compañía que ofrece a sus clientes (familias, empresas, Estado) servicios relacionados con el dinero que posee o necesita. Por lo tanto, las instituciones financieras son meros intermediarios ya que se ubican entre las distintas partes intervinientes, por ejemplo: necesito hacer llegar dinero a mi hermano que está en Estados Unidos pero me resulta muy caro ir allí y darle el dinero, o que él venga aquí y se lo dé. Una institución financiera banco, caja de ahorros me ofrece la posibilidad de hacer una transferencia de dinero a su cuenta bancaria en Estados Unidos, a cambio de una comisión por los servicios intermediarios prestados.” (ECURED, s.f.)

Así tal cual, las instituciones financieras, actúan como intermediarios al momento de prestar un servicio, ofrecer servicios de tipo financieros que permiten a las personas manejar de mejor forma su dinero y para realizar diversas actividades por medio de determinada institución, como lo mencionaba anteriormente, su principal objetivo es brindar servicios en cuanto a promover el desarrollo económicos, ya que permite el ahorro, inversión, préstamos, facilidad de pagos y transferencias, etc, esto es, que se encarga de gestionar el dinero existente y a su vez la circulación del mismo.

4.1.3 SERVICIOS FINANCIEROS

Para hacer una conceptualización amplia de servicio financiero, es importante primeramente establecer lo que son los servicios como tal, es así que Guillermo Cabanellas conceptualiza al servicio como:

“Conjunto de elementos personales y materiales que debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general y pública”. (Cabanellas, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1989, pág. 703)

Conjunto de actividades, que buscan satisfacer las necesidades de las personas, por un lado este tipo de servicios se los puede prestar de forma personal, cuando se da el actuar de la persona; y, materiales cuando físicamente por ejemplo a través de algún producto

ser brinda el servicio que se requiera, estableciéndose con el objeto de beneficiar a las personas o satisfacer sus necesidades.

Al hablar de servicios financieros, se refiere a servicios en el ámbito económico, esto es, que al desarrollarse en torno a lo económico, se pretende satisfacer las necesidades de los clientes de una entidad financiera a través del proceso de la actividad económica.

Así mismo, Manuel Ossorio indica el concepto del término financiero, y lo enmarca como una:

“Entidad empresa o asociación establecida con la finalidad de aportar con recursos económicos por la creación, impulso o desarrollo de una empresa, proyecto negocio u operación” (Ossorio, 1998, pág. 458)

Por lo general las entidades financieras, internamente se regularizan en base a satisfacer las necesidades de quien los solicite, con el fin de la captación de recursos para el desarrollo de la misma. En el presente caso, los usuarios que pertenecen a determinada entidad financiera; captan el ofrecimiento de productos o servicios de carácter financiero, entre ellos apertura de cuentas bancarias, débitos autorizados, depósitos, tarjetas de crédito, entre otros. El convenio establecido entre el usuario y la entidad financiera, para el acceso a los diferentes productos y servicios, usualmente se lo realiza mediante

contrato escrito; por lo que al firmar un contrato con dicha entidad, las obligaciones generadas son únicamente entre las partes que convienen.

Irena Asmundson, conceptualiza lo que son los servicios financieros, haciendo un enfoque en los consumidores y empresas al momento de adquirir algún bien financiero, entonces:

“Entre las cosas que pueden comprarse con dinero, hay una diferencia entre un bien (algo tangible que dura, ya sea por mucho o poco tiempo) y un servicio (una tarea que alguien realiza para usted). Un servicio financiero no es el bien financiero en sí – por ejemplo, un préstamo hipotecario para comprar una casa o una póliza de seguros de automóvil-, sino como lo que podría definirse como el proceso de adquirir el bien financiero. En otras palabras, es la transacción necesaria para obtener el bien financiero. El sector financiero abarca muchos tipos de transacciones, en ámbitos tales como el sector inmobiliario, de financiamiento al consumo, bancario y de seguros. ...” (Asmundson, 2011, pág. 46)

Los servicios financieros son aquellos servicios brindados y constantes dentro del sistema financiero de determinada entidad bancaria, que son utilizados con objeto de satisfacer las necesidades del usuario, abarcan las actividades que se encuentran dentro de las instituciones de cada sistema financiero, y tal como lo establece la autora, es un proceso mediante el cual determinada persona desea adquirir algún bien financiero, es

decir, un acuerdo mediante el cual se pretende adquirir este bien financiero. Las instituciones financieras, por lo general tratan de aumentar la cobertura de sus servicios a sus clientes, a través de sus alianzas o convenios con instituciones de servicios que brindan las compañías de seguros.

Respecto de las compañías de terceros, las entidades financieras deben establecer limitantes respecto de información que brindará a los usuarios de las entidades financieras, estableciendo información adecuada ante el ofrecimiento de sus servicios a los usuarios de la entidad financiera en la que se encuentran vinculados.

4.1.4 PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Guillermo Cabanellas, señala un breve concepto de engaño, término que engloba las actitudes adversas al buen funcionamiento de la publicidad, tornándose como ilícita.

“Falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro; y asimismo, con intención de defenderse de un mal o pena, aún cuando legalmente proceda”. (Cabanellas, 1979, pág. 115)

Primeramente, el engaño se manifiesta con una forma de actuar incorrecta, con la mala intención de generar algún tipo de daño, o simplemente con el objeto de producir algún tipo de beneficio a costa de otros, sin importar lo que pueda producirse a raíz de su

actuación, constituyéndose como un tipo de fraude al tratarse de un tema económico, perjudicando a la persona mediante la cual se obtuvo el beneficio.

En el caso que nos ocupa, al existir falta de verdad o vacíos en la información sobre la oferta de ciertos servicios o productos, claramente existe una actitud de beneficio propio en base del perjuicio de otros, de esta manera, la publicidad emitida mediante la información brindada carecerían de claridad y consecuentemente de la aceptación previa de los usuarios, debido a que al manifestarse de forma engañosa no permitiría al usuario manifestar su consentimiento o voluntad para llegar así a formalizar la existencia de un contrato.

Actualmente, muchas aseguradoras ofrecen publicidad de sus productos a través de información por parte de un emisor hacia un receptor en el presente caso los usuarios, dentro del ofrecimiento de servicios, muchas veces la información emitida suele contener mensajes que de cierta forma no suelen estar relacionadas con el producto o se la distorsiona con el fin de confundir al receptor hasta que éste acepte, este tipo de información no precisa y al mismo tiempo engañosa, influye en los usuarios al momento de tomar una decisión.

Una vez, definidos los conceptos, tanto publicidad como engaño, es importante conceptualizar la Publicidad engañosa, que;

...es todo aquel mensaje publicitario que puede inducir a error a sus destinatarios.

La Ley general de publicidad la define expresamente como: 'la publicidad que de cualquier, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de un competidor...' ” (López García, 2004, pág. 41)

La publicidad es engañosa, cuando de una u otra forma induce al error al destinatario al momento de ofrecer algún tipo de servicio, y que tal y como lo manifiesta la autora, afecta directamente a la economía de los destinatarios, este tipo de publicidad se manifiesta a través del mensaje o información emitidos, que al momento de brindar omiten la información en su totalidad con el fin de tratar de incitar a los usuarios al error, y que accedan al servicio ofrecido, causando daño, especialmente por que al momento de brindar información se omiten datos fundamentales de la información, existiendo un doble intención por parte de la compañía que lo ofrece, ya que el fin es embaucar al usuario, además La Ley general de publicidad en el artículo 5 establece que para determinar si una publicidad es engañosa, se debe considerar algunos elementos y características de los bienes, actividades o servicios.

“Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca error de los destinatarios. ...” (López García, 2004, pág. 41)

Generalmente, estaríamos frente a una publicidad engañosa, cuando en determinada institución financiera, se haga publicidad de servicios que con el fin de captar al usuario para adquirir el mismo, éstos induzcan al error, ocultando información como por ejemplo la forma de adquirirlo, o que simplemente den por aceptado determinado servicio para beneficio de la institución sin importar la afectación que le pudiere causar al usuario, y luego hacer aparecer como que hubo aceptación del usuario, cuando de por medio se induzca al error.

4.1.5 INFORMACIÓN PRECISA

El autor relata sobre el concepto de información en su libro como el:

“En un sentido amplio, acción y efecto de informar o informarse, enterar, dar noticia de alguna cosa” (Ossorio, 1992, pág. 507)

La información es un modo de comunicación que se lo utiliza como un medio para brindar la información necesaria con el fin de que las personas receptoras, adquieran los servicios ofrecidos.

Entonces, al transmitir la información se lo entiende como un medio de comunicación. La información recopila datos que sirven de fundamento para la formación de un mensaje del cual tiene que cumplir los criterios éticos del emisor para que no se confunda el

mensaje para que el receptor pueda conceptualizar una idea clara de la información que asimilara como una realidad difusa, que solo le servirá a quien emita el mensaje.

Los servicios por parte las aseguradoras deben ser claros en cuanto a los beneficios del usuario, de una manera expresa, sin tergiversar la información o tratar de embaucar al usuario.

La información es un conjunto de datos relacionados con los hechos, a través del cual se pretende dar un mensaje relacionado con el ofrecimiento de servicios o productos, son datos que permiten al lector tener conocimiento de lo que se pretende por parte de quien lo emite.

La entidad financiera debe brindar una información clara y precisa a los usuarios que forman parte de la misma, especialmente cuando se trata de compañías de terceros dedicadas a la colocación o asistencia de seguros, vinculadas a dicha entidad financiera; o en su defecto dichas compañías de terceros, deben ofrecer servicios claros y precisos en cuanto a los beneficios del usuario de una manera expresa, sin tergiversar la información o tratar de embaucar al usuario, como usualmente se lo hace por medio de llamadas telefónicas.

Se identifican varios conceptos en cuanto al término preciso: *“Necesario indispensable. Fijo, determinado... Claro, formal. Conciso, exacto. ...”* (Augé & Augé, 1964, pág. 781)

Toda información debe ser precisa, sin ningún tipo de engaño, ofreciendo un servicio claro, justificando el cobro del mismo. Por lo cual, al momento de brindar u ofrecer algún tipo de servicio por medio de información, se entiende el mismo como un medio por el cual se dan a conocer de los productos o servicios detallando las ventajas, lo que implica el servicio, entre otros; a los que el usuario decidirá si adquirirlos o no; más no el hecho de inducir al error o engaño sobre el servicio ofrecido, evadiendo lo que éste implicaría al momento de adquirirlo o simplemente no brindar información precisa sobre el mismo.

De la página web Escuela Pública digital, hace una definición respecto de la precisión de la información, conceptualizándola así:

“La precisión está referida a la exactitud de la información. Es decir que la misma coincide con los hechos o circunstancias que informa. Decimos que la información es precisa cuando no tiene error y no produce dudas en quien la utiliza. La precisión está vinculada al control.” (Escuela pública digital-Universidad de la Punta, 2011)

Una empresa debe guiar sus actividades ofrecidas, por medio de los servicios que brinde a través de su ética y moral como empresa, mucho más tomando en cuenta que al tener información personal de los usuarios pertenecientes a una entidad financiera, lo importantes sería evitar provocar daño a través de ofrecer un servicio que embauque al consumidor, tratando de que acceda a un servicio sin su consentimiento. Por lo que como empresa, no debería primeramente ser partícipe de este tipo de acciones, por las cuales

como empresa tendrán beneficio propio pero que al usuario perjudicarían económicamente, perdiendo credibilidad y provocando desconfianza.

El servicio ofrecido debe contener la mayor cantidad de información precisa y clara al momento de darlo a conocer, para que el usuario pueda tomar una decisión de si acceder o no al servicio, tener la plena libertad especialmente tratándose de recursos económicos propios.

4.1.6 ACEPTACIÓN BANCARIA

Galo Espinosa, define el término de aceptación, para poder analizar en que consiste y como se presenta dentro de una entidad bancaria:

Acto por el cual una parte admite o aprueba lo que otra ha ofrecido o dejado.

(Ossorio, 1992, pág. 40)

Claramente se expresa como la manifestación de voluntad ante determinados asuntos, que a su vez produce efectos jurídicos al ser una declaración de voluntad entre dos o más personas, al producir efectos jurídicos, se generen derechos y obligaciones para las partes.

Espinosa, se refiere a la aceptación dentro de un contrato, estableciendo que:

Por la aceptación se manifiesta el consentimiento, y este es uno de los requisitos exigidos para la existencia del contrato. La aceptación como el consentimiento, puede ser de índole expresa o tácita. La primera cuando se formula de palabra o por signos equivalentes, la segunda cuando se refiere de acciones o hechos que permiten presumir que es la manifestación de la voluntad. (Espinosa, pág. 33)

La aceptación nace del consentimiento de las personas, mostrando la voluntad de aceptar o estar de acuerdo con algo, en el presente caso los servicios de terceros dentro de las entidades financieras; debe tener ciertas limitaciones, especialmente respecto de la información del usuario, ya que debe existir una aceptación por parte del usuario, además debe existir previa información respecto de lo que se ofrece, necesariamente tratándose de empresas de terceros, ajenos a la entidad financiera, la aceptación debe realizarse a través de un contrato escrito o electrónico, en el que conste de forma expresa su voluntad de acceder a dicho servicio ofertado, un contrato que de constancia de las obligaciones contraídas entre ambas partes.

Es de suma importancia analizar la Aceptación Bancaria que Villavicencio la conceptualiza:

“Son las obligaciones de terceros que los bancos las asumen como propias. ...El banco vende confianza y seguridad de que se cumplirá la obligación. Por eso con

su respaldo acepta cumplir con obligaciones ajenas, a cambio de que el beneficiario le pague una comisión por este servicio.” (Villavicencio, 1999, pág. 27)

A través de este tipo de aceptación, las entidades bancarias dan por aceptadas las obligaciones de terceros, ajenas dentro de sus servicios, y de acuerdo con el autor al manifestar que al asumir responsabilidades de terceros asumen así mismo las consecuencias que acarren las mismas, especialmente cuando se trata de recursos económicos de los usuarios. Actualmente, frente a los cobros indebidos mediante débitos bancarios, en beneficio de las compañías de terceros, los bancos debieron asumir esta responsabilidad, especialmente por la existencia de un contrato escrito del usuario con la entidad financiera, y no con compañías ajenas a las mismas.

Mucho más al tratarse de información personal de cada usuario, y que las entidades financieras, deben respetar la confidencialidad y no facilitar información personal a compañías de terceros.

4.1.7 CONTRATO ELECTRÓNICO

Para poder llegar a conceptualizar el contrato electrónico, primeramente es importante conocer lo que es un contrato, y de acuerdo con Guillermo Cabanellas:

“Convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa... acuerdo de voluntades, manifestado en forma legal y que tenga por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica. ...” (Cabanellas, 1989, págs. 337 - 338)

Entonces, se entiende por contrato, un acuerdo de voluntades que crean obligaciones entre las partes, contrato que debe ser creado acorde a la normativa legal para su plena validez, al ser un convenio obligatorio y acuerdo de voluntades, se generan obligaciones para las partes, mismas que se comprometen a respetar lo acordado y a cumplir con todo lo estipulado.

Ibraim Kaba, conceptualiza el contrato electrónico, como un:

Intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles. Al respecto podemos decir que el contrato a través de Internet... se considera perfeccionado con el intercambio de la oferta y la aceptación, sin modificaciones de las mismas. La voluntad de las partes de contratar va a ser exteriorizada a través de la computadora y de las telecomunicaciones en combinación. Por lo tanto la contratación electrónica por medios digitales, es la que se lleva a cabo desde la formación del consentimiento hasta la ejecución del contrato, mediante dispositivos de enlaces electrónicos que se comunican

interactivamente por canales de red basados en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados, con el fin de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. (Kaba, 2008, pág. 145)

Al ser un medio con intercambios telemáticos, se refiere a que funciona como un medio de telecomunicación a través de la red de la computadora, por medio de internet, como por ejemplo el correo electrónico, dando a través de este intercambio una relación comercial entre la empresa que oferta el servicio y el usuario, los servicios ofrecidos, el autor, realiza una clasificación en cuanto a bienes intangibles; y, pedidos electrónicos de bienes tangibles; por un lado al referirse a bienes intangibles, se trata de bienes que no pueden ser percibidos por los sentidos, que es el caso que nos ocupa, consistente en servicios de seguros salud, entre otros; y, al referirse a pedidos electrónicos de bienes tangibles, se trata de bienes que determinado usuario requiera y solicite mediante la compra y venta de algún tipo de producto, es decir, son bienes que pueden apreciarse físicamente, mediante los sentidos, como por ejemplo la compra y venta de algún aparato electrónico, etc.

Estos tipos de contrato realizados a través de las redes de internet por medio de datos digitalizados como lo manifiesta el autor, se consideran perfeccionados al existir un ofertante y un usuario que previamente acepte el servicio, lo que se entiende que a través del consentimiento del usuario de acceder a ese servicio se lo entenderá como aceptado hasta el cumplimiento del mismo, generando obligaciones entre las partes.

Por otro lado, se amplía el concepto de contrato electrónico, al establecer que:

“La contratación por medios electrónicos o los contratos electrónicos no implican una nueva concepción o un replanteamiento de la teoría general de los contratos regulada en los ordenamientos jurídicos...” (Villalba Cuellar, 2008, pág. 88)

Esto es, que no se configura con un nuevo tipo de contrato, sino más bien como un medio por el cual se pueden celebrar contratos, en la que como los contratos tradicionalmente utilizados, las partes manifiestan su voluntad por estos medios para su aceptación.

Lo importante de este tipo de contratación, está en que se los realiza sin que las dos partes estén necesariamente presentes para poder obligarse, perfeccionándose sin la presencia física de las partes que se obligan a través de este contrato, y ese puede considerarse como una particularidad principal de este contrato. A diferencia del contrato escrito comúnmente utilizado, donde la voluntad de las partes se la expresaba a través de un documento; un contrato electrónico, se realiza a través de un medio electrónico, en el que las partes a través de este medio expresan su voluntad para obligarse, quedando plasmado este tipo de contrato por medio de la utilización de los diferentes medios electrónicos.

Sería muy importante que las compañías aseguradoras vinculadas a las entidades financieras, formalicen y perfeccionen sus servicios establecidos claramente a través de

un contrato electrónico, de esta manera el usuario no se vería afectado, ya que recibiría una información adecuada expresando su aceptación, de ser el caso, a través de este tipo de contrato; además la Ley de Comercio electrónico, firmas y mensajes, establece en el artículo 45 y 46 la validez de los contratos electrónico y el perfeccionamiento y aceptación de los mismos; es decir que tal y como el contrato escrito utilizado usualmente, este tipo de contrato cumple con los elementos esenciales para su validez, esto es, la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.

4.1.8 CONTRATO ESCRITO

El contrato escrito es un instrumento básico e importante, que es utilizado de forma usual entre las personas, consecuentemente se conceptualiza como:

“El contrato escrito es la herramienta por excelencia para lograr este fin. Dicho documento resume el acuerdo de voluntades y expone los menesteres que habrán de regir entre las partes.” (Carmona, 2014)

Es importante el contrato escrito, para mayor formalidad de lo acordado, estipulándose de forma clara cada punto a tratarse entre las partes, y así mismo las obligaciones que se generen entre ellos, protegiendo de esta manera los derechos y obligaciones de los contratantes; además se puede evitar futuras controversias.

Guillermo Cabanellas, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, desarrolla un concepto jurídico, estableciendo que es aquel que:

“...consta en un documento público o privado. Es lícito recurrir a la forma escrita en todo caso. Cuando la ley la exija, los contratantes pueden, una vez prestado el consentimiento y cumplidas las demás condiciones para su validez...” (Cabanellas, 1989, pág. 354)

Se entiende como un contrato legítimo, al manifestarse de forma escrita, ya que queda plasmado el acuerdo al que han llegado las partes frente a determinados derechos y obligaciones de exigencia para ambas partes, además tal como lo establece el autor, se debe cumplir con ciertas formalidades establecidas en la Ley, para la plena validez del contrato escrito, en nuestra legislación ecuatoriana el Código Civil, tipifica las condiciones para que un contrato tenga plena validez, como son la capacidad, el consentimiento, objeto y causa lícita.

Las entidades del sistema financiero no podrán efectuar cobros a nombre de terceros o no cuenten con la aceptación previa y expresa del usuario y que esta aceptación deba ser comprobable reconocida en la ley, especialmente a través de un contrato escrito.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO BANCARIO

Es importante hacer referencia histórica respecto de la prestación de servicios por parte de los bancos o instituciones financieras:

En el año 1830, cuando Ecuador consiguió su independencia, después de su separación de la Gran Colombia y de su conformación como República, su economía era poco monetizada y circulaban monedas de oro y plata acuñadas de acuerdo con sucesivas leyes de moneda; por lo que ya se planteaba la necesidad de establecer un banco; sin embargo la formación y consolidación del sistema bancario en el Ecuador fue lenta e incipiente hasta los años cuarenta del siglo XIX.

... (Delgado Vera & Martillo Pazmiño, 2016, pág. 1)

El nacimiento de los bancos e instituciones financieras en nuestra legislación ecuatoriana, fue lenta pero con el fin de la realización de las diferentes formas de financiamiento especialmente frente a la circulación de monedas de oro y plata acuñadas, existía la necesidad de la instauración de bancos.

En Ecuador, el nacimiento de los bancos no se la realizó de la forma correcta, ya que:

La relación Banco- Estado nació mal en Ecuador y no fue correcta, provocó mala imagen y quiebras bancarias desde la creación de los primeros Bancos en Quito, Banco de Quito y Banco Unión, siguiendo luego la quiebra del Banco Internacional y finalmente el cierre del Banco Comercial y Agrícola, éstos dos últimos de Guayaquil. (Delgado Vera & Martillo Pazmiño, 2016, pág. 25)

Es decir, que en aquel entonces no existían personas capacitadas en cuanto a actividades bancarias que permitan un buen desarrollo y desenvolvimiento de la misma, es por esto que se producían las quiebras de los mismos, además no existía un manejo adecuado de la política monetaria.

Consecuentemente, de acuerdo con el autor, desde el punto de vista de la oferta, establece que:

Desde el punto de vista de la oferta, el principal rol de una institución parte del sistema financiera ecuatoriano tanto los bancos como las sociedades financieras, captan recursos a través de depósitos y colocaciones de dinero, y a su vez proporcionan a sus clientes servicios adicionales y modernos en un marco cada vez más competitivo tales como: tarjetas de crédito, banca telefónica o servicios en línea con sistemas de seguridad que garantizan la privacidad y la discreción de la información que se presenta en pantalla, así como la comodidad para los clientes, entre otras. (Delgado Vera & Martillo Pazmiño, 2016, pág. 26)

Desde este punto de vista, es importante destacar que efectivamente el sistema financiero que rigen los bancos o entidades financieras, deben estar vinculadas al buen funcionamiento de la misma, en cuanto a sus actividades y servicios que presten a los usuarios o consumidores, optando por ofrecer siempre información precisa y no engañosa.

Los bancos o entidades financieras, deben enfocar sus servicios en beneficio de sus clientes, con la finalidad de que la información que se brinde, este acorde a lo que como institución pueda ofrecer.

4.2.2 INTEGRACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL

De conformidad con el artículo 160 del Código Orgánico Monetario y Financiero, el Sistema Financiero Nacional, está integrado por: el sector financiero público, que a su vez se encuentra compuesto por Bancos y corporaciones; el sector financiero privado, que a su vez está compuesto por bancos múltiples y bancos especializados, de servicios financieros y de servicios auxiliares del sistema financiero; y, el sector financiero popular y solidario, que se encuentra compuesto por cooperativas de ahorro y crédito, cajas centrales, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro y de servicios auxiliares del sistema financiero.

4.2.3 ORGANISMOS DE CONTROL

Los organismos que regulan y supervisan la política monetaria, crediticia, cambiaria, financiera y de seguros y valores, así como vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión, son:

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, de conformidad con el artículo 13 del Código Orgánico Monetario y Financiero, se la crea como parte de la Función Ejecutiva, como órgano responsable de la formulación de políticas públicas, así como la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores; entre sus funciones también está la de resolver los casos que no se encuentren previsto en el Código y la normativa reguladora al caso.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, de conformidad con el artículo 59 y 60 del Código Orgánico Monetario y Financiero, primeramente es un organismo técnico de derecho público, con personalidad jurídica, organismo que se encarga de la supervisión y control de las operaciones bancarias de los sectores público y privado del sistema financiero, con el objeto de tutelar los derechos de los usuarios en cuanto a seguridad, estabilidad, solidez, transparencia y prestaciones de calidad; además efectuará la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de conformidad con el artículo 78 del Código Orgánico Monetario y Financiero, es un organismo que se encarga de la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del mercado de valores, del régimen de seguros y de las personas jurídicas de derecho privado no financieras.

4.2.4 SERVICIOS NO FINANCIEROS

De la fuente de consulta del Banco Coopnacional, define los servicios no financieros como:

“Corresponden únicamente a los servicios prestados a un cliente y/o usuarios, acordados en forma previa, efectivamente recibidos y debidamente sustentados que no están sujetos a regulación y control financiero.” (Banco Coopnacional, 2016, pág. 1)

Si bien es cierto, todo servicio ofertado ajeno a la entidad financiera, debe ser un servicio previamente informado, de la forma más clara posible para que el usuario, una vez analizado el servicio, decida si accede o no a éste, además al no existir regulación y control financiero de estos servicios por parte de la entidad financiera, no deberían actuar como intermediarios sin justa autorización del cliente y/o usuario, primeramente porque se está permitiendo accesibilidad a información confidencial del usuario a terceros y además porque se está accediendo arbitrariamente a la realización de débitos o cobros indebidos no autorizados.

4.2.5 ACTIVIDADES DE TIPO COMERCIAL Y FINANCIERO. COMERCIO ELECTRÓNICO

En la actualidad, en base a los avances tecnológicos que se han ido dando en sociedad, surgen nuevas formas o medios, en el presente caso el comercio electrónico como un medio de intercambio de información:

“El comercio electrónico o e-commerce es un conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, especialmente a través de la red de redes, la Internet.” (Villalba Cuellar, 2008, pág. 86)

Al hablar de transacciones, se hace referencia a servicios o actividades de tipo comercial y financiero, que se los realiza a través de internet, como un medio electrónico que sirve para emitir información ofertando o dando a conocer servicios que pueden ser adquiridos por el destinatario.

Consecuentemente, el autor Recalde Castells, ampliando la conceptualización le da otra figura importante y dice:

“...por comercio electrónico entendemos los contratos en los que las declaraciones de voluntad negociales se emiten por medios electrónicos y el cumplimiento de las

obligaciones se produce a través de los canales tradicionales.” (Villalba Cuellar, 2008, pág. 86)

El comercio electrónico es un contrato emitido a través de medios electrónicos, en donde de forma negociable se ofertan servicios, declarando así la voluntad de estar dispuestos a adquirir obligaciones con el destinatario que los requiera, así mismo para el cumplimiento de estas obligaciones se lo puede realizar con la entrega y el pago, de forma tradicional como el mismo autor lo dice, sin embargo es importante destacar que además del medio tradicional comúnmente utilizado, actualmente cualquier tipo de pago se lo puede hacer por los mismos medios electrónicos.

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIOS Y CONSUMIDORAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

La norma constitucional, establece y reconoce como derechos de los usuarios y consumidores, el que tienen:

Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios,... (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 25)

Persona, son todos aquellos individuos de la especie humana, que al formar parte de la vida social y jurídica, se convierten en personas adquirientes de derechos y obligaciones, además al hacer referencia a personas usuarias, se refiere a aquellos que acceden a algún tipo de servicio público, como energía eléctrica; y, al referirse a personas consumidoras, se refiere a aquellos que adquieren bienes de consumo o servicios privados ofertados, en el presente caso, servicios financieros ofertados a través de entidades financieras.

Bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad; se refiere a aquellos bienes y servicios que se encuentren conforme a ley, es decir, que cumplan con las normas de calidad de acuerdo con el INEN o por el organismo público competente; además deben cumplir con el objetivo para el cual se creó al momento de ser ofrecido u ofertado al público, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica de defensa del consumidor. Además, es importante que todas las personas libre y voluntariamente dispongan de estos bienes o servicios, a elegirlos de acuerdo a sus necesidades y previa autorización.

Información precisa y no engañosa, se refiere a que toda la información emitida al ofertar algún servicio, debe ser clara y no tergiversarse la información del mismo, con el fin de engañar al consumidor para que acceda a este servicio; ya que ante la realidad del problema de las compañías aseguradoras, emiten información distorsionada sobre sus servicios y más aún, tratan de embaucar al consumidor, con el fin de sin su autorización previa imponerles dichos servicios.

4.3.2 LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIAS Y CONSUMIDORAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

4.3.2.1 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y DESARROLLO, SE EXPIDE EN EL AÑO 2016, EN NUEVA YORK Y GINEBRA.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del Consumidor:

El objeto principal es que exista una cooperación internacional entre los Estados miembros, en cuanto a la aplicación de normas protectores de los consumidores, dentro del documento en referencia, se establecen los principios y características que deben contener las leyes que enmarquen derechos y protección al consumidor, dentro de sus objetivos, establece:

“1. Teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los Estados Miembros, y particularmente de los que están en desarrollo, reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica...poder de negociación...las presentes Directrices para la Protección del Consumidor persiguen los siguientes objetivos:

...

d) Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores.” (Organización de Naciones Unidas (ONU), 2016, pág. 5)

Ecuador como miembro de la Organización de las Naciones Unidas, debe regirse conforme a las Directrices para la Protección del Consumidor, especialmente en base a los últimos inconvenientes por parte de las empresas de terceros, específicamente las compañías de seguros dentro de las entidades financieras, que actuaron como empresas que ofertaron servicios de forma abusiva, con el fin de embaucar a los usuarios con una forma de presionar para acceder a sus servicios, perjudicando a los consumidores; es por esto que uno de sus objetivos es poner un freno o una limitante a este tipo de prácticas comerciales y evitar futuros desequilibrios económicos en las personas dentro de una sociedad.

4.3.2.2 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS BANCARIOS Y FINANCIEROS.

En el año 2005 se expidió en la ciudad de Salamanca - España, la Declaración en referencia, que se establece con el objeto de proteger los derechos de los usuarios pertenecientes de los bancos o entidades financieras, en contantes interés de adquirir servicios ofertados por cada institución:

“Artículo 20. Derecho de Información. Deber de Transparencia.

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 o servicios.

Los usuarios tienen derecho a recibir la información adecuada de las entidades antes, durante y después de la celebración del contrato. ...” (Declaración Universal de derechos de los usuarios de los servicios banacarios y financieros, 2005, págs. 10 - 11)

Los usuarios son aquellos sujetos que utilizan servicios ofrecidos de forma habitual, en el caso que nos ocupa, son las personas que adquieren de servicios y los utilizan bajo ciertas limitaciones de los bancos o instituciones.

Todos los usuarios tienen derecho a recibir información clara, adecuada, inteligible y completa de los productos y servicios, es decir, que al momento de dar a conocer de determinados servicios, la información impartida a través de éstos, debe ser clara y precisa, lo más comprensible para el usuario, dando a conocer detalladamente las características del servicio y en que consiste, especialmente cuando se trate de servicios que se den mediante el cobro de débitos o mediante la tarjeta de los usuarios, para que la aceptación por parte del usuario sea así mismo clara al momento de requerir de estos servicios.

La información impartida, deben ajustarse a las necesidades que ofrezcan las entidades financieras y de sus correspondientes contraprestaciones y gastos, es decir, que cada entidad financiera debe hacer respetar sus políticas de buen servicio, especialmente cuando se trate de compañías de terceros.

Además, dentro de las condiciones de los contratos que la entidad financiera firma con el usuario, deben contener de forma clara asuntos respecto de compañías de terceros y los posibles servicios que puedan ofertar, más aun tratándose de compañías con las cuales el usuario no firma ningún tipo de convenio, sino únicamente con la entidad financiera.

4.3.3 LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Es importante destacar que a más de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley en referencia protege los derechos del consumidor, estableciendo:

Art. 4.- Derechos del Consumidor.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política De la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

...

4. 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;

Los derechos fundamentales, son aquellos derechos atribuibles a todas las personas de una sociedad, derechos establecidos en los ordenamientos jurídicos, propios y exclusivos de cada persona, de carácter inalienable, es decir, que se obtienen a partir del nacimiento, en el presente caso los derechos fundamentales del consumidor, se establecen aquellos a siempre obtener información adecuada, correctamente proporcionada; veraz y clara, que sea segura y cierta; además de oportuna y completa, que sea pertinente sobre los bienes y servicios ofertados.

Todas las personas tienen derechos a recibir una información adecuada sobre los bienes o servicios ofertados, especificando todas las características del mismo, de modo que la información no sea tergiversada y por lo contrario sea clara, precisa y completa, especialmente cuando se establezcan condiciones para la contratación de dichos bienes

o servicios ofertados, de esta forma se evitarían futuros problemas o inconvenientes, sobretodo sanciones para aquellas empresas que ofertan servicios más aun siendo empresas ajenas a los servicios de las entidades financieras, de las que son parte dichos usuarios.

4.3.4 CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO

Existe un vacío jurídico en el artículo 248 del Código en referencia, en cuanto al tipo de contratación expresa cuando se presenten servicios no financieros:

Artículo 248.- Cargos por servicios no financieros. Las entidades del sistema financiero nacional no podrán efectuar cargo alguno por la prestación de servicios distintos de los financieros, a nombre de terceros, si no cumplen con la regulación que la Junta expida para el efecto o no cuentan con la aceptación previa y expresa del usuario.

La aceptación deberá ser comprobable por cualquier forma reconocida por la ley. Los cargos cobrados que no cuenten con la aceptación expresa del usuario deberán ser restituidos, sin perjuicio de las sanciones a las que hubiere lugar.

Se establece el reconocimiento de la aceptación de cobro por cualquier medio, desprotegiendo y vulnerando los derechos del usuario por parte de las entidades

financieras, es por esto que mi propuesta de reforma la dirijo en cuanto a incorporar un inciso que regule las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos por asistencias de las aseguradoras.

El problema nace cuando las aseguradoras utilizan métodos engañosos al momento de ofertar alguno de sus servicios, en el presente caso mediante la realización de llamadas telefónicas con el fin de solicitar la aceptación de seguros, y realizar cobros indebidos. No puede haber un consentimiento adecuado a través de una llamada telefónica a los clientes de una entidad financiera, ya que una llamada telefónica no puede constituirse en ningún contrato, por lo que la Superintendencia de Bancos a través de la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera, es el organismo encargado de regular los contratos que emite el sistema financiero a los usuarios; además cuando sucede este tipo de actos, la devolución de los dineros cobrados indebidamente deben ser devueltos.

La vulneración del derecho a la información precisa y no engañosa es evidente, la Constitución ampara a los usuarios estableciendo servicios de óptima calidad y a elegidos con libertad sin ningún tipo de presión o acoso por parte de la empresa o compañía al usuario (tarjetahabiente) garantizando así los mecanismos de defensa.

Mi propuesta está dirigida a reformar el artículo en mención del Código Orgánico Monetario y Financiero; en el que se establezca que la aceptación frente a servicios ofertados de terceros ajenos a la entidad financiera de la que forma parte el usuario, se

la realice mediante contrato escrito o contrato electrónico, ya que de acuerdo con el estudio realizado, en el año 2018 se presentaron múltiples problemas respecto de cobros indebidos por parte de empresas de terceros, sin previa autorización del usuario, mismos que utilizan como respaldo grabaciones de llamadas en las que se pudo evidenciar la mala información respecto de sus servicios, una información oscura y al mismo tiempo engañosa; por lo que es necesario que la norma regularice estos dos tipos de contratos, con el objeto de garantizar la aceptación del usuario y que quede perfeccionado legalmente.

Las compañías de terceros, deben contar con limitantes respecto de información que brindará a los usuarios de las entidades financieras, estableciendo información adecuada ante el ofrecimiento de sus servicios a los usuarios de la entidad financiera en la que se encuentran vinculados.

La aceptación, como se lo mencionó en líneas anteriores, consiste en el consentimiento de una persona como requisito para la existencia de un contrato, mismo que puede ser de forma expresa o tácita, a mi criterio ante este tipo de situaciones y tratándose de empresas ajenas a la institución financiera de la que son parte determinados usuarios, la aceptación expresa para este tipo de servicios debe realizársela por medio de contrato escrito o electrónico, como un requisito, para evitar futuros inconvenientes.

Actualmente, muchas aseguradoras ofrecen publicidad de sus productos a través de información por parte de un emisor hacia un receptor en el presente caso los usuarios, dentro del ofrecimiento de servicios, muchas veces la información emitida suele contener mensajes que de cierta forma no suelen estar relacionadas con el producto o se la distorsiona con el fin de confundir al receptor hasta que éste acepte, este tipo de información no precisa y al mismo tiempo engañosa, influye en los usuarios al momento de tomar una decisión.

El servicio ofrecido debe contener la mayor cantidad de información al momento de darlo a conocer, para que el usuario pueda tomar una decisión de si acceder o no al servicio en forma expresa, sea en forma presencial o electrónica, pero siempre con la aceptación formal, con el fin de que primeramente, la compañía que oferta el servicio, realice este tipo de servicios, a más de forma comúnmente establecida mediante contrato escrito, se lo realice mediante contrato electrónico en línea, a través de correo electrónico; el cliente que esté interesado en el servicio ofertado, accederá al contrato electrónico, revisando todo lo estipulado de forma detallada, y decidirá si acepta o no la contratación del mismo; luego de la aceptación del servicio, la compañía proveedora del servicio receptorá la información del cliente y a su vez reenviará otro contrato con la aceptación del usuario como respaldo, tomando en cuenta que en el mismo se cuente con la autorización del medio de pago junto con la respectiva institución financiera; para concluir es necesario que la entidad financiera también cuente con el respaldo de la aceptación expresa del

cliente, por lo tanto deberá recibir por parte de la compañía prestadora de servicios, un correo o una copia del contrato.

4.4 DERECHO COMPARADO

4.4.1 MÉXICO

Actualmente, en la ciudad de México se dio un caso similar en cuanto a cargos ajenos a la entidad financiera, por lo que se emitió una publicación en el Diario Oficial de las modificaciones a las circulares en relación a tarjetas de crédito y de débito, en la que la Comisión Nacional para la protección y defensa de los usuarios de servicios financieros (CONDUSEF), realizó reformas en cuanto al tratamiento de los cargos no reconocidos en tarjetas de débito.

Es importante, hacer mención a la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de abril de 2013, última reforma publicada DOF 22-06-2018, en la que se refiere a los gobiernos corporativos, que es un tipo de sistema que se encarga de regular el funcionamiento de una empresa o compañía frente a los interesados, la ley, en el artículo 69, establece:

“ARTÍCULO 69.- Las Instituciones deberán disponer de un sistema eficaz de gobierno corporativo que garantice una gestión sana y prudente de su actividad,

cuya instrumentación y seguimiento será responsabilidad de su consejo de administración.

...

La Comisión, con acuerdo de su Junta de Gobierno, emitirá disposiciones de carácter general en las que establecerá los elementos que las Instituciones deberán considerar en el diseño de las políticas y procedimientos que conformen su sistema de gobierno corporativo. Dichas disposiciones deberán considerar lo siguiente:

...

V. En materia de la contratación de servicios de terceros, las Instituciones deberán establecer políticas y procedimientos para garantizar que las funciones operativas relacionadas con su actividad que sean contratadas con terceros, sigan cumpliendo con todas las obligaciones previstas en esta Ley.

Dichas políticas, ... deberán prever que no se podrán contratar con terceros la realización de funciones operativas de la Institución de que se trate, cuando dicha contratación pudiera ocasionar que:

...

d) Se afecte la prestación de un adecuado servicio al público usuario.” (LEY DE INSTITUCIONES DE SEGUROS Y DE FIANZAS, 2018, págs. 34 - 37)

Los Gobiernos corporativos, están en la obligación de acatar las políticas establecidas en cuanto a contratación de servicios de terceros, respetando la ley y especialmente los

derechos de los usuarios, debido a que si en caso de darse una contratación de terceros, la prestación del servicio sea adecuado y sea difundido de forma clara, que su publicidad no sea engañosa y que le permita al usuario dar su aceptación frente a éste, mediante un medio comprobable.

En el artículo en referencia no se menciona que medio se utilizará cuando se trate contrataciones de terceros, por lo que de cierta forma existe un vacío, que deja campo abierto a que se lo realice sin necesidad de la utilización de un medio comprobable, es por esto, que debió especificarse el medio que se utilizará para la contratación de servicios de terceros.

No obstante, en el Código Civil Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada DOF 03-06-2019, se establece la forma de los contratos, estableciendo en el artículo 1834:

“Artículo 1834.- Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. ...” (CÓDIGO CIVIL FEDERAL, 2019, pág. 177)

Y, adecuándose conforme a la realidad moderna, se incluyó el artículo 1834 bis, haciendo referencia a la contratación por medios electrónicos, y establece:

“Artículo 1834 bis.- Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.” (CÓDIGO CIVIL FEDERAL, 2019, pág. 177)

De esta forma, se implementa en la legislación mexicana, como medio legal para la contratación por medios electrónicos, siempre y cuando la información emitida sea precisa y acorde a ley, lo que lleva a entender que la información no debe estar distorsionada y debe ser clara, especialmente cuando la obligación va ser generada para obligación de las partes y que permita al destinatario aceptar o no la contratación del servicio o referente al asunto que trate el convenio.

Es importante además, tomar en cuenta que en esta legislación existe un Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, última reforma publicada DOF 12-04-2019, se refiere a los Derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en el artículo 76BIS, establece:

“ARTÍCULO 76 BIS.- Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a

través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

...

IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella;

V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor; ...” (LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, 2019, pág. 32)

En el artículo en referencia, se establecen los derechos de los consumidores, respecto de las relaciones con los proveedores que ofertan bienes o servicios por medios electrónicos, las transacciones deben cumplir con ciertas condiciones o requisitos con el fin de hacer valer los derechos de quienes las requieran, así en el numeral I. se establece

los proveedores deben utilizar de forma confidencial la información del consumidor, limitando a que dicha información no podrá ser difundida ni podrá ser dada a conocer a otros proveedores a menos que el propio consumidor lo autorice previamente, lo que es importante, ya que en nuestra legislación las entidades financieras como proveedores de servicios financieros no están en la autoridad de dar a conocer información confidencial de los usuarios a terceros ajenos a dicha entidad financiera, por lo que es evidente que no se respetan los datos confidenciales de los usuarios.

Por otro lado, en el numeral IV. Establece que los proveedores de bienes y servicios, deben evitar cualquier forma comercial que induzca al engaño en cuanto a las características del producto ofertado, es decir, que debe cumplir con lo establecido en la ley, dando a conocer la información clara en la publicidad sobre los bienes y servicios de acuerdo con la Ley. Por último, el numeral V., establece que el consumidor está en su derecho de conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor; esto es, que tiene derecho a que se especifique de forma clara y detallada todas las características que deriven del producto ofertado.

4.4.2 COLOMBIA

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, emitido mediante Decreto Ley 663 de 1993, en el artículo 5, establece las entidades aseguradoras e intermediario de seguros y

reaseguros, así mismo en el artículo 10, se refiere a las limitaciones y prohibiciones de los establecimientos bancarios, y en el literal c), establece:

“No podrán conceder financiación, directa o indirectamente, con el objeto de poner en capacidad a cualquier persona de adquirir acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de la propia entidad o de cualquier institución financiera o entidad aseguradora...” (Decreto 663 de 1993, 2004, pág. 6)

De cierta forma, en el literal antes transcrito, se puede evidenciar una limitante en cuanto algún tipo de servicio, en el caso que nos ocupa, por parte de las entidades aseguradoras, ya sea de forma directa o indirectamente, lo que nos permite entender, que cualquier servicio emitido no se lo puede conceder de forma obligatoria a las personas. Este artículo que puede relacionarse con servicios ofrecidos por entidades aseguradoras, ya que en el estatuto no se establece de forma clara que tipo de limitantes tendrían este tipo de empresas dentro de los establecimientos financieros; además, en ningún artículo, numeral ni literal, se establece que tipo de contrato debe celebrarse previa la obtención de servicios de las entidades aseguradoras, ni la forma de promoción de dichos servicios, por lo que de cierta forma se deja campo abierto a que se pueda realizar por cualquier medio, desprotegiendo a las personas pertenecientes a tales establecimientos financieros.

Por otro lado, en la misma legislación, se encuentra vigente la Ley de Comercio Electrónico, expedida el 18 de agosto de 1999 mediante Ley 527 de 1999, ley en la que se establecen definiciones y normas referentes al acceso y uso de los mensajes de datos del comercio electrónico y de las firmas digitales.

El artículo 14 de la Ley en referencia, se establece:

“FORMACIÓN Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.”

La ley, regula el comercio electrónico, en cuanto a los contratos electrónicos como un medio para realizar un acuerdo de las partes, siendo un tipo de contrato válido, ya que la oferta y aceptación de la misma, se las pueden formular a través de mensajes de datos, generando además obligación para las partes.

Así mismo en el artículo 15, se establece:

“RECONOCIMIENTO DE LOS MENSAJES DE DATOS POR LAS PARTES. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán

efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.”

Al manifestarse la voluntad del destinatario al momento de su aceptación al servicio ofertado por parte del iniciador que sería aquel que emite o que da a conocer de sus servicios, se genera un obligación entre las partes, adquiriendo validez y efectos jurídicos entre las partes, se reconoce como legal la declaración de voluntad realizada por medio de mensaje de datos, que se lo da a través de un sistema programado para emitir información y recibir una previa aceptación por parte del destinatario.

En cuanto a las firmas digitales, el artículo 28, establece:

“ATRIBUTOS JURÍDICOS DE UNA FIRMA DIGITAL. *Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.”*

Es decir, que al emitir un convenio por medio de mensaje de datos a través de un contrato electrónico, además de dar a conocer los servicios ofertados, con los beneficios y normativa legal y demás cláusulas, se lo envía con la firma digital, lo que da a entender a los destinatarios, que su intención es la de acreditar o de cierta forma autorizar su contenido para ser vinculado, y obtener aceptación del destinatario.

4.4.3 BOLIVIA

En la Ley de Bancos y entidades financieras, Ley 1488, en el Capítulo V, respecto de las limitaciones y prohibiciones de las entidades bancarias, el artículo 35, establece que:

“Artículo 35°.- Las entidades financieras bancarias están facultadas para realizar operaciones pasivas, activas, contingentes y de servicios financieros, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera.”

Las entidades financieras, están únicamente en la facultad de efectuar servicios financieros, es decir, que todo servicio debe estar acorde a las actividades financieras, la norma es clara y habla ni expresa excepción al tratarse de empresas de terceros. Cabe recalcar que, dentro de la Ley en referencia, no existe algún tipo de limitante ni sanción respecto de entidades de terceros, ni se establece algún tipo de contrato que rijan éstas actividades de terceros, si bien es cierto en la Ley se habla de entidades financieras no bancarias, empresas de seguros, pero no especifica mediante qué medio se formalizan sus actividades dentro de la entidad financiera; por lo que es una ley con un vacío legal respecto de lo manifestado.

Por otro lado, no está de más hacer referencia a que en esta legislación existe la Ley Nro. 164, Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de información y comunicación,

de 08 de agosto de 2011, que establece los negocios electrónicos, específicamente en el Capítulo Tercero: Documentos y firmas digitales, artículo 78, establece:

“Artículo 78. (VALIDEZ JURÍDICA). Tienen validez jurídica y probatoria:

1.El acto o negocio jurídico realizado por una persona natural o jurídica en documento digital y aprobado por las partes a través de firma digital, celebrado por medio electrónico u otro de mayor avance tecnológico.

2.El mensaje electrónico de datos.

3.La firma digital.”

Esto es, que los actos o negocios jurídicos mediante documentos digitales celebrados por las partes por medios electrónicos tendrán validez y probatoria una vez que hayan sido aprobados, tal como lo establece el numeral 1 del artículo en referencia, por lo que la legislación reconoce que se puede dar la celebración de contratos por este medio, previa su aprobación.

Consecuentemente en el Capítulo cuarto: Comercio electrónico, en los artículos 85 y 86, establece:

“Artículo 85. (LA OFERTA ELECTRÓNICA DE BIENES Y SERVICIOS). La oferta de bienes y servicios por medios digitales, que cumplan con las condiciones

generales y específicas que la Ley impone, debe ser realizada en un ambiente técnicamente confiable y en las condiciones que establece el Código de Comercio.”

“Artículo 86. (VALIDEZ DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS).

I. Las partes podrán realizar transacciones comerciales mediante documento digital en las condiciones señaladas en la Ley.

II. Lo dispuesto en el presente capítulo no será aplicable a aquellos contratos en los cuales la Ley o el mismo contrato excluya expresamente la validez de los documentos digitales.”

Cualquier bien o servicios ofertado por medios electrónicos, debe estar dentro del marco de la ley, además es importante la parte final del artículo 85 que se refiere a que la oferta de estos bienes o servicios se lo debe realizar en un ambiente que demuestre confianza, es decir, un ambiente que de seguridad a las personas que requieran acceder al bien o servicio, en el caso de las entidades bancarias, los usuarios a ser parte de estas entidades, se entiende que pertenecen a tal entidad por el hecho de la confianza brindada y la seguridad que sienten dentro de la misma, es decir, que ante bienes o servicios ofertados, sentirán la confiabilidad de acceder, especialmente tratándose de ofertas realizadas a través de medios electrónicos, además para la plena validez de estos contratos deberán acorde a lo establecido en la ley, excepto cuando el mismo tipo de contrato expresare que no se lo realizará por estos medios

4.5 ANÁLISIS DE CASOS

4.5.1. RESOLUCIÓN NO. 463-2018-F, DE FECHA 26 DE OCTUBRE DE 2018, EMITIDA POR LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA:

La Junta de Política y Regulación Monetario, resolvió incluir el Capítulo LIII “USUARIOS FINANCIEROS”, artículo 4., 4.1., que hacen referencia al cumplimiento que se debe dar por parte de las entidades del sistema financiero y que dicen:

“ARTÍCULO 4.- Los contratos que se celebren entre los prestadores de servicios no financieros y sus usuarios, cuya forma de pago sea a través de débitos o cargos dentro del sistema financiero deberán ceñirse a lo siguiente:

4.1. Promoción, comercialización y venta.- El prestador del servicio no financiero, a fin de promocionar, comercializar y vender sus servicios deberá cumplir al menos con las siguientes acciones:

- a. Identificación clara, expresa y completa del prestador del servicio;*
- b. Explicación del servicio ofrecido y las condiciones, requisitos y procedimientos, para acceder al mismo, y para cancelarlo;*
- c. Indicación del precio sin impuestos, precio con impuestos y precio total por la prestación del servicio, para el período de cobertura del mismo, la periodicidad y forma de pago;*

d. Explicación de las causas para la terminación del contrato, que incluirá la finalización voluntaria por cualquiera de las partes.

Cuando la promoción de servicios no financieros se realice a través de medios telefónicos el prestador de dichos servicios no podrá invocar su relación con la entidad financiera salvo al momento de referirse a los medios y forma de pago, evento que debe ocurrir luego del cierre de negociación al que hace referencia el número 4.2. de este artículo.”

Los contratos deben celebrarse cumpliendo con ciertos requisitos o formalidades para su validez, en el numeral establece el contenido en cuanto a características del mismo, en cuanto a la promoción de los servicios, su comercialización y la venta; estableciendo que se lo deberá hacer mediante información clara, expresa y completa, además de detallar en que consiste el servicio incluyendo las condiciones del mismo y que tipo de procedimiento se deberá realizar para acceder y realizar la cancelación, se deberá también dar a conocer del precio total por la prestación del servicio, estableciendo así mismo como se realizará el pago y en qué tiempo se lo realizará; por último, se debe explicar los motivos por los cuales se podrá dar por terminado el contrato.

A pesar de que en el artículo se menciona los requisitos que deberán cumplir los prestadores de servicios no financieros a los usuarios, en el inciso final se indica que se lo podrá realizar por medios telefónicos, medio por el cual aún los usuarios se encontrarían expuestos a que se vulneren sus derechos; por lo que no debería

considerarse como un medio para la formalización de un contrato de este tipo de servicios, especialmente al tratarse de servicios ajenos a la entidad financiera, más aún que los proveedores de estos servicios tengan acceso a información personal de los usuarios como es el número de contacto, además se necesita tiempo para que cada usuario sepa en qué consisten estos servicios realizando una revisión de los detalles, y que por medio de una llamada no sería muy factible en cuanto a la información receptada por el usuario. Se debe tomar en cuenta que cuando exista este tipo de promociones de servicios no financieros vía telefónica, primero deberá existir el cierre de negociación y luego indicar la relación que se tiene con la entidad financiera en cuanto a medios y formas de pago.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Tal como se indicó en la metodología del proyecto de tesis aprobado mediante informe positivo de estructura y coherencia emitida por un docente de la carrera de derecho, en la investigación enuncié aplicar diversos métodos y técnicas para ejecutar la investigación así planificada.

En este sentido, al desarrollar la investigación se basó en los lineamientos generales que ofrece la investigación científica en el ámbito jurídico. Es así que, en el proceso escudriñador se obtuvo información doctrinaria, jurídica y de opinión, que sustenta la tesis que se presenta.

La investigación que he desarrollado se construyó basada en los lineamientos generales que ofrece la investigación científica, particularizando su alcance en el nivel jurídico. Todo trabajo investigativo requiere planificación, por ello en este proyecto me permití identificar los métodos, técnicas y procedimientos que desarrollé.

Inicié con la selección de los referentes bibliográficos que me permitieron conceptualizar las categorías identificadas al redactar y seleccionar mi problema jurídico.

En la prenombrada selección de información utilicé fichas mnemotécnicas de transcripción, permitiéndome realizar un análisis mediante las fichas mnemotécnicas de comentario.

Para la presentación del marco jurídico abordé mi problemática desde el punto de vista Constitucional, Instrumentos Internacionales y en las Leyes Orgánicas conexas al Código Orgánico Monetario y Financiero.

Al ser mi problema jurídico de relevancia local, nacional e internacional, ejecuté también un estudio en la legislación de otros países con la finalidad de cumplir uno de los fines del derecho comparado, cual es, unificar la legislación de los países con el mismo origen cultural.

Para el desarrollo de lo antes señalado, me correspondí de varios métodos, siendo los principales los siguientes:

Método científico.- Es una metodología para obtener nuevos conocimientos, que ha caracterizado históricamente a la ciencia, y que consiste en la observación sistemática, medición, experimentación, y la formulación, análisis y modificación de hipótesis.

Hice uso del presente método científico basándome en la observación, analizando debidamente el problema que afecta directamente a los usuarios vulnerando los derechos de las personas a disponer de servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y, así realizar un debido análisis y modificación respecto de la hipótesis.

Método inductivo.- Es un proceso utilizado para poder sacar conclusiones generales partiendo de hechos particulares. Método que se basa en la observación, el estudio y la experimentación de diversos sucesos reales para poder llegar a una conclusión que involucre a todos esos casos.

Para la aplicación de este método partí desde los hechos particulares que debidamente los analicé, en este caso los cobros indebidos a los usuarios, que me permitió llegar a una conclusión más general, regulando las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera.

Método deductivo.- Se refiere a una forma específica de pensamiento o razonamiento, que extrae conclusiones lógicas y válidas a partir de un conjunto dado de premisas o proposiciones. Es, dicho de otra forma, un modo de pensamiento que va de lo más general (como leyes y principios) a lo más específico (hechos concretos).

Para la aplicación de este método partí de lo general, realizando un estudio de la norma que contiene el vacío legal en cuanto a las actividades de terceros dentro de las entidades financieras, que son causantes de los hechos, motivo del problema jurídico.

Método estadístico.- Son procedimientos para manejar datos cuantitativos y cualitativos mediante técnicas de recolección, recuento, presentación, descripción y análisis. Los métodos estadísticos permiten comprobar hipótesis o establecer relaciones de causalidad en un determinado fenómeno.

Este método de investigación, me permitió descubrir las causas por las cuales se debe reformar la norma legal, debido a la existencia de un vacío legal para su correcta aplicación, comprobando la realidad de la hipótesis, y de esta manera los usuarios puedan acceder a servicios de terceros con su autorización por medio de un contrato legalmente establecido, ya sea mediante contrato escrito o electrónico.

Método sintético.- Es un proceso analítico de razonamiento que busca reconstruir un suceso de forma resumida, valiéndose de los elementos más importantes que tuvieron lugar durante dicho suceso. En otras palabras, el método sintético es aquel que permite a los seres humanos realizar un resumen de algo que conocemos.

Este método de investigación, me permitió desglosar los elementos para reconstruir el problema acontecido, en el que a una serie de personas se les realizaron cobros

indebidos sin su autorización y mediante la aplicación de engaños, sin una información precisa y clara, lo que me permitirá plasmarlo en la ley.

Las técnicas aplicadas en la presente investigación para la recolección de la información de campo, fue mediante la encuesta; y, la entrevista, para ello fue necesario contar con dos sectores en la población investigada:

El primer sector comprendió al abogado que conoce y se desenvuelve a diario con la aplicación de la Constitución y leyes de la República. Conocedora de que existen más de 3.000 abogados en la ciudad de Loja, se estableció el número de 30 abogados, como un número importante a investigar. A los miembros de este sector les apliqué una encuesta que fue diseñada en base a mi problema, objetivos e hipótesis.

El segundo sector estuvo comprendido por expertos en la materia o rama del derecho que investigué y por personas que tienen íntima relación con la problemática determinada, tales como: docentes con postgrado y las personas involucradas en el presente caso personas usuarias pertenecientes a una entidad financiera, motivo del tema objeto de investigación.

Otra de las técnicas que apliqué fue la observación de campo, principalmente en las instituciones financieras de la ciudad de Loja, en donde se presentó la problemática, esto

con la finalidad de determinar que la relevancia de mi investigación permitirá la transformación de esta realidad.

Así mismo he realizado un estudio comparado de la legislación ecuatoriana con la legislación de México, Colombia y Bolivia respecto del tipo de contratación que se puede realizar, permite que cualquier tipo de servicio se lo realice por medio de contratos electrónicos, concluyendo que existe semejanzas, como un medio para realizar un acuerdo de las partes, siendo un tipo de contrato válido, es así que, la oferta y aceptación de la misma, se las pueden formular a través de mensajes de datos, generando además obligación para las partes, además se protege los derechos de los consumidores; sin embargo, en ninguna de estas legislaciones, se pudo evidenciar que para este tipo de contratación de servicios financieros en entidades bancarias, se especifique que la contratación se la realice por medios electrónicos, tampoco existe alguna norma que regule cobros indebidos de terceros y que además exista algún tipo de sanción respecto de esto. Por lo que, considero necesario se regule el tipo de contratación y la sanción respectiva si se violan los derechos de los consumidores.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA

Al aplicar la encuesta que fue diseñada metodológicamente observando la problemática, objetivos e hipótesis del proyecto de tesis, se obtuvo los siguientes resultados:

Pregunta Nro. 1

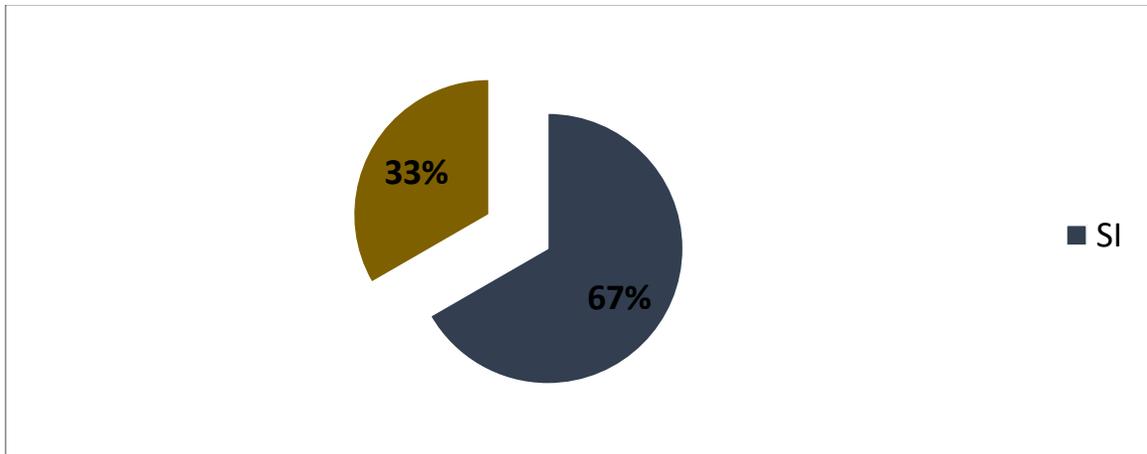
¿Conoce usted sobre el régimen legal aplicable al derecho de disponer servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y la aceptación de servicios de terceros?

Cuadro Nro. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	20	67
NO	10	33
TOTAL	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: José Stalin Acaro Orbe

Gráfico Nro. 1



Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, de mi población investigada, 20 profesionales del derecho que representan el 67% contestó afirmativamente, mientras que 10 profesionales del derecho, contestaron negativamente.

Es indispensable advertir que la mayoría de la población investigada tiene conocimiento del régimen legal aplicable al derecho de disponer servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y la aceptación de servicios de terceros, por cuanto son profesionales del derecho y en el ejercicio de su profesión, constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la ley que se pretende reformar es del todo positivo ya que garantiza los resultados de la tesis que se propone y se materializará en la propuesta respectiva.

Los abogados que no conocen sobre el régimen legal en referencia, posiblemente obedece su desconocimiento a factores propios de la especialización en una determinada rama del Derecho; o, en el ejercicio de su profesión, se dedican a procedimientos que no tienen pertinencia ni relación con la problemática que se investiga. Pero de ningún modo constituye una limitante para continuar la obtención de resultados mediante la encuesta. Es preciso indicar que los abogados encuestados tuvieron la gentileza de colaborar de forma oportuna y con solvencia profesional la inquietud, cuyos resultados se analizan en esta primera pregunta.

Pregunta Nro.2

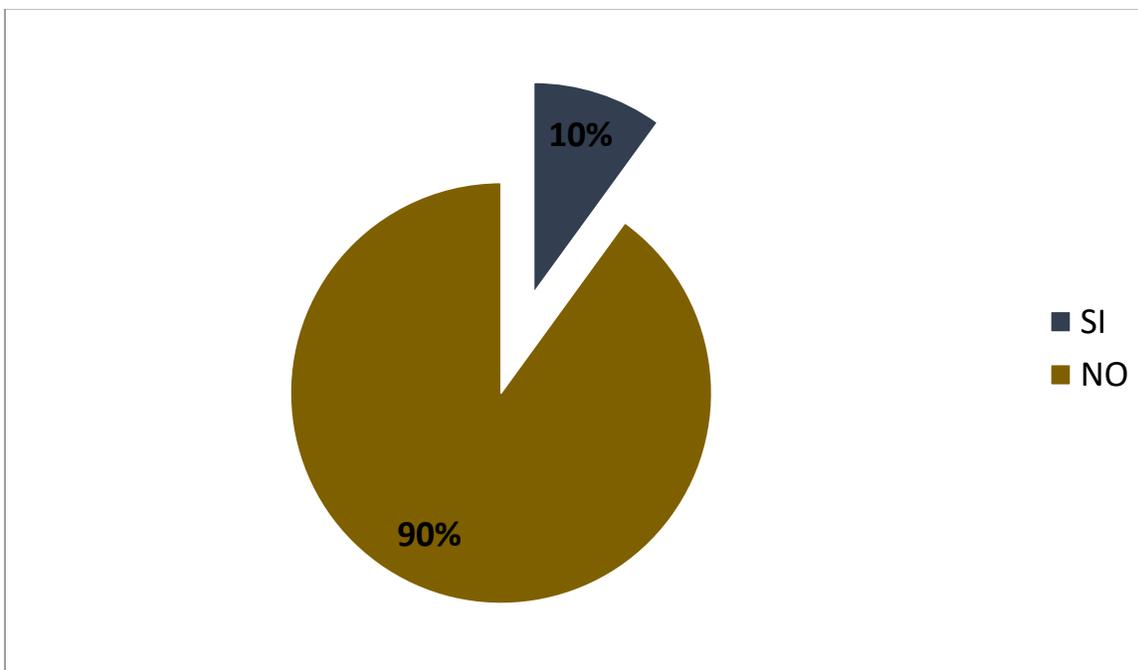
¿Cree usted que es legal el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras, sin contar con la autorización expresa del usuario?

Cuadro Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	3	10
NO	27	90
TOTAL	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio
 Autor: José Stalin Acaro Orbe

Gráfico Nro. 2



Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, mi población investigada contestó afirmativamente el 90% que constituyen 27 profesionales del derecho; mientras que 3 profesionales del derecho que representan el 10%, contestaron negativamente.

Quienes contestaron positivamente fundamentan y justifican su respuesta en las siguientes aseveraciones:

- Se vulnera el derecho a nuestro sigilo bancario dejando paso al indebido acceso a nuestra información privada.

- Es importante contar con la autorización expresa del usuario, ya que por el contrario se vulneran los derechos del usuario.
- No es legal porque al momento de contratar cualquier servicio financiero, no brindan la información adecuada a los usuarios.
- Existe abuso por parte de quienes brindan servicios no financieros.
- Porque se está manejando el capital privado, sin embargo, estos cobros suelen hacerse basadas en supuestas aceptaciones previas que el cliente termina aceptando.
- Constituye un abuso, el Estado no debe ser coercitivo, eventualmente.
- Se estaría vulnerando los derechos de las personas, para acceder a cualquier información.
- Causa un problema a la economía de los usuarios.
- Se están vulnerando sus derechos como usuarios de dicha institución financiera.
- Debe existir normas legales que la regulen.
- Porque no existe la autorización expresa.
- Considero un abuso por parte de compañías ajenas a la entidad financiera.
- Debe existir autorización del usuario para su respectivo cobro.
- Están obligando a contratar un servicio.
- Se violenta los derechos constitucionales.
- El cobro debe realizarse al beneficiario del crédito.
- No se expresa ningún tipo de autorización.

- Es una tasa imponible arbitraria porque para legalizar cualquier transacción se requiere autorizar con una firma.
- Debe haber autorización expresa.
- Es ilegal y abusivo.
- En sí no es legal, pero se debe observar por parte de los usuarios al momento de realizar una información que conlleva estos gastos no financieros.
- Porque vulnera los derechos de los usuarios.

No obstante, aquellos que contestaron negativamente justifican su respuesta en base a los siguientes criterios:

- Es legal y debida forma lo correcto debe ser hacerle conocer al usuario el porqué del cobro.
- Están facultados de manera "legal" para realizar estos cobros pero la manera de realizarlos no es la correcta ya que puede darse de manera verbal o mediante medios electrónicos.
- Porque si no existe el consentimiento, verbal o escrito por parte del usuario se está vulnerando el derecho a la seguridad y consumo de bienes y servicios.

Es necesario indicar que la mayoría de la población investigada considera ilegal el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras, sin contar con la autorización expresa del usuario, ya que la mayoría de profesionales del derecho

consideran que es importante contar con la autorización expresa del usuario, además no es legal ya que al momento de ofertar cualquier servicio no financiero, se debería brindar la información adecuada a los usuarios, de forma clara y precisa, ya que por el contrario se estaría vulnerando los derechos del usuario, más aun dando paso al indebido acceso a nuestra información privada.

Por otro lado, quienes contestaron negativamente, razonan que el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras es legal y se actúa en debida forma, sin embargo hacen hincapié en que lo correcto sería hacerle conocer al usuario el porqué de los cobros, además que se encuentran facultados de forma legal para realizar estos cobros, pero al mismo tiempo consideran que la manera de realizar estos cobros no es la correcta.

Es preciso indicar que los abogados encuestados tuvieron la gentileza de colaborar de forma oportuna y con solvencia profesional la inquietud, cuyos resultados se analizan en esta segunda pregunta.

Pregunta Nro. 3

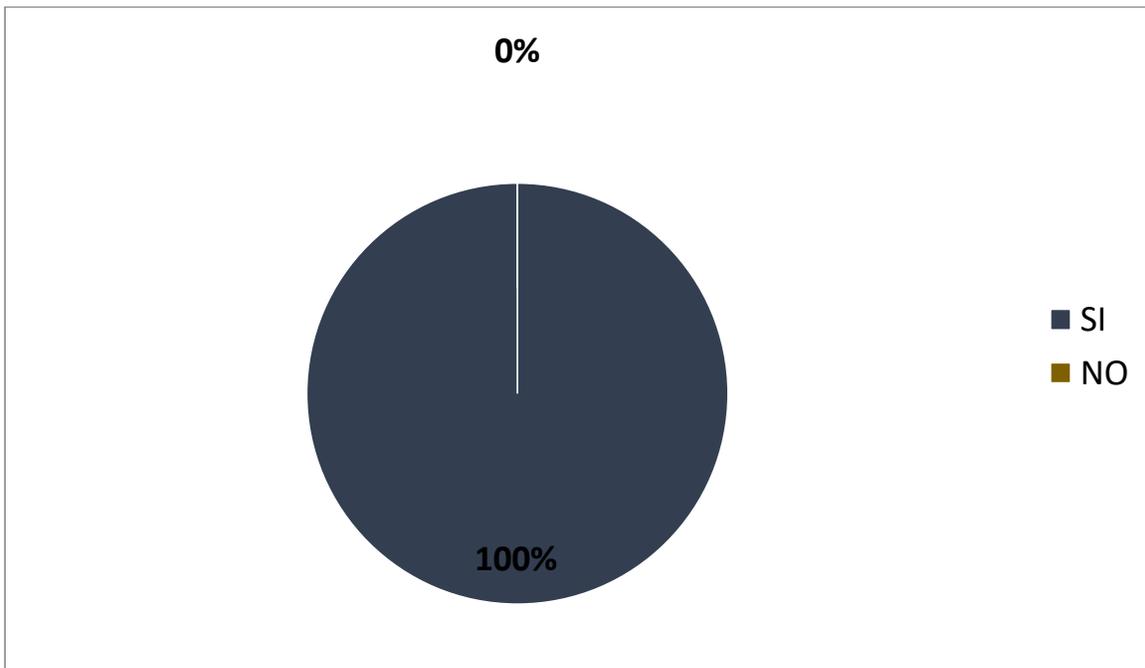
¿Considera usted que al no recibir información clara y precisa por contratación de servicios no financieros por parte de terceros, se vulneran los derechos de los usuarios?

Cuadro Nro. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	30	100
NO	0	0
TOTAL	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: José Stalin Acaro Orbe

Gráfico Nro. 3



Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, mi población investigada contestó afirmativamente el 100% que constituyen 30 profesionales del derecho.

Fundamentan y justifican su respuesta en las siguientes aseveraciones:

- El no conocer una información veraz de algún servicio deja en duda lo que se contrata dejándonos en indefensión de los derechos y obligación que por derecho debemos conocer.
- Se vulneran de forma directa los derechos reconocidos en la norma constitucional.
- Se vulneran porque en muchas ocasiones se realizan débitos bancarios sin autorización de los usuarios.
- Se induce al engaño al usuario y existe abuso.
- Si, incluso generalizando, el usuario tiene el derecho a preguntar sobre lo que desee, siendo atendido favorablemente, a mi parecer comprobar que ha existido un mal servicio e información poco clara puede acarrear algún vicio del consentimiento.
- Se estaría imponiendo una carga engañosa, que trasgrede el derecho de los usuarios.
- Se vulnera al privar toda información pública.
- Nos pueden estafar.
- Los usuarios no están conscientes de los servicios que van a recibir ni el monto a pagar por los mismos, vulnerándose sus derechos como usuarios que tienen.
- El derecho a la información.
- Porque atenta contra la voluntad del usuario.

- El usuario debe contar con información previa y clara, ya que es un derecho reconocido en la Constitución.
- Trata de embaucar al usuario con único fin de ser beneficiados por estos servicios.
- Se me vulneran derechos de libertad de contratación.
- Porque se actúa sin el consentimiento.
- La desinformación conlleva a que como usuarios desconozcamos los pagos extras por servicios que por desconocimiento adquirimos.
- Afecta a su economía, desconociendo su razón.
- Se estará incurriendo en un delito de abuso de confianza.
- Derechos de libertad de contratación.
- No se sabe que beneficios tenga.
- Por no tener una información adecuada, totalmente se supone que si no me dan información y me brindan un servicio de pésima calidad están vulnerando total y de mala manera mis derechos.
- Se está realizando vulneración de derechos por cobros indebidos afectando el bolsillo del usuario.
- Por este método sería la forma en que se opera sistemáticamente por parte de las instituciones financieras.
- Va en contra de lo que establece la Constitución frente a nuestro derecho a una información clara y precisa.

Es indispensable advertir que la población investigada considera que al no recibir información clara y precisa por contratación de servicios no financieros por parte de terceros, se vulneran los derechos de los usuarios, ya que consideran que al no recibir una información previa y clara, primeramente se estaría imponiendo una carga engañosa, que trasgrede el derecho de los usuarios, porque se actúa sin el consentimiento, además la desinformación conlleva a que como usuarios desconozcamos los pagos extras que realizamos por supuestos servicios adquiridos, vulnerando nuestros derechos.

Es preciso indicar que los abogados encuestados tuvieron la gentileza de colaborar de forma oportuna y con solvencia profesional la inquietud, cuyos resultados se analizan en esta tercera pregunta.

Pregunta Nro. 4

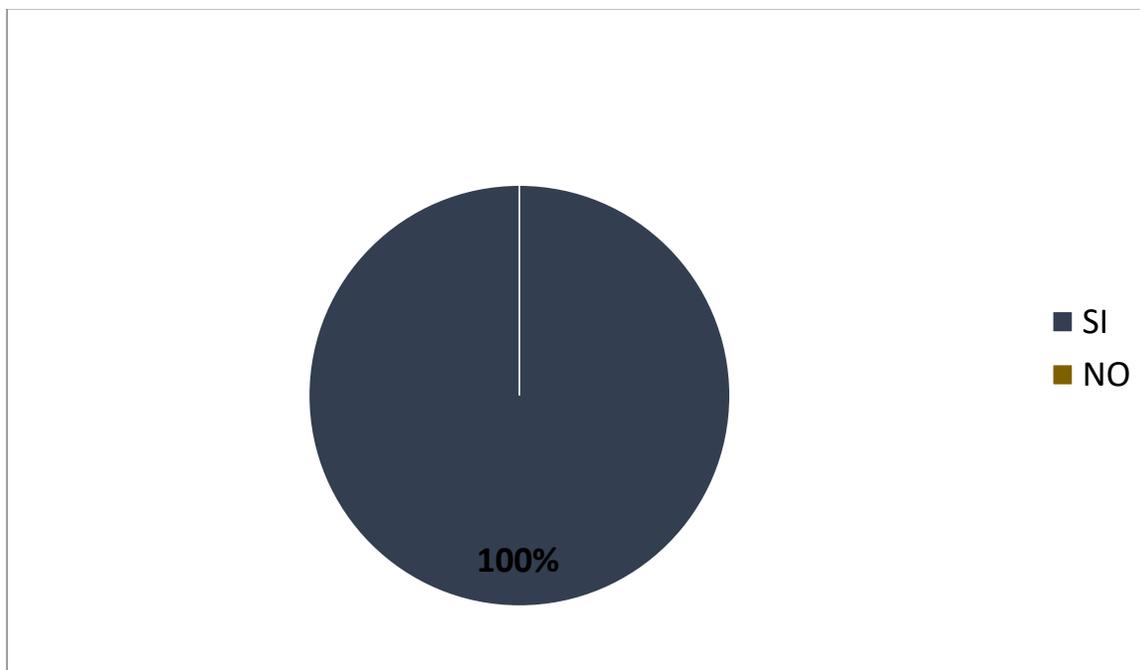
¿Considera usted que es necesario que se sancione a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario?

Cuadro Nro. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	30	100
NO	0	0
TOTAL	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio
 Autor: José Stalin Acaro Orbe

Gráfico Nro. 4



Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, mi población investigada contestó afirmativamente el 100% que constituyen 30 profesionales del derecho.

Fundamentan y justifican su respuesta en las siguientes aseveraciones:

- Se daría una captación ilegal de dinero en mi cuenta bancaria.
- Porque trasgrede los derechos del usuario, además al no brindar información clara y precisa, existiría mala fe por parte de quienes prestan servicios no financieros.

- Se lo debería sancionar de conformidad a la ley por no brindar la información necesaria a los usuarios y por realizar cobros por los servicios financieros sin ninguna autorización.
- Los servicios no financieros deben realizarse mediante contrato escrito o electrónico, previa autorización del usuario.
- La sanción es un medio de control, quizá las instituciones financieras al verse con tal limitación respeten los fondos de los usuarios.
- Constituye un abuso en el manejo del aparataje del Estado, debe ser la institución financiera sancionada.
- Para evitar el abuso en exceso de alguna institución financiera, que se beneficien de servicios no financieros.
- Causa problemas al usuario.
- La institución es quien autoriza la transferencia.
- Los datos que tienen las instituciones financieras no deben darse a ninguna empresa son de carácter reservado.
- Porque no existe la autorización expresa.
- Por actuar de forma arbitraria y vulnerar los derechos de los usuarios.
- Tienen que estar en las normas y hacer prevalecer estos derechos y de no haberla, hacer la reforma adecuada.
- Ellos están autorizando estas transferencias.
- Porque actúa deliberadamente.

- Existe un abuso silencioso por parte de entidades quienes en cantidades grandes son los únicos beneficiarios.
- El dinero es parte del patrimonio del usuario y tomar estos fondos es ilegal y arbitrario.
- Servicios pecuniarios con beneficio al afectado.
- Por existir abusos.
- Siempre y cuando sea justificado los gastos.
- Si no brindan la información necesaria del porque hacer descuentos debe sancionarse.
- Primero con una reforma previa a la sanción.
- Por el cobro indebido, realizado por la institución, esto vulnerando un derecho ciudadano, expresados en la Constitución.
- No se debería permitir cobros indebidos sin primero haber verificado la aceptación expresa del usuario.

Es indispensable advertir que la población investigada considera necesario que se sancione a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario, ya que consideran que vulneran derechos del usuario reconocidos en la Constitución al no brindar la información necesaria y realizar cobros por los servicios financieros sin ninguna autorización, además la institución como intermediaria actúa y permite este tipo de débitos o cobros y actúa a su vez de forma arbitraria.

Es preciso indicar que los abogados encuestados tuvieron la gentileza de colaborar de forma oportuna y con solvencia profesional la inquietud, cuyos resultados se analizan en esta cuarta pregunta.

Pregunta Nro. 5

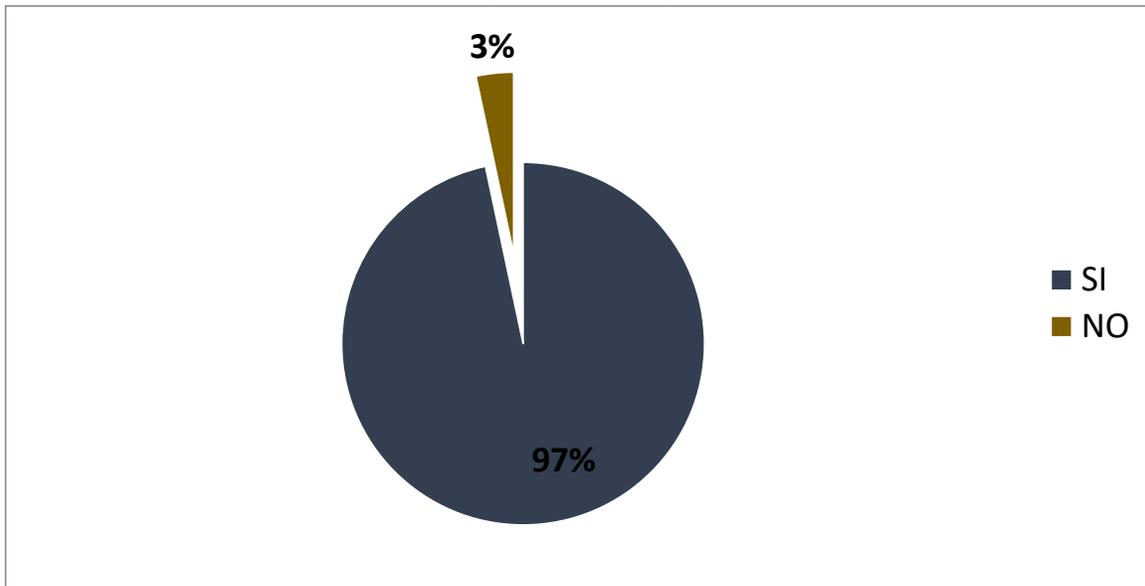
¿Estima usted que es necesario que la contratación de servicios no financieros, se constituya mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico?

Cuadro Nro. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	29	97
NO	1	3
TOTAL	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: José Stalin Acaro Orbe

Gráfico Nro. 5



Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, mi población investigada contestó afirmativamente el 97% que constituyen 29 profesionales del derecho; mientras que 1 profesional del derecho que representa el 3%, contestó negativamente.

Quienes contestaron positivamente fundamentan y justifican su respuesta en las siguientes aseveraciones:

- Reducir a escrito, es conocer cada una de las obligaciones y derechos que adquiero.
- Ya que permitiría que el usuario expresa su voluntad, leyendo todas las características del servicio ofertado.

- Si porque de esta manera el usuario sabrá de ante mano el débito que le harán por tal servicio.
- Sería factible ya que el usuario tendrá información clara y precisa del servicio ofertado.
- Muchas veces la aceptación es tomada de una llamada telefónica grabada, misma que puede hacer incurrir en el error al usuario, dándose una información como general para aceptación de servicios.
- Un contrato constituye una herramienta legal.
- Y así será de una manera transparente.
- Tendríamos un sustento legal.
- Existiría una manifestación expresa de la voluntad de contratar.
- Así le explican las ventajas y desventajas de contratar esa clase de servicios.
- Legítima la voluntad del usuario.
- Como un medio por el cual se pueda constatar el consentimiento del usuario.
- Una forma que garantiza el derecho del usuario.
- Es necesario que se manifieste la voluntad de las partes de aceptar dicho contrato.
- Debe existir prueba de la contratación.
- Con este servicio descrito en el contrato no habrá forma de eximirse el pago ni tampoco descontarse sin autorización por parte de la institución financiera.
- El usuario tiene pleno conocimiento de lo que contrata.
- Lo manifesté con anterioridad, necesariamente debe haber una aceptación mediante documento.

- Se necesita la manifestación de la voluntad contractual.
- Todo contrato debe tener la aceptación voluntaria de las partes.
- Por medio de las dos formas ya que existen personas que no hacen uso de lo que es el correo electrónico entonces si se notifica de las dos formas habrá más facilidad.
- Siempre con el consentimiento de los usuarios.
- De manera efectiva el usuario conocer los servicios brindados y aceptar o declinar de estos.
- Medio que permita de mejor forma verificar la aceptación del usuario de algún servicio.

No obstante, aquel que contestó negativamente justifica su respuesta en base al siguiente criterio:

- No hay necesidad.

Es indispensable advertir que la mayoría de la población investigada estima que, es necesario que la contratación de servicios no financieros, se constituya mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico, primeramente porque todo contrato debe tener la aceptación voluntaria de las partes y para este tipo de servicios sería factible que se lo realice mediante este tipo de contratos, en las que los usuarios puedan leer de que trata el servicio, las características del mismo,

así el usuario tiene pleno conocimiento de lo que contrata, ya que muchas veces la aceptación es tomada de una llamada telefónica grabada, misma que puede de una u otra manera hacer incurrir en el error al usuario.

Es preciso indicar que los abogados encuestados tuvieron la gentileza de colaborar de forma oportuna y con solvencia profesional la inquietud, cuyos resultados se analizan en esta quinta pregunta.

Pregunta Nro. 6

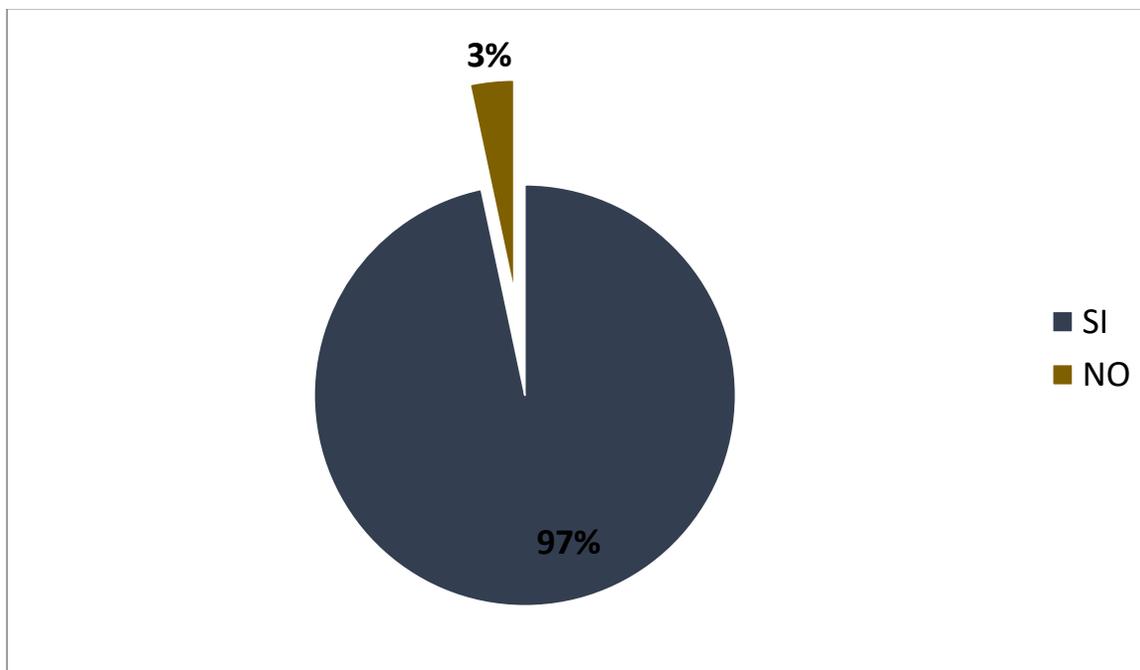
A su criterio. ¿Se debe reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero, regulando las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera? En caso de ser afirmativa. ¿Cuál sería su propuesta?

Cuadro Nro. 6

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	29	97
NO	1	3
TOTAL	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: José Stalin Acaro Orbe

Gráfico Nro. 6



Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, mi población investigada contestó afirmativamente el 97% que constituyen 29 profesionales del derecho; mientras que 1 profesional del derecho que representa el 3%, contestó negativamente.

Quienes contestaron positivamente fundamentan y justifican su respuesta en las siguientes aseveraciones:

- Toda contratación de servicios financieros debería ser por escrito, con su debida aceptación.

- Si, mediante contratación expresa del usuario, ya sea de forma escrita, o electrónica en línea.
- Que se reforme en el sentido que el cobro sea voluntario o a su vez mínimo y no a conveniencia de la institución financiera.
- Los servicios no financieros deber realizarse mediante contrato escrito o electrónico, previa autorización del usuario.
- La aplicación de sanciones pecuniarias y devolución de valores a usuarios.
- Que se incorpore en la Ley la necesidad de provocar un contrato en el que haya voluntad del usuario.
- Para evitar abusos de autoridad por parte de algunas entidades financieras.
- Para que el usuario no tenga problemas con las entidades financieras.
- Que exista contratación expresa para que pueda realizarse cobros por servicios no financieros.
- Implementar medios idóneos por el cual se pueda verificar la aceptación expresa del usuario.
- Se debe establecer que para que se pueda establecer o efectuar la contratación de estos servicios, debe de haber un contrato firmado por el contratante del servicio.
- Sanción a la institución financiera.
- Previo al cobro de servicios no financieros, pedir autorización al usuario y llegar a un acuerdo si el usuario lo requiere o no.
- Requerir al usuario su aceptación mediante contrato escrito o verbal.

- Suspender tanta arbitrariedad de las entidades financieras a fin de que termine el abuso por parte de los banqueros.
- Sanción pecuniaria en caso de adjudicación de contratos sin el consentimiento del contratado.
- Debe regularse los cobros indebidos no fijados por autoridades financieras por servicios que no prestan.
- Existen algunos vacíos legales como este que no se regula los cobros indebidos por parte de las instituciones financieras.
- Reforma al mal uso de confianza de las operaciones o función sistemáticas por medio de las instituciones.
- Que exista una contratación escrita.
- Consentimiento del usuario sobre sus datos personales, información clara de los servicios y aceptación expresa por medio de contrato escrito o electrónico.

No obstante, el profesional que contestó negativamente no justificó su respuesta.

Es indispensable advertir que la mayoría de la población investigada, proponen que se debe reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero, regulando las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera, ya que debe considerarse que toda contratación de servicios no financieros debe contar con el consentimiento expreso de las partes ya sea de forma escrita o electrónica, además de la aplicación de sanciones pecuniarias a las entidades financieras permitan este tipo de cobros sin previamente haber corroborado la aceptación previa del usuario, como una

forma de evitar abusos e implementar medios aptos por los cuales se pueda verificar la aceptación expresa

Es preciso indicar que los abogados encuestados tuvieron la gentileza de colaborar de forma oportuna y con solvencia profesional la inquietud, cuyos resultados se analizan en esta sexta pregunta.

6.2 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA

ENTREVISTA REALIZADA A UN DOCENTE UNIVERSITARIO

1. A su criterio ¿Cree usted que es legal el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras, sin contar con la autorización expresa del usuario?

Si nos metemos a cuestiones jurisdiccionales netamente de contratos vamos a revisar y establecer justamente el contrato es la voluntad de las partes, entonces si es que de pronto dentro de un contrato no se estipula el cobro extra de cualquier servicio netamente bancario, pues lógicamente que se va a estar vulnerando todos los derechos de las personas, ya que no se va a establecer con claridad que se va a cobrar, porque se va a cobrar, cuanto se va a cobrar; entonces lógicamente la persona se va a ver perjudicada, por eso la Ley establece que para todos estos tipos de situaciones de índole personal pues se realice mediante un contrato en donde se establece las cláusulas que sean muy claras y específicas de que se va a cobrar.

2. ¿Considera usted que es necesario que se sancione a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario?

Bien, debemos tener en cuenta que esto se ha venido dando por muchos años, muchos años atrás, recuerdo el caso muy claro del ex presidente Rafael Correa, en que a él justamente se le realizó un cobro excesivo de su tarjeta de crédito del Banco Pichincha, él acudió a las instancia jurisdiccionales y los jueces le dieron la razón, lógicamente porque se está vulnerando el derecho de las personas, a él le habían hecho unos débitos indebidos, lógicamente que son montos muy pequeños, pero debemos tener en cuenta que los clientes por ejemplo en ese caso del Banco Pichincha estamos hablando de millones de personas, poniéndolo que se yo a unos 0,20 centavos por persona que se le cobra pues va a ser unas sumas muy grandes, entonces lógicamente que son cobros indebidos, tal cual como usted lo está manifestando y que van a estar lesionando a todos los derechos de las personas.

3. ¿Estima usted que es necesario que la contratación de servicios no financieros, se constituya mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico?

Si, de esta manera pues se garantizaría los derechos de las personas porque, manifiesto nuevamente, si tenemos un contrato y están las cláusulas específicas y claras, las personas no se van a sentir vulneradas de ninguna forma, no cierto, porque

el rato de revisar sus cuentas y que vean que se debitan que se yo 0,20 centavos por tal situación, bueno ahí van a estar de acuerdo y van a decir si, en el contrato que yo firmé se estableció eso y por ende no va haber ningún inconveniente, pero si lo hacen pues, como normalmente se dice un contrato las letras chiquitas, que para que uno no lo vea, y por ahí hacerle un poquito la trampa, pues lógicamente que va a ser de forma ilegal y va estar vulnerando los derechos.

4. A su criterio. ¿Se debe reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero, regulando las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera?

Sería muy importante porque se observa hoy en día, le pongo otro ejemplo, no hace mucho, esta corporación GEA que era del secretario del Presidente de la República, justamente esta institución realiza y hasta el momento sigue realizando cobros indebidos, estamos hablando de millones de dólares, perjudicando a todas las personas que confían justamente en el sistema financiero, y que sin embargo pues vemos que defraudan porque realizan muchas ilegalidades y lógicamente afecta a la economía tanto personal así como les país.

ENTREVISTA REALIZADA A UN ASESOR JURÍDICO DEL BANCO DEL PACÍFICO

1. A su criterio ¿Cree usted que es legal el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras, sin contar con la autorización expresa del usuario?

Considero que es ilegal, ya que si bien es cierto debe existir un contrato, en el que claramente se estipule un acuerdo de las partes, especialmente tratándose de servicios ajenos a la institución financiera, ya que si no existe autorización previa se estaría vulnerando derechos de los usuarios.

2. ¿Considera usted que es necesario que se sancione a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario?

Se debería realmente sancionar a las instituciones financieras que hacen o que practican estas actividades, que trabajan con aseguradoras o con cualquier servicio externo ya que eso no es parte del mercado financiero, se están promocionando otros servicios que no vienen al caso, realmente, la Superintendencia de Bancos, que es la entidad de control debería tomar riendas en el asunto, sancionar a las instituciones financieras, también creo que la ciudadanía debería denunciar esto más seguido a quien compete, como es la Superintendencia de Bancos, o al ser del cliente, que hay un defensor en cada banco, y esto comunicarse y que se sancione a las instituciones financieras y que se haga la devolución del dinero que se hace el retiro a las cuentas pertinentes, por eso si creo que las instituciones financieras deben ser sancionadas en ese sentido.

3. ¿Estima usted que es necesario que la contratación de servicios no financieros, se constituya mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico?

Yo pienso que estos servicios no financieros deben estar por contrato escrito más no por contrato electrónico porque caeríamos lo mismo, en contrato escrito se sobreentiende que las personas han leído el contrato y están de acuerdo y expresan su voluntad de querer contratar este servicio no financiero ya sea un seguro un plan de celular, etc., entonces creo que si a tac las cosas como la ley lo dice no creo que tenga que haber ningún problema.

4. A su criterio. ¿Se debe reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero, regulando las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera?

En la actualidad si establece una sanción por operaciones sin autorización realmente no creo que se debería hacer una reforma, más bien creo que a debería aplicar, porque establece en el artículo 113 la sanción por operaciones sin autorización que el Banco central tiene una multa por hasta 800.000 dólares por estas operaciones sin autorización o no llevadas reglamentariamente, lo que yo creo su más bien es su la Superintendencia de bancos debe exigir un control de estas anomalías pero para eso también tiene haber previa denuncia, el problema aquí es que muchas de la gente no conoce la Ley, no hace respetar sus derechos, no hace una denuncia, y por ende no se puede sancionar a ninguna entidad financiera, si no hay una previa denuncia.

ENTREVISTA REALIZADA A UN ABOGADO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

1. A su criterio ¿Cree usted que es legal el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras, sin contar con la autorización expresa del usuario?

llegal, ya que del 100% de los casos que hubieron más o menos, diría que un 85% se devolvieron valores, es resto no lo devolvieron, porque mandaban sus pruebas de descargo indicando que de acuerdo a la grabación telefónica decían que si, y eso ya se va a otra instancia, una instancia judicial.

2. ¿Considera usted que es necesario que se sancione a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario?

Claro, ya que se vulneran derechos, porque para poder acceder a un servicio financiero de terceros, primero deben dar la propuesta indicar la información clara y completa y decir si acepta o no acepta, si al momento actúan abusivamente se vulneran derechos del consumidor porque no están respetando el derecho de libertad a elegir algo, a aceptar algo, a decir lo quiero o no lo quiero.

3. ¿Estima usted que es necesario que la contratación de servicios no financieros, se constituya mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico?

Puede ser que sí, para que hay una aceptación más formal, yo creo que si, que mediante un contrato ya existe obligación para las partes, y mediante ese contrato que la información sea clara, indicándole al usuario o consumidor todos los servicios al su pueda acceder, siempre teniendo en cuenta la información clara, precisa, completa, sobre todo, características de contratación y todos los riesgos que pueda presentar en caso de incumplir con el contrato.

4. A su criterio. ¿Se debe reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero, regulando las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera?

Si se debe reformar.

Es preciso indicar que en base a las entrevistas realizadas, se puede evidenciar que efectivamente existe un problema por cobros indebidos y que se han venido dando desde hace algún tiempo, y de esta manera podemos verificar que así mismo se está de acuerdo con la regulación de las actividades financieras en cuanto a la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la misma, ya que debe considerarse que toda contratación de servicios no financieros debe contar con el consentimiento expreso de las partes ya sea de forma escrita o electrónica, además de la aplicación de sanciones pecuniarias a las entidades financieras permitan este tipo de cobros sin previamente haber corroborado la aceptación previa del usuario, tal como lo mencionaba el por ejemplo uno de los entrevistados, son

millones de dólares que afectan directamente al bolsillo de las personas; de esta forma al regular este tipo de actividades se podría evitar abusos e implementar medios aptos por los cuales se pueda verificar la aceptación expresa.

7. DISCUSIÓN

En la forma que se ha ejecutado la investigación planificada, permite que en este apartado se exprese la correspondiente verificación de objetivos y la contrastación de la hipótesis que se formuló en el proyecto de investigación.

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Se propuso como objetivo general el siguiente:

Investigar en forma doctrinaria, jurídica y empírica al régimen legal aplicable al derecho de disponer servicios financieros de adecuada calidad, así como información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

El desarrollo de este informe final, permite demostrar que se realizó un estudio sistemático de la doctrina que sobre la problemática investigada existe.

De este modo se presentó contenidos conceptuales, doctrinarios y jurídicos, con lo cual se verifica el objetivo precitado.

En el ámbito conceptual se hace referencia a Derecho Financiero, instituciones financieras, servicios financieros, publicidad engañosa, información precisa, aceptación bancaria, contrato electrónico; y, contrato escrito

Se indica también aspectos doctrinarios, tales como evolución del sistema financiero bancario, integración del Sistema Financiero Nacional, Organismos de Control, servicios no financieros; y, comercio electrónico.

Apoyado en la información otorgada por los encuestados, se presenta también la opinión de los mismos y mi criterio en torno a éstos, evidenciando por la mayoría de encuestados, que la problemática que se formuló tuvo el asidero respectivo, justificando la investigación empíricamente.

Por todo lo expuesto, se ha cumplido positivamente el objetivo general propuesto.

Se propuso también diversos objetivos específicos que serán materia de esta discusión y se expresará en forma particular se verificación:

Determinar si existe incumplimiento en la aplicación del artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero, respecto del cobro por las

entidades financieras, por cargos de servicios no financieros de terceros, sin la autorización precisa y aceptación expresa del usuario.

Con la respuesta mayoritaria a la pregunta Nro. 2 de la encuesta y con los criterios doctos de los entrevistados, se verificó positivamente el objetivo indicado.

Constituye un referente empírico importante, poder determinar si existe incumplimiento en la aplicación del artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero, respecto del cobro por las entidades financieras, por cargos de servicios no financieros de terceros, sin la autorización precisa y aceptación expresa del usuario, que al iniciar el proceso investigativo generaba ciertas dificultades dada la trascendencia socio jurídica del problema identificado.

El segundo objetivo específico se redactó de la siguiente forma:

Incluir una propuesta de reforma del artículo 248 incluyendo un inciso que precise el pago de valores a terceros; la información debe pedir la aceptación precisa y autorización expresa.

Con la respuesta mayoritaria de la población investigada, esto es, encuestados y entrevistados y su respuesta a la sexta pregunta que se les formuló, se verificó el objetivo referido.

Pese a que existieron criterios adversos al momento de presentar para su aprobación el proyecto de investigación, se pudo verificar la pertinencia académica y jurídica de la problemática identificada; y, se fundamenta en forma empírica la necesidad de superar el vacío jurídico existente frente a si existe incumplimiento en la aplicación del artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero, respecto del cobro por las entidades financieras, por cargos de servicios no financieros de terceros, sin la autorización precisa y aceptación expresa del usuario.

El reto más importante en la investigación que se presenta, ciertamente es generar una propuesta jurídica que permita solucionar el problema delimitado, ante ello se propuso el siguiente objetivo:

Presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero, sancionando a la entidad financiera que cobre valores de terceros, sin la aceptación precisa y expresa del usuario mediante contrato escrito y/o electrónico.

A final de esta investigación se presenta la propuesta jurídica de reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero.

La población investigada, mayoritariamente estuvo de acuerdo con mi propuesta de reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero estableciendo una sanción a la

entidad financiera que cobre valores de terceros, sin la aceptación precisa y expresa del usuario mediante contrato escrito y/o electrónico.

De esta forma se pudo verificar también el tercer objetivo específico y que resulta la tesis en sí, que mediante este trabajo se propone como aporte a la ciencia jurídica y a las diferentes generaciones, que lo revisarán y podrán notar la progresividad de derechos, la transformación de los mismos y el fenómeno dialéctico de la ciencia del Derecho.

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Al planificar la investigación, se propuso un supuesto científico social que podría o no verificarse, y se lo redactó así:

Es necesario reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero para regular las actividades de terceros dentro de las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera mediante aceptación expresa escrita o electrónica.

Con los diferentes criterios vertidos por los doctrinarios que se citó en la revisión de literatura, tanto en los aspectos conceptuales como doctrinarios, se evidenció que es necesario reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero para regular las actividades de terceros dentro de las actividades financieras para la aplicación o el cobro

de servicios ajenos a la entidad financiera mediante aceptación expresa escrita o electrónica.

La contrastación de la hipótesis significa poder demostrar que el supuesto jurídico establecido tuvo relevancia por la población investigada y se pudo explicar con criterios doctrinarios la procedencia y pertinencia de la reforma jurídica, en este sentido la hipótesis definida se contrastó positivamente con todos los aportes doctrinarios, jurídicos y principalmente por el aporte de los encuestados y entrevistados que se pronunciaron favorablemente por la materialización de la propuesta de reforma que se redacta y presenta como producto final de esta investigación.

7.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 52, regula el derecho que las personas usuarias y consumidoras, personas que al formar parte de la vida social y jurídica, se convierten en personas adquirientes de derechos y obligaciones, específicamente tratándose de personas usuarias y consumidoras, se refiere a personas que acceden a algún tipo de servicio público, como energía eléctrica; y, adquirir bienes de consumo o servicios privados ofertados, en el presente caso, servicios financieros ofertados a través de entidades financieras. Éstos bienes y servicios deben ser de óptima calidad y se los debe elegir con libertad; y que deben estar conforme a ley, es decir, que cumplan con las normas de calidad de acuerdo con el INEN o por el organismo público

competente; además deben cumplir con el objetivo para el cual se los creó al momento de ser ofrecido u ofertado al público, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica de defensa del consumidor. Además, es importante que todas las personas, libre y voluntariamente dispongan de estos bienes o servicios, a elegirlos de acuerdo a sus necesidades y previa autorización.

La Declaración Universal de derechos de los usuarios de los servicios bancarios y financieros, con el objeto de proteger los derechos de los usuarios, tipifica el derecho de información y deber de transparencia, con lo que se especifica que los usuarios, como personas que adquieren servicios y los utilizan bajo ciertas limitaciones de los bancos o instituciones, tienen derecho a recibir información clara, adecuada inteligible y completa de los productos y servicios, es decir, que la información impartida debe ser clara y precisa, lo más comprensible para el usuario, dando a conocer detalladamente las características del servicio y en que consiste, especialmente cuando se trate de servicios que se den mediante el cobro de débitos o mediante la tarjeta de los usuarios, para que la aceptación por parte del usuario sea así mismo clara al momento de requerir de estos servicios.

La información impartida, deben ajustarse a las necesidades que ofrezcan las entidades financieras y de sus correspondientes contraprestaciones y gastos, es decir, que cada entidad financiera debe hacer respetar sus políticas de buen servicio, especialmente cuando se trate de compañías de terceros.

Por otro lado, en Ley Orgánica de Defensa del consumidor, es importante destacar que a más de la Constitución de la República del Ecuador, se protegen los derechos del consumidor, como lo mencioné, a recibir una información adecuada sobre los bienes o servicios ofertados, y de esta forma evitar futuros problemas o inconvenientes, sobretodo sanciones para aquellas empresas que ofertan servicios más aun siendo empresas ajenas a los servicios de las entidades financieras, de las que son parte dichos usuarios.

Específicamente en el artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero, se establece los cargos por servicios no financieros, que se refiere el reconocimiento de la aceptación de cobro por cualquier medio, desprotegiendo y vulnerando los derechos del usuario por parte de las entidades financieras, es por esto que mi propuesta de reforma la dirijo en cuanto a incorporar un inciso que regule las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación; y, que la aceptación sea manifestada por medio de contrato escrito o contrato electrónico, especialmente ya que no puede haber un consentimiento adecuado a través de una llamada telefónica a los clientes de una entidad financiera, ya que no puede constituirse como un tipo de contrato, por lo que la Junta de Política de regulación monetaria y financiera, como organismo encargado de regular los contratos que emite el sistema financiero a los usuarios; frente a este tipo de actos, resolvió la devolución de los dineros cobrados indebidamente.

La vulneración del derecho a la información precisa y no engañosa es evidente, la Constitución ampara a los usuarios estableciendo servicios de óptima calidad y a elegidos

con libertad sin ningún tipo de presión o acoso, garantizando así los mecanismos de defensa.

Las compañías de terceros, deben contar con limitantes respecto de información que brindará a los usuarios de las entidades financieras, estableciendo información adecuada ante el ofrecimiento de sus servicios a los usuarios de la entidad financiera en la que se encuentran vinculados.

El vacío es de tal importancia, ya que en otros países tampoco se regula el problema de mi investigación.

8. CONCLUSIONES

Luego de la ejecución de la investigación planificada he podido arribar a las siguientes conclusiones:

- Es necesario la regulación de cobros indebidos no fijados por autoridades financieras por servicios que no prestan, especialmente establecer una sanción pecuniaria en caso de adjudicación de contratos sin el consentimiento del contratado.
- Existen algunos vacíos legales en cuanto a la no regulación de cobros indebidos por parte de las instituciones financieras, por lo que existe un mal uso de confianza de las operaciones o función sistemáticas por medio de las instituciones.
- Los abogados conocen sobre el derecho que tienen las personas a disponer servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y la aceptación previa del usuario frente a servicios de terceros.
- En su mayoría, la población investigada estima necesario sancionar a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros de terceros sin la aceptación del usuario, además que se encuentre regulado en la norma el cobro indebido por servicios no financieros.

- La contratación de servicios no financieros, debe constituirse mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico, para que las entidades financieras realicen el débito o transferencia del pago, debidamente autorizado por el usuario.
- En el estudio comparado de la legislación ecuatoriana con la legislación de México, Colombia y Bolivia se pudo evidenciar que en ninguna de estas legislaciones, este tipo de contratación de servicios financieros en entidades bancarias se la realice por medios electrónicos, tampoco existe alguna norma que regule cobros indebidos de terceros y que además exista algún tipo de sanción respecto de esto. Por lo que, considero necesario se regule el tipo de contratación y la sanción respectiva si se violan los derechos de los consumidores.

9. RECOMENDACIONES

- Que la sociedad ecuatoriana considere el problema en cuanto al reconocimiento de la aceptación de cobro por cualquier medio desprotege al usuario, cliente o socio financiero, por lo que es necesario incorporar un inciso que regule las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera, mediante la aceptación expresa por medio de contrato escrito o electrónico.
- Fijar una sanción a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario; para de esta forma garantizar los derechos de las personas a disponer de servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.
- Que las universidades, escuelas politécnicas e institutos superiores tecnológicos deberían tratar eventos académicos referentes a las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera.
- Que el foro de abogados mediante conversatorios y otras técnicas de diálogo y socialización debatan el problema de cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario.

- Que la Asamblea Nacional, considerando la función de investigación de las universidades, recojan las propuestas de reformas legales que se generen mediante las tesis de grado.
- Que la Universidad Nacional de Loja, promueva y difunda esta investigación como fruto de un proceso académico generativo.
- Que las entidades bancarias, previo al pago o débito, verifiquen la aceptación y autorización de servicios no financieros por parte del usuario, cliente o socio financiero.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

Como corolario de la investigación que se desarrolló, se presenta la siguiente propuesta de reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero.

REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO



H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, la Constitución de la República del Ecuador garantiza a las personas el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

Que, las Naciones Unidas, en conferencia sobre el comercio y desarrollo, expide las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del Consumidor, cuyo objeto principal es que exista una cooperación internacional entre los Estados miembros, en cuanto a la aplicación de normas protectores de los consumidores, estableciendo los principios y características que deben contener las leyes que enmarquen derechos y protección al consumidor.

Que, en el Código Orgánico Monetario y Financiero no se establece el medio por el cual se demostrará la aceptación de los mismos, ni la sanción a las entidades por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación expresa del usuario.

Que, es necesario establecer que las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera, se establezca mediante la aceptación expresa por medio de contrato escrito o electrónico; además de una sanción a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario.

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide lo siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO

Art. 1.- En el artículo 248, se sustituya el inciso final, por el siguiente:

“Para que una entidad financiera realice el pago a terceros por servicios no financieros, previamente deberá verificar que exista una aceptación expresa del usuario financiero, ya sea por contrato escrito o electrónico. La entidad financiera que no realice dicha verificación y pague a terceros por servicios no financieros, será sancionada con trescientos

a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general y la indemnización de daños y perjuicios al usuario financiero”.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigencia luego de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Dada y suscrita en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los diecinueve días del mes de noviembre de 2020.

10. BIBLIOGRAFÍA

ANBAR. (1997). *Diccionario Jurídico Anbar con legislación ecuatoriana*. Cuenca: fondo de cultura ecuatoriana.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (20 de 10 de 2008). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial 449 de 20-oct-2008*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones (cep). Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Augé, C., & Augé, P. (1964). *Nuevo pequeño Larousse ilustrado*. Buenos Aires: Larousse.

Banco Coopnacional. (2016). *Definiciones importantes*. Obtenido de https://www.bancocoopnacional.com/pdf/actualizacion_abril_2016/definiciones_importantes_04_2016_completo.pdf

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico elemental*. Buenos Aires: EDIGRAF.

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Argentina: Claridad S.A.

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: HELIASTA SRL.

Carmona, O. (2014). *Melendez Law Offices*. Obtenido de <https://www.melendezlawoffices.com/blog/2014/september/la-importancia-del-contrato-escrito/>

CÓDIGO CIVIL FEDERAL. (03 de 06 de 2019). Diario Oficial de la Federación en cuatro parte slos días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, Última reforma

publicada DOF 03-06-2019. México. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf

Declaración Universal de derechos de los usuarios de los servicios banacarios y financieros. (2005). Salamanca, España. Obtenido de <https://juliorosonvsbbva.files.wordpress.com/2010/05/declaracion-universal-de-derechos-de-los-usuarios-de-los-servicios-bancarios-y-financieros.pdf>

Decreto 663 de 1993. (2004). Modificado por el Decreto Nacional 2359 de 1993, Modificado por el Decreto Nacional 1577 de 2002, Modificado por los Decretos Nacionales 206, 288 de 2004. Colombia. Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=1348

Delgado Vera, S., & Martillo Pazmiño, I. (2016). *APLICACIÓN DE LOS INTERESES PASIVOS Y ACTIVOS EN EL SISTEMA BANCARIO ECUATORIANO Y SUS EFECTOS MACROECONOMICOS 2007-2013*. Servicios académicos intercontinentales. Obtenido de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2016/1502/#indice>

Espinosa, G. (s.f.). *La más practica enciclopedia jurídica*.

Kaba, I. (2008). *Elementos básicos del comercio electrónico*. La Habana: Universitaria.

LEY DE INSTITUCIONES DE SEGUROS Y DE FIANZAS. (22 de 06 de 2018). Diario Oficial de la Federación el 4 de abril de 2013, Ultima reforma publicada DOF 22-06-2018. México. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISF_220618.pdf

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. (12 de 04 de 2019). Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, Última reforma publicada DOF 12-04-2019. México. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_261219.pdf

López García, M. (2004). *La Publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. eumed.net. Obtenido de http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/drgjh/Publicidad_en_web-1.pdf

Martín Queralt, J., Lozano Serrano, C., Tejerizo López, J., & Casado Ollero, G. (2015). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos.

Organización de Naciones Unidad (ONU). (2016). Directrices para la Protección del Consumidor. Nueva York y Ginebra. Obtenido de https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf

Ossorio, M. (1992). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Argentina: HELIASTA S.R.L.

Ossorio, M. (1998). *Diccionario Jurídico Anbar con legislación ecuatoriana*. Cuenca: fondo de cultura ecuatoriana.

Superintendencia de Bancos. (2020). Obtenido de Glosario de términos: <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/glosario-de-terminos/>

Villalba Cuellar, J. (2008). Contratos por medios electrónicos. *REDALYC.ORG*, 86.

Villavicencio, A. (1999). *Derecho Bancario y monetario*. Quito.

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS , SIN LA
AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO”**

AUTOR:

José Stalin Acaro Orbe

Loja – Ecuador

2019

1. TEMA

“Cargos por servicios no financieros, de terceros, sin la autorización precisa y expresa del usuario”

2. PROBLEMÁTICA

El artículo 152 del Código Monetario y Financiero establece que las personas tienen derecho a disponer de servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características, mismo que no es garantizado y desarrollado en el artículo 248, que establece *“Artículo 248. - Cargos por servicios no financieros. Las entidades del sistema financiero nacional no podrán efectuar cargo alguno por la prestación de servicios distintos de los financieros, a nombre de terceros, si no cumplen con la regulación que la Junta expida para el efecto o no cuentan con la aceptación previa y expresa del usuario. La aceptación deberá ser comprobable por cualquier forma reconocida por la ley. Los cargos cobrados que no cuenten con la aceptación expresa del usuario deberán ser restituidos, sin perjuicio de las sanciones a las que hubiere lugar.”*. puesto que, establece el reconocimiento de la aceptación de cobro por cualquier medio desprotegiendo al tarjetahabiente; por lo que es necesario incorporar un inciso que regule las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera, mediante la aceptación expresa por medio de contrato escrito o electrónico.

3. JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja, tiene como función primordial la Docencia, Investigación y Vinculación con la colectividad; como estudiante de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, he recibido la formación teórica y he adquirido los

conocimientos necesarios para la comprensión del Derecho y específicamente lo relativo al Derecho Público.

Respecto de la investigación, he fortalecido mis destrezas en el manejo de métodos, técnicas y procedimientos necesarios, para que apegada a la teoría general del derecho epistemológico jurídico, poder planificar y ejecutar una investigación que institucionalmente se denomina como tesis de grado.

El estudio de mi investigación jurídica se desarrolla sobre el derecho a disponer de servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características, pese a que la disposición citada, artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero, prohíbe el cobro a nombre de terceros por servicios financieros no autorizados, las empresas o entidades por medio de llamadas o mensajes, generan valores por supuestos servicios o prestaciones, obligando al pago de éste, sin existir una autorización precisa y expresa del usuario; es importante, ya que en la sociedad ecuatoriana es necesario contar con normas que revistan las características de previas, claras y públicas para asegurar la convivencia social, armonizar las relaciones entre los individuos, evitando los conflictos interpersonales y sociales.

La factibilidad de mi investigación radica en las posibilidades personales, económicas y académicas con las que cuento, y que de esta forma mi investigación contribuya en la ciencia del derecho mejorando los servicios de las entidades financieras por los cobros indebidos realizados por terceros.

El problema jurídico que he identificado reviste trascendencia social y jurídica, dado que denuncia un vacío jurídico existente en el artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Una investigación en la modalidad de tesis, requiere cumplir los lineamientos institucionales, es decir, aquellos contemplados en el Reglamento de la Universidad Nacional de Loja; y, las directrices académicas seguidas por el Docente Coordinador en la asignatura de trabajo de titulación que curso en el décimo ciclo de la Carrera de Derecho.

Pese a mi condición de estudiante limita un efectivo análisis científico, por ello me propongo ejercer un estudio profundo de todas las categorías implícitas y explícitas del problema jurídico que anuncio, con el fin de promover la lectura y generar nuestra investigación dentro del amplio universo conformado por las normas jurídicas que estructura el estado constitucional.

La originalidad de mi investigación radica en mi honestidad académica y probidad estudiantil con la que he seleccionado el problema jurídico a investigar.

Por la diversidad del pensamiento jurídico universal, existe la posibilidad de que se haya investigado la misma institución jurídica que investigaré, sin embargo, afirmo que todos los elementos personales por los cuales analizaré los componentes conceptuales, doctrinarios y jurídicos me corresponden y no constituye plagio de otras investigaciones, a los cuales me referiré con la correspondiente cita bibliográfica.

Dejo así justificada mi investigación que se planifica en el presente proyecto sujeto a revisión y aprobación de un Docente designado por la autoridad Académica de la Universidad en la cual culmino mis estudios.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

Investigar en forma doctrinaria, jurídica y empírica al régimen legal aplicable al derecho de disponer servicios financieros de adecuada calidad, así como información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Determinar si existe incumplimiento en la aplicación del artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero, respecto del cobro por las entidades financieras, por cargos de servicios no financieros de terceros, sin la autorización precisa y aceptación expresa del usuario.

Incluir una propuesta de reforma del artículo 248 incluyendo un inciso que precise el pago de valores a terceros; la información debe pedir la aceptación precisa y autorización expresa.

Presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero, sancionando a la entidad financiera que cobre valores de terceros, sin la aceptación precisa y expresa del usuario.

5. HIPÓTESIS

Es necesario reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero para regular las actividades de terceros dentro de las actividades financieras

para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera mediante aceptación expresa escrita o electrónica.

6. MARCO TEÓRICO

6.1 SERVICIOS FINANCIEROS

Guillermo Cabanellas conceptualiza al servicio como “*Conjunto de elementos personales y materiales que debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general y pública*”. (Cabanellas , pág. 703)

El autor Manuel Ossorio da el concepto de financiero como “*Entidad empresa o asociación establecida con la finalidad de aportar con recursos económicos por la creación, impulso o desarrollo de una empresa, proyecto negocio u operación*” (Ossorio , pág. 458)

Dentro de las entidades financieras, se regulariza en base a satisfacer las necesidades de quien los solicite, en este caso los usuarios que forman parte de dicha entidad financiera; ofreciendo productos o servicios de carácter financiero, entre ellos apertura de cuentas bancarias, débitos autorizados, depósitos, tarjetas de crédito, entre otros. El convenio establecido entre el usuario y la entidad financiera, para el acceso a los diferentes productos y servicios, se lo realiza mediante contrato escrito; por lo que al firmar un contrato con dicha entidad, las obligaciones generadas son únicamente entre las partes que convienen.

Las compañías de terceros, deben contar con limitantes respecto de información que brindará a los usuarios de las entidades financieras, estableciendo información adecuada ante el ofrecimiento de sus servicios a los usuarios de la entidad financiera en la que se encuentran vinculados.

6.2 INFORMACIÓN PRECISA Y NO ENGAÑOSA

El autor relata sobre la información en su libro: *“Conocimiento, noticia, averiguación jurídica y legal de un hecho”* (Espinosa)

La información recopila datos que sirven de fundamento para la formación de un mensaje del cual tiene que cumplir los criterios éticos del emisor para que no se confunda el mensaje para que el receptor pueda conceptualizar una idea clara de la información que asimilara como una realidad difusa, que solo le servirá a quien emita el mensaje.

Los servicios por parte de las aseguradoras deben ser claros en cuanto a los beneficios del usuario de una manera expresa, sin tergiversar la información o tratar de embaucar al usuario.

Guillermo Cabanellas, señala un breve concepto de engaño como *“Falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro; y asimismo, con intención de defenderse de un mal o pena, aun cuando legalmente proceda”*. (Cabanellas, pág. 115)

La aceptación consiste en el consentimiento de una persona como requisito para la existencia de un contrato, mismo que puede ser de forma expresa o tácita. De esta manera, concuerdo con la definición, ya que la aceptación de los usuarios debe manifestarse a través de su consentimiento o voluntad llegando así a formalizar la existencia de un contrato.

La Constitución de la República del Ecuador, estipula en el artículo 52 los derechos de los usuarios y consumidores, y establece:

Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de

calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es importante conceptualizar el término información, el autor define en su libro *“Conocimiento, noticia, averiguación jurídica y legal de un hecho”* (Espinosa)

La información es un conjunto de datos relacionados con los hechos, a través del cual se pretende dar un mensaje relacionado con el ofrecimiento de servicios o productos.

La entidad financiera debe brindar una información clara y precisa a los usuarios que forman parte de la misma, especialmente cuando se trata de compañías de terceros dedicadas a la colocación o asistencia de seguros, vinculadas a dicha entidad financiera; o en su defecto dichas compañías de terceros, debe ofrecer servicios claros y precisos en cuanto a los beneficios del usuario de una manera expresa, sin tergiversar la información o tratar de embaucar al usuario, como usualmente se lo hace por medio de llamadas telefónicas.

El autor identifica varios conceptos en cuanto al término preciso: *“Necesario indispensable, puntual, fijo, exacto, cierto, determinado, distinto, claro y formal. Abstraído o separado por el entendimiento.”* (Espinosa)

Toda información debe ser precisa, sin ningún tipo de engaño ofreciendo un servicio claro, justificando el cobro del mismo.

6.3 ACEPTACIÓN

De acuerdo con el autor Galo Espinosa, en su libro *La más práctica Enciclopedia Jurídica*, establece *La manifestación del conocimiento, como productor de efectos jurídicos constituye el acto de aceptación que consiste en admitirla hecha o el encargo conferido.*

Por la aceptación se manifiesta el consentimiento, y este es uno de los requisitos exigidos para la existencia del contrato. La aceptación como el consentimiento, puede ser de índole expresa o tácita. La primera cuando se formula de palabra o por signos equivalentes, la segunda cuando se refiere de acciones o hechos que permiten presumir que es la manifestación de la voluntad. (Espinosa, pág. 33)

La aceptación nace del consentimiento de las personas, mostrando la voluntad de aceptar o estar de acuerdo con algo, en el presente caso los servicios de terceros dentro de las entidades financieras; para que exista una aceptación por parte del usuario, debe existir previa información respecto de lo que se ofrece, tratándose de empresas de terceros, ajenos a la entidad financiera, la aceptación debe realizarse a través de un contrato escrito o electrónico, en el que conste de forma expresa su voluntad de acceder a dicho servicio ofertado, un contrato que de constancia de las obligaciones contraídas entre ambas partes.

Mi propuesta está dirigida a reformar el artículo el Código Orgánico Monetario y Financiero. En el que se establezca que la aceptación frente a servicios ofertados de terceros ajenos a la entidad financiera de la que forma parte el usuario, se la realice mediante contrato escrito o contrato electrónico, ya que de acuerdo con el estudio realizado, en el año 2018 se presentaron múltiples problemas respecto de cobros indebidos por parte de empresas de terceros, sin previa autorización del usuario, mismos que utilizan como respaldo grabaciones de llamadas en las que se pudo evidenciar la

mala información respecto de sus servicios, una información oscura y al mismo tiempo engañosa; por lo que es necesario que la norma regularice estos dos tipos de contratos, con el objeto de garantizar la aceptación del usuario y que quede perfeccionado legalmente.

6.4 CONTRATO ESCRITO

“El contrato escrito es la herramienta por excelencia para lograr este fin. Dicho documento resume el acuerdo de voluntades y expone los menesteres que habrán de regir entre las partes.” (Carmona, pág. 250)

Es importante el contrato escrita, para mayor formalidad de lo acordado, estipulándose de forma clara cada punto a tratarse entre las partes, y así mismo las obligaciones que se generen entre ellos, protegiendo de esta manera los derechos y obligaciones de los contratantes; además se puede evitar futuras controversias

6.5 CONTRATO ELECTRÓNICO

Es necesario analizar al documento electrónico partiendo del concepto del autor Ricardo Nieves en su libro de derecho informático que establece *“...Originalmente electrónico será el documento que haya sido creado por primera vez por medios informáticos como electrónico, como cuando se digita un texto en un ordenador...”* (Nieves Galarza, pág. 55)

Los documentos se crean a partir del texto digitado en un ordenador, a través de un medio electrónico, por lo que se denomina como documento electrónico, quedando originado este tipo de documento, que a continuación servirá para la creación de un contrato electrónico, que permitirá al usuario receptor, leer los beneficios o vacíos, para acceder

al servicio que se le ofrece; por lo que es necesario establecer un concepto de contrato electrónico:

“Los contratos electrónicos son acuerdos de voluntades celebrados a través de medios electrónicos por los cuales las partes establecen de forma volitiva obligaciones exigibles”
(Burgueño, 2010)

Lo importante de este tipo de contratación, está en que se los realiza sin que las dos partes estén necesariamente presentes para poder obligarse, perfeccionándose sin la presencia física de las partes que se obligan a través de este contrato, y ese puede considerarse como una particularidad principal de este contrato. A diferencia del contrato escrito comúnmente utilizado, donde la voluntad de las partes se la expresaba a través de un documento; un contrato electrónico, se realiza a través de un medio electrónico, en el que las partes a través de este medio expresan su voluntad para obligarse, quedando plasmado este tipo de contrato por medio de la utilización de los diferentes medios electrónicos.

Sería muy importante que las compañías aseguradoras vinculadas a las entidades financieras, formalicen y perfeccionen sus servicios establecidos claramente a través de un contrato electrónico, de esta manera el usuario no se vería afectado, ya que recibiría una información adecuada expresando su aceptación, de ser el caso, a través de este tipo de contrato.

La Ley de Comercio electrónico, firmas y mensajes, establece en el artículo 45 y 46 respectivamente:

Art. 45.- Validez de los contratos electrónicos.- Los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

Art. 46.- Perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos.- El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.

Tal y como el contrato escrito utilizado usualmente, este tipo de contrato cumple con los elementos esenciales para la validez de este tipo de contrato, esto es, la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.

El artículo 248 del Código Orgánico Monetario y Financiero, establece:

Artículo 248.- Cargos por servicios no financieros. *Las entidades del sistema financiero nacional no podrán efectuar cargo alguno por la prestación de servicios distintos de los financieros, a nombre de terceros, si no cumplen con la regulación que la Junta expida para el efecto o no cuentan con la aceptación previa y expresa del usuario. La aceptación deberá ser comprobable por cualquier forma reconocida por la ley. Los cargos cobrados que no cuenten con la aceptación expresa del usuario deberán ser restituidos, sin perjuicio de las sanciones a las que hubiere lugar. (Código Orgánico Monetario y Financiero)*

Las entidades del sistema financiero no podrán efectuar cobros a nombre de terceros o no cuenten con la aceptación previa y expresa del usuario y que esta aceptación deba ser comprobable reconocida en la ley.

El presente artículo establece el reconocimiento de la aceptación de cobro por cualquier medio desprotegiendo y vulnerando los derechos del usuario por parte de las entidades financieras, es por esto que mi propuesta de reforma la dirijo en cuanto incorporar un inciso que regule las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos por asistencias de las aseguradoras.

El problema nace cuando las aseguradoras utilizan métodos engañosos, en el presente caso la realización de llamadas telefónicas con el fin de solicitar la aceptación de seguros, y realizar debido indebidos.

No puede haber un consentimiento adecuado a través de una llamada telefónica a los clientes de una entidad financiera, ya que una llamada telefónica no puede constituirse en ningún contrato, por lo que la Superintendencia de Bancos a través de la junta de política de regulación monetaria y financiera debe regular los contratos que emite el sistema financiero a los usuarios; además cuando sucede este tipo de actos, la devolución de los dineros cobrados indebidamente deben ser devueltos con los intereses establecidos en el Código Orgánico Monetario y Financiero

La vulneración del derecho a la información precisa y no engañosa es evidente, la Constitución ampara a los servicios de óptima calidad y a elegidos con libertad sin ningún tipo de presión o acoso por parte de la empresa o compañía al usuario (tarjetahabiente) garantizando así los mecanismos de defensa.

El artículo en referencia establece el reconocimiento de la aceptación de cobro por cualquier medio desprotegiendo al tarjetahabiente, es por esto, que es necesario incorporar un inciso que regule las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera, mediante la aceptación expresa por medio de contrato escrito o electrónico.

7. METODOLOGÍA

La investigación que pretendo desarrollar se construirá basada en los lineamientos generales que ofrece la investigación científica, particularizando su alcance en el nivel jurídico. Todo trabajo investigativo requiere planificación, por ello en este proyecto me permito identificar los métodos, técnicas y procedimientos que efectuaré.

Una vez que mi proyecto de tesis cuente con el informe de pertinencia, estructura y coherencia otorgada por el Docente nombrado por la autoridad académica, iniciaré a seleccionar los referentes bibliográficos que me permitan conceptualizar las categorías identificadas al redactar y seleccionar mi problema jurídico.

En la prenombrada selección de información utilizaré fichas mnemotécnicas de transcripción, todas las que se analizarán mediante las fichas mnemotécnicas de comentario, es decir, que cada ficha de transcripción permitirá una o más fichas de comentario.

Para la presentación del marco jurídico abordaré mi problemática desde el punto de vista Constitucional en Tratados o demás Instrumentos Internacionales y en las Leyes Orgánicas conexas al Código de Trabajo.

Al ser mi problema jurídico de relevancia internacional, ejecutaré también un estudio en la legislación de otros países con la finalidad de cumplir uno de los fines del derecho comparado, cual es, unificar la legislación de los países con el mismo origen cultural.

Para desarrollar lo antes señalado, es evidente que me valdré de varios métodos, siendo los principales los siguientes:

Método científico.- Es una metodología para obtener nuevos conocimientos, que ha caracterizado históricamente a la ciencia, y que consiste en la observación sistemática, medición, experimentación, y la formulación, análisis y modificación de hipótesis.

Haré uso del presente método científico basándome en la observación para analizar debidamente el problema que afecta directamente a los usuarios vulnerando los derechos de las personas a disponer de servicios financieros de adecuada calidad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y, así realizar un debido análisis y modificación respecto de la hipótesis.

Método inductivo.- Es un proceso utilizado para poder sacar conclusiones generales partiendo de hechos particulares. Método que se basa en la observación, el estudio y la experimentación de diversos sucesos reales para poder llegar a una conclusión que involucre a todos esos casos.

Para la aplicación de este método partiré desde los hechos particulares que deberán ser analizados, en este caso los cobros indebidos a los usuarios, que me permita llegar a una conclusión más general, regulando las actividades de terceros dentro de las entidades financieras para la aplicación y el cobro por servicios ajenos a la entidad financiera.

Método deductivo.- Se refiere a una forma específica de pensamiento o razonamiento, que extrae conclusiones lógicas y válidas a partir de un conjunto dado de premisas o proposiciones. Es, dicho de otra forma, un modo de pensamiento que va de lo más general (como leyes y principios) a lo más específico (hechos concretos).

Para la aplicación de este método partiré de lo general, realizando un estudio de la norma que contiene el vacío legal en cuanto a las actividades de terceros dentro de las entidades financieras, que son causantes de los hechos motivo del problema jurídico.

Método estadístico.- Son procedimientos para manejar datos cuantitativos y cualitativos mediante técnicas de recolección, recuento, presentación, descripción y análisis. Los métodos estadísticos permiten comprobar hipótesis o establecer relaciones de causalidad en un determinado fenómeno.

Este método de investigación, me permitirá descubrir las causas por las cuales se debe reformar la norma legal debido a la existencia de un vacío legal, para su correcta aplicación, comprobando la realidad de la hipótesis, y que de esta manera los usuarios accedan a servicios de terceros en este caso servicios por parte de las aseguradoras, con su autorización por medio de un contrato legalmente establecido.

Método sintético.- Es un proceso analítico de razonamiento que busca reconstruir un suceso de forma resumida, valiéndose de los elementos más importantes que tuvieron lugar durante dicho suceso. En otras palabras, el método sintético es aquel que permite a los seres humanos realizar un resumen de algo que conocemos.

Este método de investigación, me permitirá desglosar los elementos para reconstruir el problema acontecido, en el que a una serie de personas se les realizaron cobros indebidos sin su autorización y mediante la aplicación de engaños, sin una información precisa y clara, lo que me permitirá plasmarlo en la ley.

Es necesario contar con los sectores involucrados en mi investigación, por ello dividiré en dos sectores la población a investigar:

El primer sector comprende al abogado que conoce y se desenvuelve a diario con la aplicación de la Constitución y leyes de la República. Conocedora de que existen más de 3.000 abogados en la ciudad de Loja, se ha establecido el número de 30 abogados, como un número importante a investigar. A los miembros de este sector les aplicaré una encuesta que será diseñada en base a mi problema, objetivos e hipótesis.

El segundo sector está comprendido por expertos en la materia o rama del derecho que investigaré y por personas que tienen íntima relación con la problemática determinada, tales como: docentes con postgrado y las personas involucradas en el presente caso trabajadores, motivo del tema objeto de investigación.

Otra de las técnicas que aplicaré es la observación de campo al lugar en donde se presenta la problemática, esto con la finalidad de determinar que la relevancia de mi investigación permita la transformación de esta realidad.

9. PRESUPUESTO

El proyecto de Investigación, se financiará con recursos propios.

9.1. RECURSOS HUMANOS

Director de Tesis: Por designarse

Entrevistados: 3

Encuestados: 30

Total: **33**

Ponente del Proyecto: José Stalin Acaro Orbe.

9.2. RECURSOS MATERIALES

RECURSOS MATERIALES	COSTO
Computadora	\$500.00
Impresora	\$70.00
Fotocopias	\$35.00
Transporte	\$150.00
Papel Bond	\$10.00
Memoria USB	\$10.00
Imprevistos	\$500.00
Materiales de Escritorio	\$150.00
TOTAL	\$1425.00

9.3. FINANCIAMIENTO

Los gastos del proyecto de investigación, serán financiados con recursos propios.

10. BIBLIOGRAFÍA:

Burgueño, P. F. (2010). Obtenido de <https://www.pablofb.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/>

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: EDIGRAF.

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial HELIASTA S.R.L.

Carmona, O. (s.f.). *Melendez Law Offices*. Obtenido de <https://www.melendezlawoffices.com/blog/2014/september/la-importancia-del-contrato-escrito/>

Código Orgánico Monetario y Financiero. (s.f.). R.O.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). R.O. .

Espinosa, G. (s.f.). *La más práctica Enciclopedia Jurídica*.

Nieves Galarza, R. (2009). *Los Documentos Electrónicos*. Cuenca: CARPOL.

Ossorio , M. (1998). *Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana* . Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana .

Rombolá , N. D., & Reboiras, L. M. (2005). *Diccionario Ruy Diaz de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Printer Colombia S.A.

Autor: **José Stalin Acaro Orbe**

C.I. 1104219959



1859

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**

ENCUESTA PARA ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

DISTINGUIDO ABOGADO (A):

Al encontrarme desarrollando una investigación titulada: **“CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS, SIN LA AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO”**. Conocedor (a) de su probidad y conocimiento le ruego se sirva contestar las siguientes interrogantes:

1.- ¿Conoce usted sobre el régimen legal aplicable al derecho de disponer servicios financieros de adecuada calidad así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y la aceptación de servicios de terceros?

SI ()

NO ()

2. - ¿Cree usted que es legal el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras, sin contar con la autorización expresa del usuario?

SI ()

NO ()

¿Por qué?

.....

3.- ¿Considera usted que al no recibir información clara y precisa por contratación de servicios no financieros por parte de terceros, se vulneran los derechos de los usuarios?

SI ()

NO ()

¿Por qué?

.....

.....\

4.- ¿Considera usted que es necesario que se sancione a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario?

SI ()

NO ()

¿Por qué?

.....
.....

5.- ¿Estima usted que es necesario que la contratación de servicios no financieros, se constituya mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico?

SI ()

NO ()

¿Por qué?

.....
.....

6.- A su criterio. ¿Se debe reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero, regulando las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera?

SI ()

NO ()

En caso de ser afirmativa. ¿Cuál sería su propuesta?

.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA

DISTINGUIDO (A):

Al encontrarme desarrollando una investigación titulada: **“CARGOS POR SERVICIOS NO FINANCIEROS, DE TERCEROS, SIN LA AUTORIZACIÓN PRECISA Y EXPRESA DEL USUARIO”**. Conocedor (a) de su probidad y conocimiento le ruego se sirva contestar las siguientes interrogantes:

1. A su criterio ¿Cree usted que es legal el cobro de servicios no financieros por parte de las instituciones financieras, sin contar con la autorización expresa del usuario?
2. ¿Considera usted que es necesario que se sancione a la institución financiera por el cobro de servicios no financieros sin la aceptación del usuario?
3. ¿Estima usted que es necesario que la contratación de servicios no financieros, se constituya mediante contratación expresa del usuario por medio de contrato escrito o contrato electrónico?
4. A su criterio. ¿Se debe reformar el Código Orgánico Monetario y Financiero, regulando las actividades financieras para la aplicación o el cobro de servicios ajenos a la entidad financiera?

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ESQUEMA DE CONTENIDOS	vi
TÍTULO	1
RESUMEN	2
ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	4
REVISIÓN DE LITERATURA.....	6
MARCO CONCEPTUAL	6
DERECHO FINANCIERO	6
INSTITUCIONES FINANCIERAS.....	9
SERVICIOS FINANCIEROS	12
PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	15
INFORMACIÓN PRECISA	18
ACEPTACIÓN BANCARIA.....	21
CONTRATO ELECTRÓNICO	23
CONTRATO ESCRITO	27

MARCO DOCTRINARIO	29
EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO BANCARIO	29
INTEGRACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL	31
ORGANISMOS DE CONTROL	32
SERVICIOS NO FINANCIEROS	33
COMERCIO ELECTRÓNICO	34
MARCO JURÍDICO	35
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIOS Y CONSUMIDORAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	35
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIOS Y CONSUMIDORAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.	37
CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y DESARROLLO, SE EXPIDE EN EL AÑO 2016, EN NUEVA YORK Y <i>GINEBRA</i>	37
LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS DE LOS USUARIOS <i>DE LOS SERVICIOS BANCARIOS Y FINANCIEROS</i>	39
LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.	40
CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO	42
DERECHO COMPARADO	46
MÉXICO	46
COLOMBIA	51
BOLIVIA	55
ANÁLISIS DE CASOS	58

RESOLUCIÓN NO. 463-2018-F, DE FECHA 26 DE OCTUBRE DE 2018, EMITIDA POR LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA:..... 58

MATERIALES Y MÉTODOS 61

Método científico 62

Método inductivo 63

Método deductivo 63

Método estadístico 64

Método sintético 64

RESULTADOS 67

RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA..... 67

RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA..... 89

DISCUSIÓN 97

VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS 97

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS..... 101

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA .. 102

CONCLUSIONES..... 106

RECOMENDACIONES 108

PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA 110

BIBLIOGRAFÍA 113

ANEXOS 116

INDICE 138