

FEB
2022



ASOBANCA LAW JOURNAL

CONTENIDO

Medios de pago digital 3

Hablemos de la citación 7

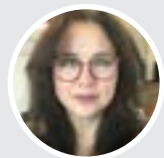
EDICIÓN: FEBRERO 2022

Articulist



Luis Antonio Lucero

Luis Antonio Lucero, es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y tiene un Magister en Derecho de la Empresa (LLM) por la Pontificia Universidad Católica de Chile.



Gean Magaly Aguirre

Gean Magaly Aguirre. Es Doctora en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. En la actualidad es Gerente Legal del Banco Guayaquil.



Dr. Marco Antonio Rodríguez
Vicepresidente Ejecutivo y Director Legal - Técnico

Abg. María Gabriela López
Subdirectora Legal Técnico

Abg. Samantha Olmedo
Asesor legal (Coordinadora del Asobanca Law Journal)

Abg. Galo Torres
Asesor legal

Dirección:

Av. República de El Salvador N25-204 y Suecia. Edificio
Delta 890 - Piso 7.

Telefono:

(593-2) 2466 700

asobanca.org.ec

Los medios de pago digitales en el Ecuador, su importancia en el sistema financiero y su adaptación a la normativa nacional

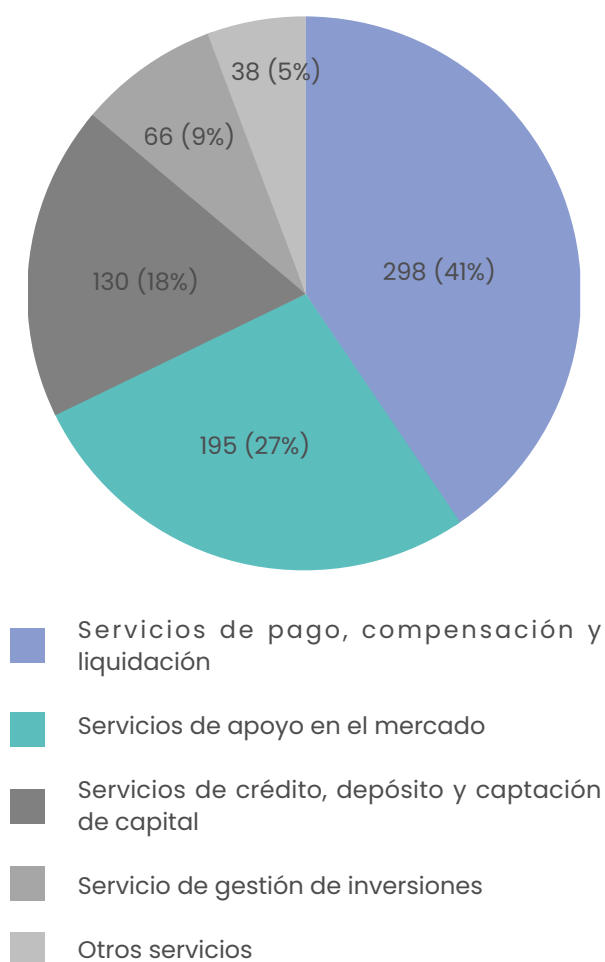
Por: Luis Lucero

Actualmente vivimos en un mundo globalizado donde la tecnología ha tomado un papel importante, coadyuvando a efectivizar la prestación de todo tipo de servicios, uno de estos ha sido los servicios financieros, en este sentido las compañías de tecnología financiera (Fintech, por su abreviatura en inglés), se han convertido pioneras en la innovación financiera jugando un papel fundamental en el desarrollo de la economía global.

Tal es así que las compañías de tecnología financiera dedicadas a “pagos o transacciones digitales” han facilitado la vida de muchos usuarios financieros, por esta razón en el pico más de la pandemia del COVID-19 que azotó a todo el planeta, el uso de servicios de pagos digitales se disparó, esto sencillamente en razón de que su utilidad en el sistema financiero nacional e internacional revolucionó el modo de consumir y de efectivizar los pagos a los más necesitados, permitiendo inclusive una inclusión financiera más eficiente¹.

El segmento Fintech de pagos y remesas es el más grande de la región latinoamericana (ver cuadro 1), representando el 24% hasta el año 2018 del total de todos los emprendimientos². Los principales medios de pagos digitales a saber son: a) las pasarelas y agregadores de pago, los cuales dan soluciones de pago menos costosas y eficientes en el comercio electrónico, y; b) pagos móviles y billeteras electrónicas, que los prestan a través de dispositivos móviles para realizar las transacciones, compras etc.

• Cuadro 1³



¹ Los sistemas de pago digitales o automatizados permiten que los gobiernos logren una eficaz y eficiente repartición de apoyo social, llegando a los más necesitados y facilitando que estos puedan tener acceso a dicha ayuda.

² Banco Interamericano de Desarrollo, “Los mecanismos de pagos digitales”, 2020.

³ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, “Implicaciones de los avances en tecnofinanzas (fintech) para los bancos y los supervisores bancarios”, febrero 2018, página 11.

⁴ Ver numeral 3 del artículo 385 de la Constitución de la República del Ecuador.

El auge de la economía colaborativa y los numerosos emprendimientos en el segmento de tecnología financiera, han dejado en evidencia que la normativa va tres pasos atrás de la innovación en los servicios. En el Ecuador, por ejemplo, tenemos una Constitución que prioriza la innovación tecnológica⁴ y su desarrollo como una política de Estado; sin embargo, en el ámbito financiero que nos compete, está vigente el Código Orgánico Monetario y Financiero que data del año 2014 que no previó normas permeables para el desarrollo de la innovación financiera, sino por lo contrario ha impuesto ciertos candados legales que limitan su ejecución.

Es importante, por lo tanto, analizar si el marco normativo ecuatoriano está acorde a las innovaciones en los servicios financieros sobre todo en los sistemas de pago digitales. El Código Orgánico Monetario y Financiero establece la posibilidad de que las entidades del sistema financiero nacional, puedan contratar a compañías de servicios auxiliares que estén calificadas por las entidades competentes⁵ en los segmentos que taxativamente regula y que los órganos lo consideren. Uno de esos segmentos es el de **“transaccional o de pago”**.

Partiendo de esa base, podemos decir que las compañías que pretendan prestar los servicios auxiliares de pagos digitales a entidades financieras del sistema nacional; o, en su defecto ser intermediarios de tales servicios, deben solicitar su calificación en el segmento transaccional, tal es así que actualmente ciertas “pasarelas de pago” y/o “botones de pago” han obtenido la calificación en la Superintendencia de Bancos para tal objeto.

No obstante, en la norma financiera ecuatoriana persisten ciertas limitaciones para la prestación de servicios auxiliares a entidades del sistema financiero, por ejemplo, se dispone que las personas jurídicas que presten tales servicios deberán ser sociedades anónimas y/o limitadas, olvidándose completamente de la nueva figura societaria de sociedades por acciones simplificadas (SAS), y sobre todo que las compañías extranjeras puedan domiciliarse en el país, pues la norma exige su constitución y no dice nada respecto a la figura de domiciliación prevista en la Ley de Compañías.

Otras limitaciones implican las restricciones parciales para que las entidades del sistema financiero nacional, inviertan en las compañías de servicios auxiliares o en su defecto para que las compañías que sean subsidiarias de una entidad financiera, puedan excepcionalmente prestar sus servicios a terceros ajenas al sistema financiero. Esto evidentemente restringe una fuente de fondeo para este tipo de compañías ya que no pueden apalancarse libremente, teniendo en cuenta que los Bancos deberían ser los



principales aliados para el desarrollo de los servicios financieros tecnológicos.

En este mismo orden de ideas, el artículo 434 del Código sostiene que las entidades del sector financiero privado podrán invertir en compañías de responsabilidad limitada únicamente de servicios auxiliares, véase entonces una clara limitación de inversión por parte de las entidades bancarias en compañías de servicios auxiliares que podrían abarcar las de tecnología financiera.

Gracias a la evolución del comercio electrónico y la introducción de servicios de economía disruptiva en los países de la región (p. ejem. Uber, Didi, Cabify, AirBnb, etc.), la necesidad de los servicios de pago digitales ha permitido desarrollar nuevas características de las pasarelas de pago e innovación en la forma como prestan sus servicios (**know how**). Para los servicios de economía disruptiva que prestan sus servicios en países de la región, la recaudación es un reto complejo que implican varios conocimientos específicos de los sistemas de pago de cada país y su regulación de control y fiscal.

En Ecuador, por ejemplo, el impuesto a la salida de divisas ha provocado que ciertos servicios digitales que no mantengan cuentas de recaudación en el país o un agente que lo haga, se encuentran en una desventaja frente aquellos que sí los tienen pues aumentan sus costos en 5%, en lo que corresponda. No obstante, para ese problema hay una solución: agregadores de pago.

¿CUÁLES SON LAS DIFERENCIAS DE LAS PASARELAS GATEWAY Y LAS PASARELAS AGREGADORES DE PAGO?:

Los agregadores de pago son sociedades que suministran tecnologías de acceso que permiten a sus establecimientos o comercios afiliados aceptar pagos tanto de manera presencial como de manera

⁵ Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; y, Banco Central.

virtual, recaudando, en nombre de tales comercios, el producto de la liquidación de los pagos autorizados para posteriormente transferirlos a favor del comercio⁶. Este tipo de servicios es muy utilizado en países de la región por compañías como Uber, Amazon, etc.

A diferencia de las pasarelas de pago tipo agregadores, las pasarelas de pago **“payment gateway”**, son

proveedores de servicios de pagos de comercios electrónicos en línea y/o negocios con presencia física, en los cuales el dinero llega directamente a las cuentas del comercio que vende el producto o servicio, este modelo permite la disponibilidad del dinero inmediata, pero con la condición de que el comercio tenga un relacionamiento establecido con una entidad del sistema financiero nacional.

Diferencias entre pasarelas Gateway y agregadores de pago

Modelo Gateway	Modelo Agregador
El dinero se compensa en las cuentas de los comercios.	El dinero inicialmente se recauda en las cuentas de la pasarela, para luego compensarlo en las cuentas de los comercios afiliados.
Mayores tiempos de vinculación.	Menores tiempos de salida a producción.
Costo por transacción, con un mínimo mensual.	Costo porcentual + fijo por transacción.
Administración del dinero.	El dinero es recaudado directamente por la pasarela (el dinero debe ser retirado de la cuenta posteriormente).
Opera a través del sistema financiero como compañía de servicio auxiliar.	Opera a través del sistema financiero como compañía de servicio auxiliar.
El comercio afiliado negocia directamente la tarifa de adquirencia con su banco.	El agregador negocia la tarifa de adquirencia con el banco adquirente (el comercio no tiene relación con el banco).
Servicio orientado al e-commerce.	Servicio orientado al e-commerce.
No existe relación o carga tributaria (proveedor de tecnología).	Los agregadores pueden ser agentes de retención de sus comercios afiliados.

De lo anterior se desprende que, existen ciertas diferencias que un comercio debe tomar en cuenta al momento de contratar estos servicios de pagos digitales. En este sentido, consideramos que la característica principal del agregador de pago es que el dinero de los comercios, llegan directamente a las cuentas del agregador y de allí se transfiere a las cuentas de los afiliados (compensación y/o liquidación posterior). El formato agregador permite que emprendimientos con poco relacionamiento con

las entidades financieras y reconocimiento de marca inicien fácilmente sus operaciones⁷.

No ha de sorprender entonces que, cuando un usuario final realiza una compra en una tienda que esté integrada con una pasarela agregador, en sus estados bancarios, aparezca el nombre de la pasarela y no del establecimiento al que adquirió el bien o servicio.

⁶ Observatorio eCommerce, “Manual de Buenas Prácticas de Pasarelas de Pago en Colombia, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Colombia, pág. 10.

⁷ Ibidem 4, pág. 8

Una vez que hemos intentado explicar la dinámica de los principales medios de pagos digitales, cabe preguntarse:

¿ESTÁ PREPARADA LA NORMATIVA ECUATORIANA PARA ESTE TIPO DE COMPAÑÍAS?

Considero que no lo está y no lo podrá estar, ya que intentar estar al día con la regulación con este tipo de innovaciones será una tarea titánica, puesto que el movimiento de una Fintech se asemeja a una lancha rápida en comparación de un Banco que puede ser asemejado a al movimiento de un Buque.

Sin perjuicio de lo anterior, visto la importancia del papel de estos servicios de medios de pagos digitales, el Servicio de Rentas Internas del Ecuador, en mayo de 2021, emitió una resolución en la cual dispone que los agregadores de pago y mercados en línea ser agentes de retención del impuesto a la renta y del impuesto al valor agregado (IVA), respecto de los pagos o acreditaciones que realicen a terceros o sus comercios afiliados por los ingresos de venta de bienes o servicios. En esta normativa dispone que, para aplicarse sus disposiciones, los agregadores deben ser calificados como entidades de servicios auxiliares del sistema financiero, por la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, según corresponda; y, como sistemas auxiliares de pago ante el Banco Central.

Por lo tanto, las entidades de control financiero antes mencionadas deberán adecuar su normativa secundaria para que los agregadores de pago se califiquen como sistemas auxiliares de sistema financiero, toda vez que, como explicamos estas

ostentan ciertas características diferentes a las pasarelas de pago Gateway, que es la compensación a terceros o comercios afiliados siendo un riesgo financiero considerable que debe ser regulado y controlado. En países de la región como México, Chile y Colombia han desarrollado normativa secundaria específica para la operación de este tipo de pasarelas de pago y han implementado medidas de seguridad de información, protección al cliente y sobre todo mecanismos de garantía para la compensación a los comercios afiliados.

CONCLUSIONES:

1. La expansión de la economía disruptiva y el comercio electrónico han incentivado a que emprendedores creen mecanismos de pagos digitales que faciliten la vida de los consumidores, comercios, banco emisores y adquirentes.
2. Pese a que la Constitución de la República del Ecuador, establece como política de Estado incentivar el uso de tecnologías, en el ámbito financiero el Código Orgánico Financiero no dispone de normas permeables que permitan el desarrollo de las Fintech's, por el contrario, establece candados legales que impiden que compañías extranjeras inicien sus operaciones formales y reguladas, por el alto costo administrativo y precariedad legal.
3. Actualmente en el país operan varias compañías que ofrecen servicios de medios de pagos digitales, los cuales, en su mayoría, han sido calificados como compañías de servicios auxiliares del sistema financiero y sistemas auxiliares de pago, según corresponda.
4. Las pasarelas de pago Gateway y las pasarelas agregadores han sido los medios de pago digitales que más acogida han tenido en el comercio electrónico de la región, puesto que permite a los gobiernos apoyar a la formalización y crecimiento de pequeños comercios, incentiva los emprendimientos y la innovación tecnológica, permite reducir el uso del efectivo y por tanto el costo de la dolarización en el Ecuador, y finalmente permite una inclusión financiera más eficaz en programas de ayuda gubernamentales.
5. Es necesario que en el país se agilicen los procesos legislativos y se de una manera flexible regular los servicios financieros tecnológicos, con el fin de que se propicie el crecimiento económico, promoviendo la competencia, la entrada de nuevos jugadores al mercado y sobre todo formalizando el aspecto fiscal y de control de riesgos; pero sobre todo, una regulación equilibrada que les permita operar, desarrollarse e innovar, pero también que proteja los derechos de los usuarios financieros.



Hablemos de la citación

Por: Gean Magaly Aguirre

Con mucha frecuencia, en el mundo judicial y en el ejercicio de la profesión hablamos del hito procesal llamado citación. Para aquellos que no están familiarizados con este término, nos referimos al **"...acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas..."** (art 53 COGEP).

Ahora bien, siendo un acto que garantiza el derecho a la información y sobre todo a la legítima defensa, que se encuentra normado y reglamentado, la citación es a menudo razón por la cual los abogados perdemos el sueño: la entrega de la boleta respectiva no es cosa fácil.

Es obligación del actor consignar la dirección del domicilio del demandado, dirección que debe incluir el nombre del Cantón, Parroquia, Barrio, Calle Principal, Calle Transversal, nomenclatura antigua y actual, identificación de un monumento y/o parque cercano y un croquis que puede ser dibujado a mano

alzada o mediante foto satelital. Detalles éstos que no garantizan que el señor citador ubique el domicilio y proceda a entregar la citación en persona o por boleta. Si eso pasa, entonces la rueda del tiempo retrocede y empezamos a buscar otras direcciones donde citar y enviar la boleta.

Cuando agotamos al menos tres direcciones y han transcurrido aproximadamente cinco meses, presentamos justificativos que permitan realizar la citación mediante publicación por la prensa. El compás de espera se activa nuevamente y estamos atentos a recibir la providencia que ordena la citación por medios escritos de circulación nacional, previo juramento que la parte actora debe realizar. Sin embargo, también puede llegar una providencia como la que recibí hace pocos días, ordenando que se presente una petición ante el Juzgado de Contravenciones para acceder a información de Instituciones Públicas y Privadas que permitan ubicar al demandado. En este caso se suman tres meses más al período de citación.

Tras tres direcciones fallidas y una vez transcurridos más de 5 meses se puede citar por la prensa.

La pandemia que aqueja al planeta nos urgió a buscar caminos ágiles y expeditos que de la mano de la tecnología nos permitan continuar con nuestras labores. Ciertamente, la innovación tecnológica no es ajena a la justicia. Desde hace algún tiempo ya nuestros Jueces y secretarios utilizan firmas electrónicas certificadas, por ejemplo. Actualmente contamos con ventanillas virtuales que permiten un acceso inmediato a los requerimientos propios de un proceso judicial. Incluso las providencias y notificaciones son puestas en conocimiento de las partes procesales mediante correos electrónicos, tal y como lo establece el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) **"son idóneos para enviar notificaciones el casillero judicial, domicilio judicial electrónico, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo electrónico personal."** Empero la citación sigue siendo un nudo difícil de deshacer.



El COGEP, en su art 55, prevé la citación por boletas mediante modalidad clásica y a través de las direcciones electrónicas. En el primer caso el citador podrá entregar las boletas de citación a cualquier persona de la familia del demandado o fijarlas en la puerta del domicilio cuya dirección fue consignada por el actor. La misma norma establece también la posibilidad de citar de forma digital, pero solo bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, al haber agotado la citación en persona o la citación por boletas físicas (lo cual no exime de la obligación de citar por prensa). Para este caso es idóneo usar el correo electrónico que conste en contratos sometidos a litigio, en los cuales la persona o personas demandadas hayan declarado su aceptación para ser citados por ese medio.

En este punto, cabe reflexionar: Si las partes contractualmente aceptan como válida la citación mediante el uso de la dirección electrónica.

¿Es necesaria la citación mediante boletas físicas?

¿Se vulnera el derecho a la legítima defensa si se usan plataformas digitales expresamente aceptadas?

Se entiende que el juzgador pondere el derecho de cada parte de un litigio y exija los mejores esfuerzos para evitar la indefensión. Sin embargo, no escapa al sentido común, que el número de procesos judiciales aumenta sin parar, ubicándonos en el momento histórico de conciliar la buena fe procesal y la protección de cada uno de los derechos con la agilidad que la justicia requiere.

Considerando que estas líneas serán leídas en un entorno legal - financiero, quisiera enfocarme en el trabajo que diariamente hacemos. La Banca a nivel nacional tiene un alto porcentaje de procesos judiciales encaminados a la recuperación de obligaciones impagas. La mayoría de estas obligaciones están sustentadas en contratos de préstamo que contienen renuncia a domicilio e incluso renuncia a la jurisdicción ordinaria, es decir hay una declaración expresa aceptada por las partes. Mientras los préstamos se desembolsan o acreditan en cuenta, banco y cliente se encuentran en una etapa del enamoramiento: la información es exacta y se actualiza con cierta frecuencia. Este comportamiento se pierde cuando por alguna razón la obligación de pagar se ve afectada.

Es bien conocido que cuando una persona natural o jurídica accede a un préstamo, conoce con exactitud



el monto y las fechas de pago. Este antecedente elimina aquel argumento del **no sabía, no me han comunicado, no he recibido notificación**. En este ámbito, lo que se reclama judicialmente ya es previamente conocido por la parte demandada. Por otro lado, cuando una persona no puede o no quiere honrar sus obligaciones, fácilmente puede cambiar de dirección, así que una vez más la citación por medios digitales o físicos no excluye la imposibilidad de determinar el domicilio o lugar de residencia.

Hace falta una reforma urgente a la Ley que facilite la citación únicamente mediante dirección electrónica, claramente consignada y aceptada en los contratos de préstamo. La citación mediante dirección electrónica bajo la figura de boletas es completamente viable, rápida y segura, tanto como hacerlo de manera física. No por nada se afirma que la información es una extensión de nuestro cuerpo a través de los teléfonos inteligentes.

La citación, por correo electrónico, de boletas es completamente viable, rápida y segura, tanto como hacerlo de manera física.

Para terminar, me quiero referir a la posibilidad de contratar servicios, pagar impuestos y cargos, adquirir en línea y otras tantas actividades al alcance de la mano, simplemente pulsando teclas en un computador o teléfono inteligente. Si todo esto es posible, ¿por qué no urgir a las instancias correspondientes las reformas a la Ley que posibiliten la aceptación contractual de citación mediante dirección electrónica, y que no se mantenga como un requisito más, previo al juramento de desconocimiento de domicilio y publicación por prensa?

En algunos grupos humanos la tecnología genera reservas, y con justa causa en muchos casos. Sin embargo, todos vamos hacia un mismo horizonte marcado por la velocidad y la tecnología, es hora de tomar ese tren. Facilitemos la citación, permitiendo el envío de boletas por medios digitales.



La información contenida en el presente documento es de exclusiva propiedad de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador. Toda reproducción, total o parcial, deberá realizarse incluyendo la referencia correspondiente; y se deberá procurar contar con la autorización de su autor. El presente documento espacio de opinión, el cual recoge la visión de sus autores. Sin que, la información en él contenida deba, ni pueda, entenderse de manera alguna como la posición oficial de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador.



www.asobanca.org.ec