

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La regulación de las compañías de factoring en Ecuador

Juan José Balladares Oleas

Derecho

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 24 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos:	Juan José Balladares Oleas
Código:	00211559
Cédula de identidad:	1726719113
Lugar y fecha:	Quito, 24 de noviembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

DEDICATORIA:

A CRISTO, EL VERDADERO ARTÍFICE DETRÁS DEL ESTE TRABAJO.

A MARÍA, SU MADRE, GUÍA DE CADA PASO QUE HE DADO, DOY Y DARÉ.

A MI PADRE, ENRIQUE, QUIEN SIEMPRE INTERCEDE POR MÍ.

A MI MADRE, MARÍA JOSÉ, POR SU AMOR INCONDICIONAL.

A MIS ABUELOS, ENRIQUE, CARMEN, MARTHA, LUCÍA Y ROSI,
POR SU APOYO EN MI CRIANZA COMO PERSONA Y COMO
PROFESIONAL.

A MIS HERMANOS, ENRIQUE Y JUAN MARTÍN, HOMBRES
BRILLANTES Y FUTUROS ABOGADOS.

A MIS TÍOS Y PRIMOS, CARMEN, MACHI, FER, GABY, CARO,
JUANCA, PABLITO, DANI, ELIZA, MAJO, EMILIO, SOFI, FÁTIMA,
JOAQUÍN, NACHO, ANA Y PEDRI.

A MI FAMILIA YÉPEZ Y GACHET GIACOMETTI

A MI GENTE INCONDICIONAL, DANIEL S., PAZ J., JUAN MARTÍN S., RICARDO C., DANIEL F.,
HUGO A., MARTÍN G., MIGUEL M., VINICIO B., DAVID P., JUAN FERNANDO A., CARLOS S.,
MILA F., PAULA Z., EMILIA M., MATEO F., BERNARDA D. XAVIER G., JOHA, P., MATEO C.,
GABY J., MARTIN B., MATEO P., EMILIO P., KEVIN C., SEBASTIÁN G., VALENTINA A., EMILIO
A., DANI C., EMILIO R., SEBASTIÁN R., PANCHO M., KEVIN O., JAVIER B. Y NICOLE J.

AGRADECIMIENTO:

AL COLEGIO DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO Y A SUS PROFESORES, POR TODAS Y CADA UNA DE SUS VALIOSAS ENSEÑANZAS.

AL COLEGIO DE ADMINISTRACIÓN Y ECONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO Y A SUS PROFESORES, POR CUANTO SUS LECCIONES HAN CAMBIADO PARA BIEN LA PERSPECTIVA QUE TENGO DEL DERECHO.

A LOS CATEDRÁTICOS JUAN CARLOS MEJÍA Y ANDRÉS MORETA, POR CONTAGIARME LA PASIÓN POR ESTA HERMOSA PROFESIÓN.

AL CATEDRÁTICO OSWALDO SANTOS DÁVALOS, POR SU GUÍA Y POR SUS TAN VALIOSOS APORTES E IDEAS, INDISPENSABLES PARA LA FINALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO.

LA REGULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE FACTORING EN ECUADOR¹
THE REGULATION OF FACTORING COMPANIES IN ECUADOR

Juan José Balladares Oleas²
jballadares@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

La libertad de mercado es objeto de discusión desde la formalización de la economía como ciencia. Si bien la idea de la mano invisible no fue pensada inicialmente para los mercados financieros, en el presente trabajo se discute la posibilidad de desregularizar a las compañías de factoring en Ecuador. Para ello, se expone y evalúa el impacto económico-financiero de la normativa ecuatoriana en la industria del factoring financiero privado. Los principales hallazgos arrojan que los costos transaccionales para constituir una firma de factoring privado operativa constituyen barreras de entrada cuyos efectos no pasan con éxito un análisis costo-beneficio. Se concluye finalmente que no debería ser necesaria la autorización estatal para que una firma pueda ingresar en la industria en cuestión.

PALABRAS CLAVE

contrato de factoring, compañías de factoring, regulación, riesgo, barreras de entrada.

ABSTRACT

The free market as an idea has been discussed as long as economics has existed as a science. Although its conception did not target financial markets, the present work discusses the possibility of deregulating factoring companies in Ecuador. For this purpose, the economic and financial impact of actual regulations will be exposed and evaluated. The main findings this will throw is that the transaction costs of constituting a fully operating factoring company imposed by such regulations constitute a market barrier to entry whose effects will not successfully pass a cost-benefit analysis. It will be concluded that it is not necessary to meet the States' authorization for these firms to operate in said industry.

KEY WORDS

factoring contract, factoring companies, regulation, risk, barriers to entry

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. DEBATES PRINCIPALES.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. BREVE RECUENTO DE LA NORMATIVA APLICABLE.- 5. EL CONTRATO DE FACTORING.- 6. LA REGULACIÓN FINANCIERA DE LAS COMPAÑÍAS DE FACTORING.- 7. BARRERAS DE ENTRADA INNECESARIAS.- 8. RECOMENDACIONES Y OBSERVACIONES.- 9. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En los últimos treinta años, el sistema financiero ecuatoriano atravesó dos puntos de inflexión: una crisis financiera interna al final de la década de los años noventa y la del 2008, que fue producto de un colapso interno inicial en el sistema estadounidense cuyas consecuencias se extendieron al plano internacional, incluyendo una profunda crisis de deuda soberana en la Eurozona³. La primera de ellas se dio a finales del siglo pasado, en un entorno macroeconómico delicado, con las tasas de inflación más altas de la historia del país, el “feriado” bancario y la dolarización de la economía a una tasa de veinticinco mil sucres por dólar. La segunda de estas crisis fue consecuencia del colapso del sistema financiero estadounidense, que vio su origen en una deficiente gestión de riesgos en el contexto del mercado de hipotecas. Esta coyuntura trajo consigo una suerte de paranoia legislativa en lo que respecta al sistema financiero, y Ecuador no es la excepción. A partir de los hitos enunciados, la regulación del sistema financiero nacional ha tendido al paternalismo y a la sobreprotección. Esto se vio plasmado, por ejemplo, en la creación del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano en 2008⁴, o en la prohibición de inversión en entidades no financieras para los accionistas de las entidades financieras^{5 y 6}.

³ John Armour et al., *Principles of financial regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 51.

⁴ Ley 00 de 2008 [Por la cual se reforma la ahora derogada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero], R.O. Suplemento No. 498, 31 de diciembre de 2008, art. 2.

⁵ Ley 0 de 2011 [Por la cual se reforma la ahora derogada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero], R.O. Suplemento 555, 13 de octubre de 2011.

⁶ Estas reformas, entre otras, se mantuvieron sin mayor cambio en el actualmente vigente Código Orgánico Monetario y Financiero.

A pesar de esto, quedan sectores del sistema financiero cuya sobrerregulación no queda del todo clara, y tampoco justificada. Este es el caso de la industria del factoring financiero, que consiste en el sector de compraventas cuyo objeto es la cartera de las entidades financieras como bancos, aseguradoras o casas de valores. Esta industria ha tenido un importante crecimiento en Latinoamérica, llegando a casos extremos como el de Chile, en donde el factoraje representó el 12.9% del PIB en 2011⁷. El problema en Ecuador radica en que las firmas que buscan incurrir en esta industria deben enfrentar varias barreras de entrada, de las cuales la mayoría son impuestos por la normativa aplicable. Cuando la posible insolvencia de estas firmas no representa un riesgo para el sistema financiero, el objeto de su regulación se pone en tela de duda.

Con respecto a las implicaciones éticas del presente trabajo, cabe poner en contexto algo que la teoría microeconómica clásica ha afirmado desde el nacimiento de dicha rama de estudio: los operadores económicos siempre buscan maximizar sus beneficios, y las firmas del sistema financiero no son la excepción. Esto, porque en ausencia de restricciones, viviríamos en una suerte de jungla Hobbesiana⁸. En este sentido, la búsqueda de la maximización de beneficios de los grupos de influencia en la sociedad tiende a darle forma a la regulación en materia económica, cuestión sostenida por los doctrinarios de la teoría de la captura regulatoria, con más o menos matices⁹. En este sentido, es crucial que la regulación financiera responda a criterios de eficiencia, y no a los intereses particulares de ninguna persona. Si a esto se suma la gravedad y generalidad de las externalidades negativas que trae el colapso del sistema financiero¹⁰, se toma mucho más en cuenta la importancia de que la regulación sea nada más y nada menos que precisa. Es por esto por lo que las consecuencias de la regulación financiera deben ser tomadas con imperativo cuidado, lo que es la mayor implicación ética de esta área de estudio.

Es por esto por lo que el presente trabajo busca recopilar, sistematizar y exponer la normativa y doctrina sobre los aspectos esenciales de esta industria, incluyendo la inherente al contrato de factoring y a las compañías que buscan incurrir en este mercado.

⁷ Carolina Murillo y María Díaz, *El factoring y su regulación* (Medellín: Universidad EAFIT, s.f.), 5.

⁸ Douglass North, "Transaction costs, institutions, and economic history", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics* 140, No. 1 (1984), 7.

⁹ Richard Posner, "Theories of economic regulation", *The bell journal of economics and management science* 5, No. 2 (1974), 336.

¹⁰ John Armour et al., *Principles of financial regulation*, 123.

Posteriormente, se analizarán las consecuencias económicas de la regulación expuesta y se propondrán mejoras normativas con miras a la promoción de la eficiencia y libre competencia en este mercado. Finalmente, se concluirá que no es necesario que las compañías de factoring se sometan a un proceso de autorización estatal, puesto que no representan un riesgo sistémico para el sistema financiero ni sus entidades, por la naturaleza de los contratos que ejecutan.

2. Debates principales

La primera de las discusiones principales en torno a las cuales gira el presente trabajo es aquella sobre la naturaleza del contrato de factoraje, especialmente en lo que respecta a la delimitación de los elementos esenciales de esta figura contractual. En este sentido, existen dos posturas principales. La primera de ellas afirma que las actividades de gestión de cobranza, de asunción de riesgo o de financiamiento al proveedor son elementos esenciales del contrato. Esta postura se recoge principalmente en el Código de Comercio ecuatoriano, y en la Convención UNIDROIT sobre Factoring Internacional.

La segunda postura, por otro lado, afirma que el contrato de factoring es una compraventa de cartera, y por ende, sus elementos principales son los mismos que los de toda compraventa: el precio y la cosa, independientemente de la asunción de riesgos, del financiamiento o de la gestión de cobranza. La postura adoptada por el presente trabajo se decanta por esta última perspectiva, la cual se adopta en la obra “El contrato de factoring” de Agustín Marré, en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, o en fallos jurisprudenciales como *Manhattan Factoring Corp. v. H. M. Orsburn et al.* de la Corte Suprema de Arkansas.

La segunda discusión principal gira en torno a la conveniencia de imponer cargas a las compañías de factoraje, como la calificación a la que deben someterse estas últimas frente a la Superintendencia de Bancos. Si bien no existe literatura que promueva la imposición de estas cargas a este tipo de compañías, esta postura es adoptada por la normativa aplicable al procedimiento. Esto inicia, en sentido amplio, desde la Constitución de la República del Ecuador, en la que se declara a las actividades financieras como un servicio de orden público. En este sentido, el Código Orgánico Monetario y Financiero enmarca al factoraje dentro de la actividad financiera, y consecuentemente, lo somete a control del estado.

En contraposición con la postura del legislador financiero, varias obras aseguran que el riesgo crediticio de los deudores de las entidades financieras es asumido generalmente por las compañías factoras. En la literatura que expone a cabalidad esta perspectiva con respecto al factoraje se encuentran obras como “Fundamentos del riesgo bancario y su regulación” de Richard Apostolik et al., “Turbulencias Financieras y Riesgos de Mercado” de Ángel Vilariño o “El contrato de factoring”, de Agustín Marré. El presente trabajo se adhiere a esta visión de la discusión, puesto que esta constituye uno de los argumentos principales de por qué las compañías de factoraje no deberían contar con la aprobación del Estado.

3. Marco teórico

Las esferas temáticas a tratar en el presente trabajo son de una amplia variedad, puesto que el mismo no se limita a ser un estudio del derecho, sino que incluye temas inherentes a las finanzas y a la economía. Los tres ejes teóricos de este trabajo son i) el inherente al contrato de factoring, su naturaleza y tipología; ii) el que trata sobre el procedimiento de regulación financiera de las operaciones de las compañías de factoraje; y iii) aquel en el que se analiza económica y financieramente el segundo eje.

Con respecto al primer eje, debe destacarse la obra “El contrato de factoring” de Agustín Marré, que ha fungido como guía principal en cuanto a las generalidades jurídicas y comerciales del factoraje. Sin perjuicio de ello, se han empleado obras adicionales como la publicación “*Legal aspects of international factoring—an American concept goes abroad*” de Samuel Pizar, o “Contrato Factoring” de Ronaldo Hernández, con la finalidad de cubrir matices en lo relativo a la tipología de contratos de factoraje. Por último, se debe dar crédito a la influencia de la clásica obra “De los contratos” del profesor Arturo Alessandri, que si bien no se enfoca en el caso especial del factoring, constituye una guía imprescindible en cuanto a la parte general del derecho contractual.

En lo respectivo al segundo eje, la obra que ha guiado la gran mayoría de este trabajo es “*Principles of financial regulation*” de John Armour et al. Esto, porque la completitud de este tratado permite abarcar un sinnúmero de temas sobre los mercados financieros, el sistema bancario o las medidas micro prudenciales que deben tomar las entidades financieras. Adicionalmente, se han empleado otras fuentes como la publicación de Bengt Holmström y

Jean Tirole “*Liquidity and risk management*”, o como “*Taking balance-sheet insolvency beyond the point of no return*” de William Day.

Por último, el eje final del trabajo consiste en un análisis crítico de la regulación expuesta en los ejes anteriores. Para ello, se han empleado varias obras en lo inherente al análisis económico del derecho y a la gestión de riesgos financieros. De entre estas obras se destacan dos guías principales: “Derecho y economía” de Robert Cooter y Thomas Ulen y la publicación “*Theories of economic regulation*” del padre del Análisis Económico del Derecho, Richard Posner. Adicionalmente, en este eje se han empleado varias obras de temáticas financieras como “Fundamentos del riesgo bancario y su regulación” de Richard Apostolik et al., “Turbulencias Financieras y Riesgos de Mercado” de Ángel Vilariño o “Derecho Financiero” de Carlos Giuliani. Estas obras han ejercido una influencia crucial en el presente trabajo, por cuanto uno de los argumentos principales del mismo gira en torno al estudio de riesgos en las transacciones de factoring.

4. Breve recuento de la normativa aplicable

En Ecuador, la regulación inherente a la industria del factoring se encuentra dispersa, dependiendo del ámbito de la misma del que se trate. Por un lado, la regulación societaria general de las compañías de factoring se encuentra principalmente en la Ley de Compañías, cuestión que no se enmarca en el objeto del presente trabajo, con excepción de lo inherente a gobierno corporativo, que se encuentra en el primer libro del Código Orgánico Monetario y Financiero, COMYF. La regulación operativa, es decir, la autorización operaciones de estas compañías en el sector financiero privado se encuentra en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos Libro I, CRSB I, y en la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Financiera, CRJPRF. Por otro lado, la regulación del contrato de factoring se encuentra en el Código de Comercio, C. de C. y en la Convención de UNIDROIT Sobre Factoring Internacional, CUFI.

En esta línea, cabe recalcar que, del mismo modo que los bancos, las casas de valores y compañías de seguros, las compañías de factoring deben adoptar una figura societaria determinada, de acuerdo con el COMYF. A pesar de esto, todo lo relativo al buen gobierno corporativo se regula en el artículo 407 y siguientes del COMYF, mas no en la LC. Adicionalmente, existe una limitación contemplada en el C. de C., la cual dispone que las

compañías de factoring deben dedicarse exclusivamente a este negocio y sus operaciones conexas¹¹.

A pesar de que la constitución de estas compañías está sujeta al régimen societario común, es necesario que obtengan un permiso estatal obligatorio para poder ejecutar su objeto social, el cual es considerado una actividad financiera al tratarse de una compraventa de valores¹². Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, CRE, dispone que las “[...] actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado [...]”¹³. La normativa inherente a la obtención de esta última se encuentra en la Sección IV, Capítulo I del Título II de la CRJPRF y en el Capítulo IV del Título II de la CRSB. Entre otras cosas, en ellas se evalúan de manera concreta el cumplimiento de los requisitos generales establecidos en el COMYF para la operación de entidades financieras.

Por último, la regulación del contenido del contrato de venta de cartera se encuentra en el Capítulo Tercero, Título Décimo del Libro Quinto del C. de C. Es aquí donde se contemplan los elementos del contrato, solemnidades y efectos jurídicos principales, además de que se enuncia vagamente la imperatividad de que los factores sean compañías calificadas por la autoridad competente. Asimismo, el artículo 667 de la misma norma contempla lo que parecerían tres tipos diferentes de factoring, distinguibles de acuerdo con la actividad realizada por el factor, y que se enlistan en los artículos a), b) y c) del mismo artículo, lo cual se discute con mayor profundidad *infra* §5.2.

5. El contrato de factoring

El punto de partida del presente trabajo consiste en una breve exposición de las generalidades del contrato de venta de cartera. Esto, porque entender cómo funciona de este contrato es primordial para poder llegar a la conclusión de que la regulación actual de esta industria no es la adecuada. Por ello, en esta sección se realizará una aproximación jurídica de este contrato, y finalmente se expondrá la tipología de contratos de factoraje.

¹¹ Código de Comercio [C. de C.], R.O. Suplemento No. 497, 29 de mayo de 2019, reformado por última vez R.O. Tercer Suplemento No. 245, art. 214.

¹² Código Orgánico Monetario y Financiero [COMYF], R.O. Suplemento No. 332, 12 de septiembre de 2014, reformado por última vez R.O. Segundo Suplemento No. 215, art. 155.

¹³ Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O. Tercer Suplemento No. 377, art. 308.

5.1. Concepto

No existe una concepción jurídica uniforme sobre la naturaleza del contrato de factoraje. Para definirlo de manera correcta, se debe delimitar cuál es su objeto principal, es decir, sus elementos esenciales. En Ecuador, el C. de C. lo define como

una operación por la cual las compañías [...] que incluyan en su objeto social la realización profesional y habitual de operaciones [de] factoring [...] adelantan fondos a sus clientes, quienes a cambio le ceden títulos de crédito o facturas comerciales negociables; asumiendo el adquirente, respecto de los créditos cedidos, al menos una de las obligaciones siguientes:

- a) Gestionar el cobro de los créditos;
- b) Financiar al proveedor; y,
- c) Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores¹⁴.

En un tenor similar, la CUFÍ define a esta transacción como un acuerdo en virtud del cual una persona llamada proveedor le cede créditos originados en compraventas mercantiles a un cesionario, el cual asume al menos dos de las siguientes funciones: i) financiamiento al proveedor; ii) lleva contabilidad del crédito adquirido; iii) gestionar cobranzas; iv) asunción del riesgo de quiebra de los deudores¹⁵.

A pesar de esto, las definiciones expuestas previamente no son del todo precisas, puesto que confunden los elementos esenciales de este contrato, es decir, sus obligaciones principales, con algunos de sus efectos y consecuencias económicas y financieras. A diferencia de lo contenido en el C. de C. o la CUFÍ, la venta de cartera es un contrato en virtud del cual una persona llamada factor le compra créditos a otra llamada proveedor¹⁶. Consecuentemente, en el presente trabajo se sostiene que los elementos esenciales del contrato de factoring son únicamente i) la cesión de créditos por parte del proveedor en favor del factor y ii) el pago de un precio o “adelanto” por parte del factor en favor del proveedor. En ausencia de una de estas obligaciones principales, no se puede hablar de contrato de factoraje, puesto que la ausencia de uno o varios elementos esenciales “[acarrear] o la ineficacia del contrato o su transformación en otro diferente”¹⁷.

¹⁴ Convención de UNIDROIT Sobre Factoring Internacional [CUFÍ], Ottawa, 28 de mayo de 1988, sin ratificación por parte del Ecuador, art. 2.

¹⁵ Art. 667, C. de C.

¹⁶ Samuel Pizar, “Legal aspects of international factoring—an American concept goes abroad”, *The Business Lawyer* 25 No. 4 (1970), p. 1505.

¹⁷ Arturo Alessandri, *De los contratos* (Bogotá: Editorial Temis, 2011), 9.

En la misma línea, y contraste con lo dispuesto en los literales a), b) y c) del artículo 667 del C. de C., se sostiene que tanto la gestión de cobranza¹⁸, como el financiamiento y la asunción de riesgos no son elementos esenciales de este contrato. En primer lugar, la gestión de cobranza es una actividad propia e inherente al goce de un activo, el cual se considera un bien incorporal, al ser un derecho personal¹⁹. En este sentido, el propietario de toda cosa, incluyendo los créditos, tiene “la facultad de destinar las cosa para la finalidad que le es propia o natural”²⁰, y como es sabido, la finalidad del derecho de crédito es la de “[generar] una corriente de ingresos”²¹. Consecuentemente, la gestión de cobranza es una consecuencia directa de la facultad de goce que el factor tiene sobre los créditos adquiridos, sin que por ello deba ser un elemento esencial del contrato de factoring.

En segundo lugar, el financiamiento al proveedor no es un elemento esencial de este tipo de contrato porque constituye una de sus finalidades económicas, mas no una de sus obligaciones esenciales. Esto, porque incluso en un mundo de riesgo universalmente neutro, las empresas deben asegurarse contra shocks de liquidez²². A pesar de esto, la falta de liquidez no es el único motivo para suscribir un contrato de factoraje, lo que explica la existencia del factoring al vencimiento. Además, las entidades del sistema financiero pueden suscribir este tipo de contratos con la única intención de especializarse²³, y no necesariamente con la de financiarse. Si se lo plantea *contrario sensu*, y sobre la base de lo expuesto, se puede concluir que es factible que exista un contrato de factoraje sin que el proveedor tenga necesidades urgentes de liquidez.

En tercer lugar, la asunción de riesgo tampoco constituye un elemento esencial del contrato de venta de cartera, puesto que es únicamente un elemento natural de todo contrato de compraventa. En este sentido, al contrato de factoraje le aplica el principio *caveat emptor*,

¹⁸ El manejo de la contabilidad del crédito adquirido, actividad incluida en la CUFI, se puede enmarcar dentro de lo que el C. de C. llama gestión de cobranza.

¹⁹ Código Civil [CC], R.O. Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R.O. Edición Constitucional No. 15, art. 583.

²⁰ Luis Parraguez, *Régimen jurídico de los bienes* (Quito: Cevallos, 2018), 244.

²¹ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016), 61.

²² Bengt Holmström y Jean Tirole, “Liquidity and Risk Management”, *Journal of Money, Credit and Banking* 32 No. 3 (2000), 308.

²³ La especialización de las entidades financieras a consecuencia de contratos de factoraje se trata a mayor profundidad *infra* §7.2.

en virtud del cual, y por regla general, el factor asume todo el riesgo²⁴ de la cosa vendida. Esta concepción, de manera antinómica, se acoge en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuya normativa aplicable dispone que “[s]alvo pacto en contrario [...] el adquirente de la cartera se hace cargo de la solvencia de los deudores de los instrumentos de crédito”²⁵. Consecuentemente se sostiene que esta asunción del riesgo es un elemento natural, por lo que el contrato puede subsistir sin ello, y consecuentemente, las partes pueden modificarlo e incluso suprimirlo²⁶.

Se insiste en que la definición del contrato de factoring es una compraventa de cartera, independientemente de lo que el factor haga con los créditos cedidos, o de quién asuma los riesgos de insolvencia de los deudores del proveedor. Esta visión es acogida por normativa comparada, como el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, cuyo artículo 1421 dispone que

[h]ay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, *pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos*²⁷ (énfasis añadido).

Como bien denota esta norma, cuestión que se considera precisa, los elementos esenciales del factoraje son i) los créditos a cederse y ii) el precio a pagarse. Asimismo, en esta norma, el financiamiento del proveedor y la asunción de riesgos son elementos naturales de este contrato, y su inclusión o exclusión son cuestiones opcionales que dependen de la autonomía de la voluntad de las partes. Este criterio ha sido también acogido por jurisprudencia norteamericana, la cual ha definido al factoring como una compraventa de cuentas por cobrar, diferenciando la operación de compra con la operación de asegurar un crédito²⁸.

Consecuentemente, se puede concluir que el contrato de factoring es un contrato cuyos elementos esenciales son los mismos que en toda compraventa: el pago del precio o “adelanto” y la transferencia de la cosa. En este tipo de transacciones, la cosa que se debe es un conjunto de derechos de crédito definido como cartera, sin la cual el contrato de factoring

²⁴ Virginia Law Review, “Caveat emptor”, *The Virginia Law Register* 15, No. 12 (1910), 976.

²⁵ Art. 671, C. de C.

²⁶ Arturo Alessandri, *De los contratos*, 9.

²⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014, art. 1421.

²⁸ Manhattan Factoring Corp. v. H. M. Orsburn et al., Corte Suprema de Arkansas, 18 de enero de 1965, 385 S.W.2d 785 [1965].

perdería su distintividad. Esto, porque la adquisición de créditos “constituye el eje de las obligaciones asumidas por el factor, debido a que esta es la base esencial del desarrollo del contrato”²⁹. Todo elemento adicional se considera como elemento natural o accidental del contrato, tal como la gestión de cobro, la asunción de riesgos o el financiamiento del proveedor .

5.2. Tipología de contratos de factoring

Existe una gran diversidad de contratos de factoring, cuya tipología dependerá de varios elementos, tales como el financiamiento del proveedor, la existencia de recurso, la notificación al deudor o el posicionamiento geográfico de las partes. Consecuentemente, y en virtud de estos elementos, los contratos de factoring podrán ser con o sin financiamiento, con o sin recurso, con o sin notificación, nacionales, internacionales, de importación o de exportación. En el sistema ecuatoriano, las partes son quienes dan forma a cada transacción, por lo que, dependiendo de las necesidades comerciales de cada una, se preferirá una u otra figura de este contrato.

El primer criterio de clasificación, el financiamiento, consiste en la inmediatez con la que el proveedor percibe liquidez por parte del factor. Bajo este criterio, los contratos de factoraje podrán ser a la vista o al vencimiento³⁰. El primero de ellos, el *credit – cash* factoring, consiste en un pago por adelantado del precio de la cartera, generalmente previo al vencimiento de la misma. Esto es, en otras palabras, que el pago por parte del factor se realiza al perfeccionamiento del contrato. Por otro lado, en el segundo de ellos, el *maturity* factoring, el pago del precio por parte del factor se realizará una vez que el deudor o deudores del factorado solucionen su deuda. Esto implica que el proveedor no percibirá liquidez de manera inmediata, sino únicamente cuando las deudas sean pagadas. Lo común en este segundo tipo de factoraje es que el factor cobre primero la cartera, y la devuelva al proveedor con un descuento, que fungiría como precio. Por este motivo la labor del factor está mucho más orientada a la gestión de cobranza³¹. Este tipo de factoraje será considerado como tal siempre

²⁹ Ronaldo Hernández, “Contrato factoring”, *Revista Judicial, Costa Rica* 99 (2011), 17.

³⁰ *Ibid.*, 16-17.

³¹ Mateo Sánchez, “Aspectos generales del factoring nacional e internacional”, *Saber, ciencia y libertad* 11, No. 1 (2016), 157.

que opere la cesión de créditos en favor del factor, por lo que la mera gestión de cartera no consiste en factoraje.

El segundo criterio de clasificación, reconocido en el C. de C., gira en torno a la distribución del riesgo de insolvencia de los deudores del proveedor. Como se afirmó previamente, en todo régimen contractual que respete la autonomía de la voluntad, las partes podrán asignar entre ellas todo tipo de riesgo en lo inherente al contrato. Es por esto por lo que, debido a este criterio, los contratos de factoring podrán ser con o sin recurso. En el factoraje sin recurso, el factor asume el riesgo de la insolvencia de los deudores de la cartera adquirida al proveedor. Esta configuración del riesgo es la que se aplica por regla general, pudiendo las partes modificarla a través del contrato³². Cabe acotar que, en la práctica comercial, este tipo de factoring es el más común y normalmente va de la mano con el financiamiento del proveedor³³. Por otro lado, en el contrato de factoring con recurso, si bien el factor adquiere la titularidad de dominio de la cartera, el riesgo de insolvencia de los deudores es asumido por el proveedor. Consecuentemente, en este tipo de factoraje, el proveedor tendrá que mantener indemne al factor en caso de incobrabilidad de la cartera, y en el caso de que se hayan adelantado fondos, “el factor [...] podrá pedir el reembolso del dinero al empresario”³⁴. Este tipo de factoring también se conoce como factoring impropio.

El tercer criterio tiene que ver con lo que en la doctrina se denomina la ejecución del contrato. Esto último consiste en la existencia de notificación de la cesión de créditos a los deudores de la cartera adquirida³⁵. En este sentido, los contratos de venta de cartera podrán ser con notificación o sin notificación. El efecto jurídico directo de que se pacte o no la obligación de notificar a los deudores va a ser la oponibilidad o inoponibilidad de la cesión de créditos³⁶. Así, la falta de notificación al deudor de ningún modo constituye causal de nulidad de la cesión de créditos realizada entre el proveedor y el factor, puesto que la tradición de los créditos permanece válida, aunque no se pueda esgrimir contra los deudores³⁷. En el caso de las transacciones de factoraje llevadas a cabo en el ámbito del sistema financiero, no

³² Art. 671, C. de C.

³³ Mateo Sánchez, “Aspectos generales del factoring nacional e internacional”, 158.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ronaldo Hernández, “Contrato factoring”, 13.

³⁶ Art. 273, C. de C.; art. 1842, CC.

³⁷ Arturo Alessandri, *Tratado de las obligaciones, Volumen III: Modificación y extinción de las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 23.

se puede decir que exista una obligación de notificación a los usuarios financieros, sin perjuicio de que el factor tenga la obligación de proteger la información personal de los mismos³⁸.

Finalmente, el último criterio de clasificación de las transacciones de factoring tiene que ver con la localización de las partes contractuales al cierre y ejecución del contrato. En este sentido, la venta de cartera será doméstica o internacional; además, dentro de esta última se encuentran el factoring exportación y de importación³⁹. El factoring doméstico es aquel en el que ambas partes contractuales, tanto factor como proveedor, se encuentran dentro de la misma jurisdicción. El factoring internacional es aquel en el que existe un elemento de extranjería, como el que las partes contractuales se encuentren en diferentes países. El factoring de exportación es aquel en el que tanto el factor como el proveedor se encuentran en el mismo país, sin embargo los créditos adquiridos gozan de un elemento de extranjería, en el que los deudores se encuentran en una jurisdicción diferente. Por último, el factoring de importación consiste en la compra de cartera a un proveedor extranjero cuyos deudores se encuentran en la misma nación que el factor⁴⁰.

6. La regulación financiera de las compañías de factoring

Una vez dejado expuesto el funcionamiento de las transacciones de factoraje, en este punto se distinguen cómo y cuáles son las compañías de factoring que en el ordenamiento ecuatoriano deben ser calificadas por la Superintendencia de Bancos. No toda compañía de factoring debe someterse a este proceso, sino únicamente aquellas que busquen operar dentro del sistema financiero, es decir, como prestadoras de servicios auxiliares⁴¹. Como consecuencia, estas compañías quedan sometidas al control de la Superintendencia de Bancos, puesto que i) el objeto social de este tipo de compañías está “orientado a la generación y colocación; y/o, administración de cartera de crédito”⁴² y ii) la compraventa de valores es considerada actividad financiera, por lo que se considera de orden público y está

³⁸ Art. 155, COMYF.

³⁹ Rolando Hernández, “Contrato factoring”, 17.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Codificación de Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Financiera [CRJPRF], R.O. Edición Especial No. 44, 22 de mayo de 2017, reformado por última vez en R.O. Cuarto Suplemento No. 229, Capítulo XVI, art. 4.

⁴² Codificación Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo I [CRSB I], R.O. Edición Especial No. 123, reformado por última vez R.O. No. 371, Capítulo IV, Título IV, art. 14.

sometida al control del estado⁴³. En Ecuador, los principales requisitos normativos con los que toda compañía de factoring que busque operar en el sistema financiero debe cumplir son i) los de capital y ii) el de obtención de calificación ante el órgano competente.

6.1. Capital mínimo

El origen del requisito de capital mínimo se remite al COMYF, el cual dispone que “[e]l capital de [las compañías de servicios auxiliares] deberá guardar directa proporción con el volumen o monto de sus operaciones”⁴⁴. Esto quiere decir que las compañías que se dedican a comprar cartera deben mantener un patrimonio mínimo. A pesar de la existencia de esta disposición, la Junta de Política y Regulación Financiera no ha emitido normativa particular para el caso de las compañías de servicios auxiliares del sistema financiero.

En la misma línea, se puede argumentar que estas últimas quedan sometidas al régimen general de solvencia⁴⁵, mientras la Junta de Política y Regulación no emita normativa diferenciada⁴⁶. El régimen general de solvencia está constituido principalmente por requisitos de capital mínimo y de liquidez mínima⁴⁷. Por un lado, los requisitos de capital mínimo buscan asegurar a las entidades financieras de enfrentar insolvencia en el balance, en caso de que sus créditos se devalúen por motivos inherentes a riesgo crediticio⁴⁸. Por otro, los requisitos de liquidez mínima implican que las entidades financieras, especialmente los bancos, deban tener una cantidad prudencial mínima de activos líquidos⁴⁹. Esto, porque toda firma que tenga pasivos corrientes y activos no corrientes enfrenta un riesgo de liquidez en la financiación⁵⁰, el cual puede materializarse en casos como corridas bancarias. En las siguientes líneas, se expondrá únicamente el régimen general de capital mínimo en Ecuador y se discutirá su aplicabilidad a las compañías de servicios auxiliares⁵¹. Se descarta la aplicabilidad de los requisitos de liquidez mínima a las compañías de factoraje porque están diseñados para firmas que realizan transformación crediticia, como los bancos.

⁴³ Art. 143, COMYF

⁴⁴ Art. 436, COMYF

⁴⁵ Este régimen se encuentra en el capítulo del COMYF denominado “Disposiciones comunes para el sistema financiero nacional”.

⁴⁶ Art. 151, COMYF.

⁴⁷ Arts. 188-193, COMYF.

⁴⁸ John Armour et al., *Principles of financial regulation*, 441.

⁴⁹ *Ibid.*, 485-486.

⁵⁰ *Ibid.*, 478.

⁵¹ Art. 188, COMYF.

El régimen general de capital mínimo, o patrimonio técnico, consiste en la limitación de la cantidad de activos de una compañía que pueden ser financiados mediante deuda⁵². Esto se alcanza regulatoriamente a través de la inclusión obligatoria de aportaciones mínimas de capital, cuya cifra dependerá principalmente de los activos que posea la compañía. La lógica regulatoria detrás de esto se remite a que a mayor patrimonio⁵³, menor riesgo de insolvencia en el balance. Esto, porque las pérdidas de valor de los activos son asumidas por el patrimonio, y en última instancia, por los accionistas⁵⁴. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por ejemplo, se dispone que las entidades de los sistemas financieros público y privado deben mantener un coeficiente de apalancamiento⁵⁵ no inferior al 4%, entre otras disposiciones similares⁵⁶.

Se sostiene que, en Ecuador, la regulación de capital mínimo contenida en el COMYF es perfectamente aplicable a las compañías de servicios auxiliares, incluyendo las de factoring. Esto, porque al igual que toda compañía, estas últimas enfrentan el riesgo de insolvencia de balance, que consiste en la imposibilidad de saldar deudas, por ser los pasivos mayores a los activos⁵⁷. Estas disposiciones se complementan con la facultad discrecional de la Superintendencia de Bancos de “disponer previo a la expedición de la resolución [...] el incremento del capital pagado de la entidad solicitante”⁵⁸. A pesar de esto, y como se expone *infra* §7, lo ideal es que su obligatoriedad quede estrictamente restringida a compañías cuya solvencia sea una cuestión de interés general, como bancos o aseguradoras, si bien el mantenimiento de un patrimonio técnico puede ser considerado como una medida prudente.

6.2. Calificación

Como se expuso previamente, la compraventa de cartera está catalogada como actividad financiera en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siempre que se tenga como contraparte a una entidad del sistema financiero. Consecuentemente, las compañías de factoring que operen en este sistema brindan un servicio de orden público, y por ende

⁵² John Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 449.

⁵³ Entiéndase “patrimonio” en la acepción contable de la palabra.

⁵⁴ John Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 441.

⁵⁵ Esto es, la proporción entre el patrimonio y los activos de la firma.

⁵⁶ Art. 190, COMYF.

⁵⁷ William Day, “Taking balance-sheet insolvency beyond the point of no return”, *The Cambridge Law Journal* 72, No. 3 (2013), 515.

⁵⁸ Capítulo IV, Título IV, art. 5, CRSB I.

requieren del permiso del estado para poder operar⁵⁹. Para ello, existe un procedimiento administrativo ante la Superintendencia de Bancos, cuya finalidad principal es el aseguramiento de la solvencia del aplicante⁶⁰, y el cual se conoce como calificación. El resultado de este proceso es la emisión de una resolución de autorización para poder operar en el sistema financiero como compañía de servicios auxiliares, que en el presente caso corresponde al factoring.

Con respecto a las cuestiones previas a la aplicación ante la Superintendencia de Bancos, es importante recalcar que no todo tipo de sociedad puede aplicar a este trámite, sino únicamente aquellas que se han formalizado en las figuras de sociedad anónima o de compañía limitada⁶¹. Cabe agregar que es imperativo que estas compañías designen exclusivamente al factoraje como su objeto social y por ende giro de negocio principal⁶². Consecuentemente, las sociedades civiles, las compañías de economía mixta, las sociedades por acciones simplificadas y todo otro tipo de compañía diferente a las autorizadas quedan excluidas como potenciales aplicantes.

El procedimiento de calificación inicia formalmente con la presentación de una solicitud inicial ante la Superintendencia de Bancos, lo cual debe realizarse por parte del representante legal o apoderado de la compañía aplicante. Por disposición de la Junta de Regulación y Política Financiera, a esta solicitud se deben incorporar una serie de documentos iniciales, como la constitución de la compañía aplicante y sus estados financieros certificados por la Superintendencia de Compañías, entre otros⁶³.

Por otro lado, y entre otra documentación adicional, las compañías aplicantes, independientemente del tipo de servicio auxiliar a prestar, también deben presentar un plan de negocios, una ficha financiera que incluye diez estados financieros diferentes, certificados de cumplimiento de obligaciones del Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Compañías e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, una matriz de riesgo operativo, metodologías de administración de riesgos y detalle de la infraestructura tecnológica de la firma⁶⁴. En el caso particular de las compañías cuyo giro de negocio sea la generación,

⁵⁹ Art. 308, CRE.

⁶⁰ Art. 436, COMYF.

⁶¹ Art. 434, COMYF.

⁶² Art. 214, C. de C.

⁶³ CRJPRE, Art. 2.

⁶⁴ Capítulo IV, Título IV, art. 2, CRSB I.

colocación y administración de cartera, como las compañías de factoring, se debe presentar un estudio adicional que “indique que [la aplicante] cuenta con la tecnología crediticia y los documentos de sustento, incluido el Manual de Administración de Riesgo de Crédito”⁶⁵. Esto quiere decir que, detrás de la norma, existe un interés especial en que este tipo de compañías mantengan una adecuada gestión de riesgos operativos y crediticios.

Subsiguientemente, en caso de que la Superintendencia de Bancos verifique que la información adjuntada a la solicitud sea insuficiente, aquella dispondrá a la aplicante que la complete en el término de diez días, bajo pena de que se archive la solicitud⁶⁶. Si bien la normativa no es del todo clara al respecto, es razonable que en este momento sea en el que la Superintendencia de Bancos ejerza su facultad de dictaminar que la aplicante aumente su capital social, puesto que la norma dispone que el ejercicio de esta facultad debe ser “de carácter preventivo y prudencial”⁶⁷. En caso de no emitir observaciones, o que estas hayan sido subsanadas por la aplicante, la Superintendencia de Bancos resolverá en el término fatal de treinta y cinco días⁶⁸.

Asimismo, existen ciertos requisitos mínimos que debe cumplir la persona designada como representante legal de las compañías aplicantes, por lo que la autoridad de control deberá verificarlos. El procedimiento de verificación de los requisitos que debe cumplir el representante legal de las compañías de servicios auxiliares del sistema financiero, incluyendo las de factoring, se denomina también calificación⁶⁹. Entre otros, las personas que busquen ser representantes legales en estos casos se encuentran prohibidas de:

- 4.1. Encontrarse en mora de sus obligaciones directamente por más de sesenta días, con las entidades del sistema financiero nacional público y privado, con sus subsidiarias o afiliadas en el país o en el exterior;
- 4.2. Encontrarse inhabilitadas para el manejo de cuentas corrientes por registrar multas pendientes de pago por cheques protestados o cuentas corrientes cerradas; o, por incumplimiento de disposiciones legales;
- 4.3. Encontrarse en mora por obligaciones patronales con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;
- 4.4. Registrar cartera Castigada en una entidad del sistema financiero nacional durante los últimos cinco (5) años;
- 4.5. No haber recibido sentencia ejecutoriada por delitos relacionados con manejo de recursos públicos o privados, estafa, abuso de confianza y los delitos contra la administración pública;

⁶⁵ Capítulo IV, Título IV, art. 2.13, CRSB I.

⁶⁶ Capítulo IV, Título IV, art. 5, CRSB I.

⁶⁷ Art. 62.10., COMYF.

⁶⁸ Capítulo IV, Título IV, art. 5, CRSB I.

⁶⁹ Capítulo XVI, art. 3, CRJPRF.

4.6. Encontrarse en estado de intervención declarado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros [...] ⁷⁰.

Estas inhabilidades también aplican también para el caso de la compañía aplicante. En adición, la Junta de Política y Regulación Financiera exige que el representante legal de la compañía cuente con un título universitario en administración de empresas o carreras afines, o en su defecto, cinco años de experiencia en la materia ⁷¹. Esto último pone en tela de duda la posibilidad de que se designen personas jurídicas como representantes legales de este tipo de compañías, pudiendo argumentarse, en todo caso, que este requisito se extiende al representante legal de la compañía administradora.

La resolución emitida por la Superintendencia de Bancos deberá cumplir con los requisitos de validez generales de todo acto administrativo, de entre los cuales se resalta la importancia de la motivación ⁷². Esta última consiste en la acción de “explicar y exponer las razones que han llevado a la administración a dictar el acto administrativo” ⁷³, y su omisión será causal de nulidad del mismo ⁷⁴. La motivación de la resolución que autoriza las operaciones de las compañías auxiliares del sistema financiero debe contener, como mínimo,

las operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios financieros que podrán ejercer las entidades, por segmentos, de acuerdo con su objeto social, línea de negocio, especialidades, capacidades y demás requisitos y condiciones que para el efecto establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera ⁷⁵.

Adicionalmente, la motivación deberá dictarse “sobre la base de los informes respectivos” ⁷⁶, puesto que, “[c]uando el acto administrativo requiere fundarse en dictámenes o informes, [esto] estará expresamente previsto el ordenamiento jurídico” ⁷⁷. En este caso, los principales informes a emitirse dentro del procedimiento serán los inherentes a riesgo operativo y riesgo financiero, ambos a cargo de las subdirecciones respectivas ⁷⁸. Una vez resuelta la calificación de la compañía de servicios auxiliares del sistema financiero, y que la misma haya causado

⁷⁰ Capítulo IV, Título IV, art. 4, CRSB I.

⁷¹ Capítulo XVI, art. 3.1., CRJPRF.

⁷² Art. 144, COMYF.

⁷³ Andrés Moreta, *Derecho administrativo ecuatoriano* (Quito: Legalité, 2023), 244.

⁷⁴ Art. 7.1., CRE.

⁷⁵ Art. 144, COMYF.

⁷⁶ Capítulo IV, Título IV, art. 5, CRSB I.

⁷⁷ Código Orgánico Administrativo [COA], R.O. Suplemento No. 31, 07 de julio de 2017, reformado por última vez en R.O. Cuarto Suplemento No. 268, art. 122.

⁷⁸ Estatuto Orgánico por Procesos de la Superintendencia de Bancos, R.O. Edición Especial No. 230, arts. 10.1.2.1.6.3.1.- 10.1.2.1.6.3.2.

estado, esta deberá ser inscrita en el Registro Mercantil del cantón correspondiente, publicada en un diario de circulación nacional⁷⁹ y exhibida en un “lugar público y visible en su oficina matriz”⁸⁰. Naturalmente, sobre esta resolución cabrán los respectivos recursos administrativos de apelación y extraordinario de revisión, en los términos del Código Orgánico Administrativo.

7. Inconveniencia de la calificación

El objeto de este acápite consiste en un análisis costo-beneficio de la necesidad y conveniencia del antes detallado procedimiento de calificación. En primer lugar, se expondrá por qué este procedimiento es una barrera de entrada al mercado, por qué esta es innecesaria, y por ende, debe abolirse. En segundo lugar, se analizarán los dos beneficios principales que el sistema financiero percibiría en caso de que se elimine la calificación ante la Superintendencia de Bancos.

7.1. Barreras de entrada innecesarias

Uno de los motivos más comunes por los que los mercados tienden a ser ineficientes es la existencia de barreras de entrada. Esto, porque estas últimas merman la competencia, y consecuentemente, favorecen el surgimiento del fallo de mercado conocido como poder de mercado. Este fallo de mercado genera lo que en economía se conoce como pérdida de peso muerto, que se define como la pérdida de riqueza en ausencia de un mercado competitivo⁸¹. Esta situación no es eficiente en términos de Pareto, por cuanto puede mejorar sin menoscabar a nadie más⁸², tomándose medidas que promuevan la competencia.

Es crucial cuestionar si la política regulatoria actual es la adecuada, y principalmente si esta responde a criterios económicos de eficiencia en concordancia con lo descrito previamente. Esto, porque como sostiene un importante sector de la doctrina, las dos etapas principales que atañen al estado al regular actividad financiera son la política y la económica, y generalmente se debe tomar más en cuenta a esta última⁸³. En este punto, y en primer lugar,

⁷⁹ Art. 5, CRSB I.

⁸⁰ Art. 7, CRSB I.

⁸¹ David Besanko y Ronald Braeutigam, *Microeconomics* (Nueva Jersey: Wiley, 2014), 475.

⁸² Sven Hansson, “Welfare, justice and Pareto efficiency”, *Ethical Theory and Moral Practice* 7, No. 4 (2004), 369-370.

⁸³ Carlos Giuliani, *Derecho Financiero* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997), 4.

se expone cómo la regulación financiera actual de las compañías de factoring tiene como consecuencia negativa principal el establecimiento de una barrera de entrada al mercado. En segundo lugar, se exponen los principales tipos de riesgo a los que las firmas de factoraje se enfrentan. Finalmente, se discute por qué las barreras de entrada son innecesarias para proteger el sistema financiero, por cuanto no existe riesgo de contagio entre las compañías de factoring y las demás entidades del mismo.

En primer lugar, se afirma que las barreras de entrada son una serie de factores que impiden el ingreso de nuevas firmas al mercado cuando las firmas preexistentes empiezan a percibir beneficios económicos positivos⁸⁴. Dentro de la gran tipología de barreras de entrada, se encuentran las legales, o también llamadas de gobierno. Estas se dan cuando el Estado protege de la competencia a las firmas preexistentes en un mercado, ya sea a través de un régimen propiedad intelectual, como las patentes, o de requisitos legales para poder operar⁸⁵. Como se expuso previamente, esta situación genera que este mercado sea ineficiente, por cuanto se sostiene que el procedimiento de la calificación ante la Superintendencia de Bancos constituye una barrera de entrada de este tipo. Esto, porque el efecto económico principal de este procedimiento es la restricción de la entrada de firmas al mercado del factoraje. En teoría, esta restricción tiene el objeto de proteger al sistema financiero, puesto que como ya se explicó previamente, el factoraje se considera actividad financiera, y esta última es un sector estratégico en Ecuador.

En este sentido, para cuestionar la pertinencia de someter a las compañías de factoraje al control del estado, y que consecuentemente, se establezcan barreras de entrada, se debe responder la interrogante de si las firmas factores de las entidades del sistema financiero representan un riesgo para estas últimas; es decir, si pueden contagiarlas de los riesgos principales a los que están expuestas. El riesgo es la posibilidad de sufrir un daño, el cual consiste en el acontecimiento de un resultado desfavorable con respecto a una expectativa determinada⁸⁶. De entre los principales tipos de riesgo, aquellos a los que se enfrentan las compañías de factoraje son el crediticio, el operativo y el de mercado. El riesgo crediticio es aquel al que más expuestas se encuentran estas compañías, puesto que la mayoría de sus

⁸⁴ David Besanko y Ronald Braeutigam, *Microeconomics*, 477.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Ángel Vilariño, *Turbulencias financieras y riesgos de mercado* (Madrid: Prentice Hall, 2001), 1-7.

activos serán derechos de crédito. Este tipo de riesgo consiste en aquel “riesgo potencial de que un prestatario, o contraparte, no cumpla con sus obligaciones contractuales”⁸⁷. El riesgo operativo consiste en todo fallo o error en el registro, almacenamiento y contabilización de los activos de la entidad, como es en el caso de documentos no firmados, operaciones no asentadas o fallos tecnológicos estructurales⁸⁸. Por último, el riesgo de mercado es la posibilidad de sufrir pérdidas patrimoniales como consecuencia de fluctuaciones en el precio de mercado de los activos o posiciones de los cuales una firma es titular⁸⁹.

Sin perjuicio de que las firmas de factoring se encuentren expuestas a los riesgos previamente descritos, no existe posibilidad de contagio para las entidades financieras en caso de que dichos riesgos se materialicen. En este sentido, el contagio se define como “el incremento de las correlaciones entre mercados financieros en periodos de crisis o extrema volatilidad”⁹⁰. Esta correlaciones se generan por la existencia de mecanismos jurídicos que asignan los riesgos de un mercado a otro diferente, e. g. el mercado de seguros se expone al contagio de todo aquel mercado que se encuentre asegurado. Esto, porque existe una figura jurídica, el contrato de seguro, que le asigna el riesgo a la aseguradora. Lo mismo ocurre entre el mercado de valores y el sistema bancario cuando se emplean mecanismos de titularización de deuda; estos últimos son figuras jurídicas que le asignan el riesgo crediticio propio del sistema bancario a los inversores del mercado de valores.

En el caso de las compañías de factoraje, el mecanismo jurídico de distribución de riesgos es el contrato de venta de cartera, el cual los asigna al factor, generalmente. Por este motivo, la entidad financiera que vende cartera no se ve puesta en riesgo, puesto que el factor funge, hasta cierto punto, como un garante del proveedor⁹¹. Consecuentemente, no es necesario que la autoridad bancaria verifique que las compañías que quieren ejercer como factoras en el sistema financiero. Esto, porque es infructífero verificar la gestión de riesgos de una compañía que no amenaza al sistema financiero privado. Es imperativo tomar en

⁸⁷ Richard Apostolik, Christopher Donohue y Peter Went, *Fundamentos del riesgo bancario y su regulación* (Madrid: Delta, 2011), 97.

⁸⁸ Ángel Vilariño, *Turbulencias financieras y riesgos de mercado*, 16.

⁸⁹ Jairo Salinas, “Metodologías de medición de riesgo de mercado”, *Innovar: Revista de ciencias administrativas y sociales* 19, No. 34 (2009), 1.

⁹⁰ Raúl De Jesús, “¿Ocurrió efecto contagio en los mercados de acciones de América Latina durante la crisis financiera global?”, *Revista de métodos cuantitativos para la economía y la empresa* 29 (2020), 240.

⁹¹ Agustín Marré, *El contrato de factoring* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 30-31.

cuenta que “las políticas públicas para corregir las deficiencias del [poder de mercado] consisten en el reemplazo del [poder de mercado] por la competencia dondequiera que ello sea posible”⁹², y en este caso, la eliminación de la calificación ante la Superintendencia de Bancos es perfectamente factible.

7.2. Beneficios para el sistema financiero privado

Se ha dejado en evidencia lo infructífero que resulta económicamente que las compañías de factoraje financiero queden sujetas al control de la Superintendencia de Bancos. En este sentido, cabe agregar que esta barrera de entrada limita los beneficios que las entidades del sistema financiero privado pueden percibir si aumenta la oferta de factoraje. De entre estos beneficios, se deben resaltar cuatro: reducción de exposición al riesgo crediticio, mayor facilidad de acceso a liquidez, aumento de eficiencia por especialización y aumento de inversión extranjera. Del primero de estos beneficios se habló a profundidad *supra* §7.1., por lo que en el presente acápite se analizarán únicamente los tres restantes.

En primer lugar, con respecto a las facilidades liquidez, cabe iniciar afirmando que si las compañías de factoraje pueden ingresar con mayor libertad al mercado, la demanda por cartera aumentará eventualmente dentro del sistema financiero. Esto implica que los créditos que las entidades financieras mantengan como activos serán transformables en dinero con mayor facilidad. Esto último representa un complemento importante para la regulación de liquidez de las entidades financieras, puesto que, por ejemplo, en el caso de los bancos, estos deben mantener una serie de requisitos como contrapartida al riesgo liquidez que enfrentan, dada la posibilidad de retiros masivos de dinero⁹³. Asimismo, y con sus respectivos matices, las compañías de seguros que operan en Ecuador tienen un régimen estricto de liquidez e inversión obligatoria⁹⁴. En estos casos, particularmente en escenarios de estrés, las entidades del sistema financiero requerirán de transformar sus activos en dinero con urgencia, lo que será ampliamente facilitado si existe un mayor número de compañías de factoring en el mercado.

⁹² Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, 63.

⁹³ John Armour et al., *Principles of financial regulation*, 478.

⁹⁴ Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros, R.O. No. 403, 23 de noviembre de 2006, reformado por última vez en R.O. Primer Suplemento No. 311, arts. 22-23.

En segundo lugar, y con respecto a la especialización de las entidades financieras, es crucial entender lo que en economía se denomina la ley de la ventaja comparativa. Este principio consiste principalmente en que las firmas especializadas son más eficientes, por cuanto el costo de oportunidad de realizar varias actividades simultáneamente es demasiado alto⁹⁵, en ausencia de economías de alcance. El medio idóneo para alcanzar estándares de especialización es la descentralización, es decir, que la firma delegue aquellas actividades externas al núcleo de su giro de negocio a un tercero; en este sentido, el contrato de factoring es un exponente⁹⁶. Este beneficio es crucial también a nivel macroeconómico, puesto que la especialización es una de las bases para que las economías sean productivas, eficientes e innovadoras⁹⁷.

En tercer lugar, la eliminación de la calificación atraería inversiones a Ecuador en una mayor medida. Esto se explicaría gracias al modelo teórico de la competencia regulatoria, en el cual la regulación es vista como un bien, los estados como sus oferentes y las firmas como sus demandantes⁹⁸. En este sentido, los estados estarían en constante competencia por atraer firmas a sus jurisdicciones, por lo que enforzarían sus esfuerzos por contar con regulación diferenciada y favorable para la demanda existente⁹⁹. En este caso, eliminar la calificación y los requisitos de capital mínimo reduciría los costos de organizar la actividad de las firmas de factoring. Esto, sin duda, tornaría a la regulación ecuatoriana en mucho más atractiva, lo que favorecería tanto la inversión doméstica y extranjera en el referido país.

Debido a la particular delicadeza de los mercados financieros, estos están sujetos a múltiples regulaciones que obstruyen que funcionen de manera eficiente, como tasas de interés máxima o costos de producción obligatoria de información. Por estos motivos, promover la especialización de las entidades financieras constituye una suerte de alivio, al menos en términos de eficiencia. Consecuentemente, el sistema financiero privado podrá operar de manera más eficiente, en cierta medida. Asimismo, contar con regulación más favorable será determinante en la atracción de inversión extranjera. Por todos estos motivos,

⁹⁵ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, 52.

⁹⁶ Agustín Marré, *El contrato de factoring*, 27-28.

⁹⁷ Douglass North, “Transaction costs, institutions, and economic history”, 7.

⁹⁸ Ellis Ferran y Look Chan Ho, *Principles of corporate finance law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 183.

⁹⁹ Claudio Radaelli, “The puzzle of regulatory competition”, *Journal of public policy* 24, No. 1 (2004), 10-11.

a la larga, se facilitará el acceso a crédito de las personas, derecho constitucionalmente protegido.

8. Recomendaciones y observaciones

La derogación del procedimiento de calificación ante la Superintendencia de Bancos trae ciertos inconvenientes menores que requieren o bien de aclaraciones, o bien de propuestas normativas adicionales. Estos matices son i) la posibilidad de que los contratos de factoring sean con reserva, ii) problemas de riesgo moral con las entidades financieras y iii) deficiente gestión de riesgos por parte de las compañías de factoring, en ausencia de control. Cada una de estas cuestiones pueden ser atenuadas o eliminadas con elementos normativos que ya existen en el ordenamiento ecuatoriano, o con propuestas normativas complementarias y sistemas de incentivos adecuados.

El primer problema, relacionado con la facultad de las partes contractuales de asignar riesgos mediante contrato, implica que, en ausencia de calificación, las compañías de factoring tendrán incentivos adicionales para devolver el riesgo crediticio de los deudores a la entidad financiera proveedora. Esto, por un motivo que ya se mencionó previamente: la búsqueda de maximización de beneficios. Esto causará que la tendencia se oriente a firmar contratos de factoraje con reserva, lo que eliminaría el beneficio del factoring que consiste en la externalización de riesgos, y a la larga pone en peligro a las entidades financieras. Por ende, los incentivos de cobrar los créditos por parte de las compañías de factoring se reducen, y en caso de incobrabilidad, se perjudica el patrimonio de la entidad financiera. La propuesta normativa en este caso consiste en la prohibición de celebrar contratos de factoring con reserva, siempre que el vendedor de cartera sea una entidad financiera. Desde luego, esta prohibición se incluiría en la normativa propia del contrato, es decir, en el C. de C.

El segundo problema en cuestión consiste en que las entidades financieras, una vez que puedan externalizar riesgos con mayor facilidad, tendrán desincentivos para gestionar el riesgo crediticio, como en el caso de los bancos cuando realicen préstamos, o el de las aseguradoras cuando realicen inversiones obligatorias. Este problema de agencia se ve contrarrestado por dos motivos principales, los cuales son el incentivo consecuente de las

compañías de factoring de informarse mejor sobre los créditos que adquieren¹⁰⁰. Esto implica que las compañías de factoring se cerciorarán de manera diligente sobre la calidad de los créditos que están adquiriendo. En el corto plazo, esto expulsará del mercado de créditos a aquellos de baja calidad, tal como se prevé en las teorías de mercados con información asimétrica¹⁰¹.

Por último, existe la posibilidad de que las compañías de factoraje gestionen deficientemente el riesgo crediticio, con ocasión de la eliminación del procedimiento de calificación. En primer lugar, esto se ve atenuado por el incentivo consecuente de las compañías de factoring de informarse mejor sobre los créditos que adquieren, del cual se trató previamente. El segundo de estos atenuantes se debe a que las firmas de factoraje pueden emplear normas internas de gobierno corporativo para cerciorarse de que haya una adecuada gestión de riesgos. Por ellos, se puede reglamentar la independencia de los órganos internos de la firma, especialmente de aquellos que realicen los estudios de riesgo pertinentes. En tercer lugar, existen compañías de servicios auxiliares del sistema financiero cuyo giro de negocio es la calificación de riesgos. La asistencia de estas compañías permite que las entidades del sistema financiero sean asesoradas de manera imparcial, y al mismo tiempo se especialicen de mejor manera en su giro de negocio principal, bajo la misma lógica expuesta *supra* §7.2. Por ende, la gestión de riesgos de las compañías de factoraje no se vería influida por los intereses particulares de los accionistas, por cuanto existen soluciones espontáneas, que no necesariamente responden a imposiciones regulatorias.

9. Conclusiones

El presente trabajo ha puesto en evidencia que el régimen regulatorio ecuatoriano de la industria del factoraje presenta una serie de inconveniencias que afectan gravemente el buen desarrollo de este mercado. Esto inicia en una concepción errónea del concepto mismo del contrato de venta de cartera, lo que ha conllevado a que tanto el legislador como los entes reguladores y ejecutores impongan una serie de cargas desproporcionadas a las compañías que buscan ejercer las labores del factoraje. Estas cargas tienen como objeto inmediato

¹⁰⁰ Esto, siempre que se adopte la propuesta normativa de prohibición del factoring con reserva en la contratación con entidades financieras.

¹⁰¹ George Akerlof, "The market for 'lemons': Quality and uncertainty and the market mechanism", *The quarterly journal of economics* 84, No. 3 (1970), pp. 488-500.

blindar a las compañías de factoring de una serie de riesgos como el operativo, de mercado o crediticio, con la finalidad mediata de salvaguardar a las instituciones bancarias, de seguros y de valores, cuestión que como ya se expuso, no tiene asidero en la racionalidad económica ni financiera. De todas formas, es imperativo que, de la mano con la abolición del procedimiento de calificación ante la Superintendencia de Bancos, se prohíba el factoraje sin recurso para evitar la devolución del riesgo a las entidades financieras.

Cuando las entidades estatales encargadas de moldear esta industria comprendan de manera consciente cuál es el núcleo del contrato de factoraje, evidenciarán de mejor manera que un adecuado análisis costo-beneficio favorecerá la desregulación escalonada de este sector del sistema financiero. La exigencia de un procedimiento de autorización de operaciones como el de la calificación ante la Superintendencia de Bancos constituye una restricción innecesaria a la libertad de ejercicio de actividades económicas, por lo elevados que pueden ser los costos de comparecencia a este tipo de procedimiento. Esto es innecesario porque se busca asegurar a las compañías de factoring de riesgos financieros, a pesar de que las mismas no representan un amenaza sistémica para el sistema bancario, para el mercado de seguros o para el de valores.

La situación se ve agravada cuando se pone en evidencia que las barreras de entrada legales para las firmas de factoring ofuscan la competencia en este mercado. Por ende, restringen el acceso a este servicio a las entidades financieras como bancos, aseguradoras o casas de valores, lo que a su vez las priva de todos los beneficios que este tipo de contratos pueden ofrecer. Entre estos beneficios, se pueden enlistar el acceso fácil a liquidez, la externalización de riesgos crediticios o la facilitación en la especialización de actividades de dichas entidades financieras. Por estos motivos, abolir estas barreras de entrada, en contradicción con la intuición del legislador, complementaría las medidas prudenciales de liquidez y gestión de riesgos a las que las entidades financieras están sometidas. Esto, a la larga, sirve para que el sistema financiero nacional sea más seguro, garantizando de mejor manera el derecho de los ecuatorianos al acceso al mismo.

En todo caso, como medida prudencial, y a pesar de no ser estrictamente necesario, se recomienda en que las compañías de factoring deben contar con normas internas de gobierno corporativo que fomenten e incentiven una adecuada gestión de riesgos. Por ello, el rol de que estas cuenten con un gobierno corporativo adecuado, en el que sus estructuras

societarias gocen de independencia, es crucial para mermar cualquier problema de agencia que pueda obstruir la adecuada gestión de riesgo crediticio. A pesar de ello, no es necesario que dichas firmas se sometan al control de las autoridades financieras, pues bastaría el control societario común ejercido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, tal como el Código Orgánico Monetario y Financiero prevé en la actualidad. Asimismo, forzar a que estas compañías asuman el riesgo de insolvencia de los deudores genera los incentivos adecuados de manejo de riesgo crediticio, tanto al momento de adquirir cartera, como al momento de cobrarla.