

ENE
2022



ASOBANCA LAW JOURNAL

Asociación de Bancos Privados del Ecuador

CONTENIDO

Breves reflexiones sobre el crowdfunding,
en los sistemas financieros en la región 3

Los Sistemas de Gestión Anti-Soborno,
una Herramienta para Fortalecer el
Buen Gobierno Corporativo 6

Articulist



David Ayala Carrasco

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador; cuenta con una Especialización Superior y Maestría Profesional en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar; Actualmente se desempeña como coordinador jurídico de la unidad de servicios legales, normatividad y contratos, en Banco de la Producción S.A. Produbanco.



Francisco Maldonado

Concentra su práctica en materia bancaria y financiera, derecho societario, buen gobierno corporativo, inmobiliario, auxiliares de pagos y del sistema financiero. Es abogado por la Universidad de las Américas. Cuenta con un Máster en Dirección de Empresas por el IDE Bussines School. Antes de unirse a Naranjo Martínez & Subía Abogados, prestó sus servicios en Banco Internacional, no solo en materia bancaria sino en el campo corporativo.



Dr. Marco Antonio Rodríguez

Vicepresidente Ejecutivo

Abg. María Gabriela López

Subdirectora Legal-Técnico

Abg. Samantha Olmedo

Asesor legal (Coodinadora 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

Breves reflexiones sobre el crowdfunding, en los sistemas financieros en la región

Por: David Ayala Carrasco

Varias nociones y conceptos confluyen en una consolidada definición: El acceso a fondos privados provenientes de un grupo de personas mediante una convocatoria abierta, a través de una plataforma virtual pública, con el objetivo de financiar proyectos productivos, artísticos o creativos, iniciativas sociales o de emprendimiento. A su vez los generadores de capital obtienen por sus aportaciones recompensas que pueden ser materiales como inmateriales.

Según el Fondo Multilateral de Inversiones del BID (FOMIN), el crowdfunding es *"un modelo de formación de capital y participación de mercado donde las necesidades de financiación y los propósitos de financiación se dan a conocer ampliamente a través de una convocatoria abierta, por lo general, mediante internet, y obtienen el apoyo de contribuciones colectivas de diversos donantes o inversionistas independientes."*

El crowdfunding como tal, nace como una manera de financiar proyectos de naturaleza no empresarial, a través de pequeñas donaciones realizadas por personas interesadas en un proyecto determinado. Es decir, es la herencia de las donaciones que con la ayuda de Internet consiguen consolidar los objetivos de la misma. En distintos ordenamientos jurídicos, esta modalidad ha adquirido gran presencia, gracias al vertiginoso avance de nuevas tecnologías, lo cual permite que un gran número de individuos (crowd) ayude a la consecución de un proyecto o empresa mediante pequeñas aportaciones monetarias, a cambio de una contraprestación ya sea en forma de producto o interés para llegar a conseguir la financiación (funding) necesaria.

Este concepto se nutre de uno más amplio denominado Crowdsourcing, mismo que se utilizó por primera vez por el periodista Jeff Howe, quien en el año 2006 publicó un artículo denominado "The Rise of Crowdsourcing". En el referido el periodista lo define como *"la externalización, por parte de una empresa o institución, de una función realizada por un empleado a un grupo indefinido (y habitualmente grande) de personas mediante una convocatoria abierta. Esta externalización puede tomar la forma de una producción de iguales (peer-production) cuando el trabajo se realiza de forma colaborativa, pero también puede llevarse a cabo de forma individual"*.

¿DESINTERMEDIACIÓN FINANCIERA?

Una de las consecuencias de la crisis financiera sucedida en los Estados Unidos de América durante el año 2008, fue la pérdida de confianza



en las instituciones tradicionales, lo cual tuvo como consecuencia derivada el génesis de figuras alternativas de productos y servicios financieros, que a través de la tecnología tuvieron una rápida y vigente expansión.

De la mano con lo señalado, los sistemas financieros a nivel mundial actualmente experimentan profundos cambios en la estructura tradicional conocida; la existencia de nuevos **mecanismos de financiamiento** cuya esencia radica en el uso de nuevas tecnologías, de la mano de las plataformas digitales como el elemento principal que lleva a cabo estas innovaciones financieras.

Podemos determinar ciertas causas que generan una necesidad latente de desintermediación financiera, entre las principales encontramos:

- Precaria innovación por parte de las entidades que conforman el sistema financiero;
- Desarrollo del E-commerce, las elevadas comisiones de estos medios de pago tradicionales, (tarjetas de crédito) han generado la necesidad de crear nuevos medios de pago digitales;
- Restricciones Crediticias: regulación por parte de órganos de control, intermediación de instituciones bancarias;
- Confianza: la Crisis Financiera que tuvo lugar en ciertos estados de la unión europea, así como el periodo de recesión económica que sufrió nuestro país en 2015, escándalos sobre mecanismos ilegales de obtención de recursos por medio de "pirámides", han generado inestabilidad y cierta desconfianza en el sistema financiero tradicional. Los cuentahabientes encuentran mejor rentabilidad, y confianza, a través de inversión en activos que se encuentran fuera del espectro bancario (activos parabancarios), a través del uso de nuevas tecnologías; y,
- Productividad y Rentabilidad: el uso de internet permite a los usuarios financieros reducir al máximo el coste de estructura de estos mecanismos de financiamiento, lo que va de la mano con los reducidos costos o tarifas por el uso de estos medios de pago digitales. (Amazon, Apple, Facebook).



Cada una de estas causas propenden la necesidad de una revolución o innovación a los sistemas financieros a nivel regional y mundial, un concepto de desintermediación financiera, un proceso mediante el cual los oferentes de crédito no bancario, dejan de utilizar al intermediario financiero, para ofrecer dichos productos y servicios de manera directa, a los usuarios financiero, demandantes de crédito, creando por tanto una forma directa de relación entre ambas partes.



CROWDFUNDING EN LATINOAMÉRICA:

Los países de la región no han establecido una regulación específica para las plataformas de crowdfunding financiero, que han empezado a surgir (todavía de forma incipiente) acogiéndose a la escasa normativa existente. En este sentido, las diferencias regulatorias entre los países han sido determinantes a la hora de permitir el desarrollo de las plataformas de *equity crowdfunding*, por excelencia sometidas a mayores restricciones normativas.

En países como México, Brasil y Chile, el marco legislativo, aunque incierto en algunos casos, ha permitido el surgimiento de plataformas con este modelo de negocio, pero sometidas a ciertas limitaciones. En México, el *equity crowdfunding* está restringido a inversores calificados conforme a la Ley del Mercado de Valores, para lo cual deben haber mantenido un nivel mínimo de inversiones en el último año o haber tenido ingresos superiores a cierto nivel en los dos últimos años. En el caso de Chile, para sortear la regulación de las ofertas públicas, los inversores solo pueden participar en las plataformas previa invitación nominativa por parte de alguno de los emprendedores que solicita financiación. Por su parte, la normativa brasileña establece un límite anual a la cantidad de capital que una empresa puede levantar mediante la emisión de participaciones sin someterse al registro y los requisitos convencionales.

En el extremo opuesto, la legislación peruana no permite el *equity crowdfunding*¹. En general, las

¹Participación en el capital de la empresa con un retorno a través de beneficios, rentas, acciones o participaciones.

restricciones y la incertidumbre normativa limitan rotundamente al desarrollo del crowdfunding financiero, y particularmente el de renta variable, en Latinoamérica.

Remitiéndonos al caso de la legislación peruana, el crowdfunding mediante la emisión de valores o aportes de capital a través de plataformas de internet no está autorizado, conforme un comunicado emitido por la Superintendencia de Mercado de Valores de dicho estado.

Hacemos especial énfasis a la legislación colombiana, que por excelencia impone las pautas sobre la innovación en derecho y su aplicación al desarrollo del estado. En el caso puntual, mediante Decreto 1357 de 31 de julio de 2018, emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se regula la actividad de financiación colaborativa a través de la emisión de valores.

El decreto define la financiación colaborativa como una nueva actividad del mercado de valores, la cual podrá ser adelantada por las bolsas de valores, los administradores de sistemas de negociación de valores y sociedades anónimas de dedicación exclusiva, vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Bajo este esquema, los proyectos productivos se podrán financiar hasta por 10.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), cuando cuente con la participación de aportantes calificados, es decir aquellos que tengan un mayor de grado de profesionalidad y hasta por 3.000 SMLMV si esto no ocurre. Por su parte, los aportantes podrán destinar hasta el 20% de su patrimonio o de sus ingresos anuales en este tipo de financiación. En el caso de los aportantes calificados no aplicará este límite.

ECUADOR:

Con la publicación de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, en el Registro Oficial Suplemento 151 del 28 de febrero de 2020, El legislador concibe a las plataformas de fondos colaborativos como aquellas que permiten conectar a personas con necesidades de financiamiento con inversores, lo cual puede derivar en cierta intermediación financiera, conforme el Art. 308 de la Constitución y Art. 143 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

En este punto cabe resaltar una precisión fundamental, dada por el Art. 3 del referido cuerpo normativo, al catalogarlas como sociedades mercantiles, lo cual de plano las excluye de una posible actividad de carácter financiero o bursátil. A la par encontramos normativa complementaria que pretende limitar el desenvolvimiento de esta figura, y por ende su naturaleza; sin embargo, no hace más que contraponerla y confundirla.

Es así que, el Art. 34 de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación nos habla del Crowdfunding de Inversión en Acciones de sociedades anónimas, lo cual en el fondo representa la posibilidad de realizar negociaciones en mercados bursátiles no regulados (OTC), que permitiría negociar títulos valores en el país. Esta práctica deja en evidencia la potencial inobservancia, respecto las Ofertas Públicas de Valores, determinada de forma expresa por el Título IV de la Ley de Mercado de Valores.

Más allá de ello, y de las limitaciones y confusiones normativas, bajo criterio propio del que redacta este texto, es importante entender más aristas de este concepto tan revolucionario y fresco, para lo cual me permitiré referir brevemente a las empresas Fintech, como un concepto contenido e intrínsecamente relacionado con las crowdfunding. En este sentido, y al entenderlas como plataformas de tecnología financiera que permite prestar servicios financieros, en condiciones más favorables versus las opciones tradicionales, una Fintech puede nutrirse de las bondades del financiamiento colaborativo y sin intermediación financiera, aunque necesariamente requiere de la calificación como entidad de Servicios Auxiliares del Sistema Financiero, lo cual merece un foro más amplio y especializado para su respectivo debate.



Los Sistemas de Gestión Anti-Soborno, una Herramienta para Fortalecer el Buen Gobierno Corporativo

Por: Francisco Maldonado

A partir del mes de marzo del año 2020, los bancos del Ecuador, así como todas las empresas públicas y privadas se enfrentaron a una realidad desconocida, impredecible y que desafió a los órganos de administración a poner en práctica todas sus capacidades y conocimientos para dotar a las organizaciones de una capacidad de reacción que procure su proyección en el tiempo, el bien estar de su recurso humano y la rentabilidad de la inversión confiada por los accionistas.

Una vez transcurridos casi dos años desde el 16 de marzo de 2020, se puede afirmar sin mayor margen de error que las estructuras de buen gobierno corporativo que los bancos privados han llevado con tanta prolijidad a través del tiempo, han sido el eje fundamental para de la toma de sus decisiones y el mejor vehículo por el que se ha trasladado la información entre los rangos medios con los máximos órganos de administración, lo que les permitió adaptarse con una gran agilidad a un entorno adverso que nadie había previsto.

Con este antecedente y con los resultados tan satisfactorios obtenidos gracias a estructuras saludables de gobierno corporativo, se ha ratificado la trascendencia de estar a la vanguardia de las mejores prácticas que se están implementando a nivel mundial, con esta motivación algunas entidades financieras se encuentran implementando o ya han implementado sistemas de gestión anti-soborno, con el objeto de contar con un elemento de control que de forma transversal y periódica revisa los procesos internos de la organización y aplicando una matriz de riesgo permite detectar dentro de cada proceso debilidades que podrían dar lugar a eventos de soborno y una vez detectada la posibilidad de mejora, establecer planes de acción para que los responsables del proceso tomen las medidas correctivas.

Existen varias motivaciones y beneficios al implementar la herramienta a la que me he referido en el párrafo anterior, que tiene como guía la norma técnica ISO 37001, la primera y que de forma natural interesa a las instituciones que cuentan con estos sistemas es atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, por otro lado, permite elevar la buena imagen y reputación de la organización e incluso permite a las entidades financieras ser más visibles frente a corresponsales extranjeros y organismos multilaterales que cada vez dan mayor importancia a los controles anti-corrupción o anti-soborno dentro de los procesos de sus bancos corresponsales o beneficiarios de sus prestaciones.

Por lo todo lo dicho, y gracias los beneficios que genera mantener sistemas de control que precautelen el patrimonio ético y la buena reputación de las organizaciones, con seguridad en el corto plazo todas los bancos contarán con esta herramienta como aliada para la toma de decisiones de los órganos de buen gobierno corporativo.





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