

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS SOCIALES

Acciones legales del inversionista ante el incumplimiento de los brókeres

Investor's legal actions in the event of brókeres' default

Moreno Arvelo, Pamily Milagros ^I; Diaz Basurto, Ingrid Joselyne ^{II}; Coronel Piloso, Johanna Emperatriz ^{III}; Alvarado Onofre, Holger Bolivar ^{IV}

^I. uq.pamilysmoreno@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Quevedo; Quevedo, Ecuador.

^{II}. uq.ingriddiaz@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Quevedo; Quevedo, Ecuador.

^{III}. uq.johannacoronel@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Quevedo; Quevedo, Ecuador.

^{IV}. uq.holgeralvarado@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Quevedo; Quevedo, Ecuador.

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 02/10/2020

RESUMEN

Los brókeres son intermediarios entre el inversionista y la empresa, ya que el inversionista no puede actuar directamente. Debido al auge de la tecnología existen variedad de brókeres *on line*, sin embargo, no todos son regulados por organismos estatales o privados financieros. Este artículo analiza las acciones legales del inversionista ante el incumplimiento del bróker. La investigación es cualitativa de alcance descriptivo y propositivo, de tipo documental. Se constató que la regulación legal actual se circunscribe al ámbito de los Estados, es decir cualquier acción solo podrá ser ejercida en el territorio del bróker, y en caso de no existir regulación, se genera un estado de indefensión. Por ello, se propone, la creación de una norma de alcance internacional, teniendo como fundamento el derecho transnacional, y de esta manera contribuir en un tema actual, importante pero poco abordado en el mundo jurídico.

PALABRAS CLAVES: Bróker; regulación legal; acciones legales; inversión.

ABSTRACT

Brokers are intermediaries between the investor and the company, since the investor cannot act directly. Due to the rise of technology there are a variety of online brokers, however, not all

of them are regulated by state or private financial organizations. This article analyzes the legal actions of the investor before the breach of the broker. The research is qualitative, descriptive and purposeful, of a documentary type. It was found that the current legal regulation is limited to the scope of the States, that is, any action can only be exercised in the territory of the broker, and in the absence of regulation, a state of defenselessness is generated. For this reason, the creation of a norm of international scope is proposed, based on transnational law, and in this way contribute to a current issue, important but little addressed in the legal world.

KEYWORDS: Brokers; legal regulation; legal actions; investment.

INTRODUCCIÓN

Las tecnologías han cambiado la manera como se relacionan las personas, abriendo la posibilidad de entablar relaciones comerciales entre ciudadanos de distintas nacionalidades, sin importar las distancias, haciendo uso de e mail, plataformas virtuales, páginas web, redes sociales, entre otras; generando cambios en distintas áreas, una de ellas, el Derecho, donde se ha producido crisis en el Estado Nación; ya que el Estado, perdió la exclusividad legislativa, porque han surgido nuevas fuentes que regulan estas relaciones comerciales como la *lex mercatoria*, recogida en principios como los emitidos por el Instituto de Unificación del Derecho Privado de Roma (Principios UNIDROIT) o los términos de comercio internacional (INCOTERMS). Es decir, el Estado, no ha podido, satisfacer todas las necesidades normativas de los ciudadanos, viéndose en la necesidad de acudir a las normas creadas por organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, que han procesado con mayor rapidez y exactitud, las consecuencias de la globalización. (Cárdenas, 2017; Turégano, 2017; Culver Kleith y Guidece, 2008; Alegría. 2012).

El comercio internacional es muy variado, en cuanto los productos, servicios, ofrecidos, así como en la rapidez de sus cambios, lo que ha dificultado que los Estados, creen normas eficientes de regulación legal. Las inversiones se han visto beneficiadas por el desarrollo de las tecnologías, ya que ha permitido en tiempo real realizar grandes movimientos de intercambio financiero, un gran auge han sido las criptomonedas, los *crowdfunding*, en el desarrollo de un mercado inmobiliarios, los *comodities*, que implica compra venta de acciones en mineras, los *reits*, entre otras. Todas estas operaciones las pueden realizar los particulares a través de brókeres, los cuales son intermediarios entre el usuario y la empresa. “Un bróker es una entidad que actúa en nombre de un inversionista quien quiere ejecutar órdenes. En términos económicos y legales se dice que el *bróker* es un “agente” del inversionista”. (Fabozzi y Modigliani, 2008, p. 152).

En el mercado de divisas existen muchos brókeres *online*, generándose una amplia oferta de este servicio para los inversores, quienes no pueden participar de manera directa en los

mercados financieros. “El mercado de divisas en la actualidad sigue siendo uno de los mayores mercados con liquidez y volumen de transacciones en el mundo, asimismo ha sido la clase de activo que con el paso de los años adquirió popularidad “(Robledo, 2019).

En el Ecuador el Banco Central del Ecuador ha sido muy específico informando a los ecuatorianos que las criptomonedas dentro del país no son legales pero que tenemos la libertad y responsabilidad de realizar las transacciones que deseen por medio del internet. El mercado de las criptomonedas es muy reciente a comparación del mercado tradicional, las criptodivisas es un mercado de mucho riesgo del que no se tiene mayor conocimiento y al decidir hacer una inversión se puede convertir en presa fácil de estafadores y oportunistas; sin desmerecer que en el futuro las criptomonedas pueden jugar un papel importante, revolucionario en el mercado de sistemas financiero en todo el mundo (Caizapanta, Borja y González, 2018).

Hay una variedad de brókeres en el mercado, que se diferencian en la forma de ejecutar las órdenes del inversionista y su operatividad, van desde los que, en su seno, realizan las transacciones ordenadas hasta lo que hacen el intercambio con terceros. Para esta investigación, interesa la clasificación desde su regulación legal, en tal sentido, encontramos bróker regulados y brókeres no regulados.

Los brókeres regulados son los que cumple con las normas, reglas, establecidas por los organismos estatales o privados en materia financiera, las cuales persiguen como objetivo supervisar a los brókeres para proteger a los inversionistas y evitar delitos. Estos organismos regulatorios, no en su mayoría de competencia nacional, es decir, regulan al bróker dentro de su ámbito territorial. Los brókeres no regulados son los que no cumplen con las certificaciones de organismo regulatorios financieros.

Ante la situación planteada cabe preguntar ¿Cuáles son las acciones legales del inversionista ante el incumplimiento del bróker?, siendo el objetivo de esta investigación realizar un análisis jurídico de esta problemática. Este es un tema actual, debido al auge de las tecnologías que han incentivado las inversiones *on line*, lo que abre la posibilidad de conflictos legales en esta área

Si las finanzas han sido tradicionalmente miradas con suspicacia, en el día de hoy, la desafección, la desconfianza y la crítica parecen haberse convertido en actitud poco menos que incuestionable, de la que va a resultar muy difícil sustraerse. A ello ha contribuido, sin duda, la pavorosa crisis económica que, con origen en los años 2007/2008 y de la que aún no nos hemos recuperado del todo, fue debida en buena parte a la imprudencia, las demasías y mala praxis de una actividad financiera globalizada, sin controles de ningún tipo, sin reglamentación adecuada ni supervisión eficaz. (Fernández, 2019).

Por ello, se hace necesario, el análisis jurídico de la regulación legal de los brókeres frente a la protección del cliente, lo cual debe ser un deber del Estado y la comunidad internacional en general, ya que muchos de los productos de los brókeres así lo ameritan, respecto a los *crowdfunding*. Cedeño (2020) señala “La novedad de este mecanismo de financiamiento conlleva complejidades de relevancia legal tales como la delimitación de la función de las plataformas, la protección a los inversionistas, la armonía con las leyes vigentes y la prevención del lavado de activos”. La regulación legal debe llevar a la supervisión del intermediario y no solo a garantizar que el inversionista esté en conocimiento de los riesgos que conllevan las inversiones (Hughes y Wang, 2019).

MÉTODOS

La investigación se encuentra enmarcada dentro de la modalidad cualitativa, por cuanto procura un análisis a profundidad de la problemática, con un alcance descriptivo de tipo documental, pero a la vez propositivo, ya que se presentan ideas que puedan contribuir a la mejor regulación de los brókeres y así evitar estafas a los inversionistas. Se utilizan los métodos generales de la investigación como el deductivo, analítico sintético y sistémico. El deductivo permite partir de los aspectos necesarios para una regulación legal eficiente, confrontarlo con la realidad de los brókeres y así concluir si cumplen con los requisitos para brindar protección al inversionista y evitar la comisión de delitos. El método analítico permite un estudio detallado de la regulación de los brókeres; y el método sistémico facilita ubicar las regulaciones legales de los brókeres dentro de todo el ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional, para así dilucidar el carácter vinculante de dichas regulaciones y los posibles vacíos existentes. En cuanto la población de estudio se tomó el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como caso de estudio, específicamente las normas de carácter financiero.

La investigación siguió los siguientes pasos:

- a. Se revisó la bibliografía sobre las características y funciones de los brókeres, con preferencia los artículos científicos de los últimos 5 años sobre el tema.
- b. Se buscó en los ordenamientos jurídicos de diversos países las normas que regulan a los brókeres, determinando su ámbito de aplicación, a través de plataformas con acceso a base de datos de leyes de distintos países.
- c. Se verificó si a nivel internacional existen normas de regulación de los brókeres, a través de visita a páginas web de organismos internacionales como la Organización de la Naciones Unidas, Cámara de Comercio Internacional, Instituto de Unificación del Derecho Privado de Roma.
- d. Se estudiaron con detenimiento las normas jurídicas de carácter financiero ecuatorianas, como caso de estudio.

- e. Se elaboró el análisis jurídico de las acciones del inversionista ante el incumplimiento del bróker.
- f. Se establecieron propuestas para la regulación legal de los brókeres.

Los anteriores pasos, permitieron alcanzar el objetivo de la investigación y de este modo realizar un aporte a la comunidad jurídica, sobre un tema actual, importante pero poco conocido y regulado.

RESULTADOS

Los países desarrollados son los que mejor han desarrollado mecanismos regulatorios de los brókeres, estableciendo condiciones y supervisión a su funcionamiento. Los principales organismos regulatorios a nivel mundial son:

Tabla 1. Organismos reguladores de Brókeres

Continente	País	Organismo Regulador
Europa	Reino Unido	La FCA (Financial Conduct Authority) es uno de los principales organismos reguladores de brókeres del mundo
	España	Comisión Nacional de Mercados de Valores (CNMV)
	Alemania	Bundesanstalt für finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin)
	Francia	Banque the France
	Italia	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB)
	Suiza	Financial Market Supervisory Authority (FINMA)
	Holanda	Autoriteit Financiële Markten' (AFM)
América	Estado Unidos	National Futures Association (NFA)
	Estados Unidos	Commodity Futures Trading Commission - CFTC
	Canadá	The Investment Industry Regulatory Organization of Canada IIROC
	Belice	IFSC (International Financial Services Commission)
Oceanía	Australia	ASIC (Australian Securities & Investments Commission)
Asia	Japon	FSA (Financial Services Agency)

Se puede observar que la mayor cantidad de organismos reguladores reconocidos a nivel mundial por su eficiencia, se encuentran en Europa y América del Norte. Existen otros países como Chipre, Islas vírgenes, Malta que también cuentan con organismos reguladores, pero son considerados que no brindan el suficiente control, y por consiguiente seguridad para los inversionistas.

En cuanto América Latina, no cuenta con organismos reguladores reconocidos, siendo un mercado que aún no ha alcanzado su desarrollo en brókeres, sin embargo, sus ciudadanos, se exponen a realizar negociaciones con brókeres no regulados.

En el caso de Ecuador dentro de su ordenamiento jurídico, no cuenta con normas que regulen a los brókeres, aun habiendo sido promulgada la reciente ley orgánica de emprendimiento e innovación (2020), en la que se aborda el crowdfunding, pero solo como sociedades que ponen en contacto a promotores de proyectos con inversores a través de una plataforma (artículo 3). No le permite a la sociedad mercantil, recibir dinero, debe mediar una entidad financiera, porque en caso contrario debería crearse la regulación respectiva. De esta manera respondió a la importancia que hoy en día tiene el crowdfunding en la obtención de financiamiento (Ibrahim, 2020).

DISCUSIÓN

Los brókeres pueden ser regulados o no regulados, en el caso de los regulados, pueden serlo por una normativa estricta o una flexible, siendo la primera la que mejor brinda seguridad a los inversores. Sin embargo, en caso de un conflicto legal, el usuario deberá intentar su acción ante los organismos del Estado donde se encuentra domiciliado el bróker, constituyendo esto, una desventaja en cuanto a traslado, diferencias de normas, y costos.

Los brókeres regulados pueden estar limitados a actuar solo dentro de su territorio, pero los no regulados o con regulación flexible operan de manera on line en cualquier país, lo que se presta a que se puedan cometer estafas o se incumplan con las obligaciones convenidas, en estos casos al no contar con una regulación específica, se complica para el inversor intentar acciones legales. Se debe tener presente, que las cantidades de dineros depositadas en brókeres suelen ser altas. Por ello, se hace necesario contar, con mecanismos eficiente de control y regulación.

Ecuador, no cuenta con normativa regulatoria de los brókeres, pero esto no impide que sus habitantes establezcan transacción con alguno. La presencia de manera virtual en cualquier parte dificulta la actuación de los Estados, porque sus ciudadanos pueden negociar con cualquier bróker no regulado, por medio de internet, lo que deja al usuario en indefensión y al Estado sin el control financiero, lo que puede generar fuga de divisas, falta de contribución fiscal, entre otras. Por ello, no se comparte el criterio emitido por el Banco Central de Ecuador de comunicar que las criptomonedas no están permitidas en Ecuador, pero cada persona es libre de comprarlas, porque es dejar a sus ciudadanos en indefensión. Las políticas prohibitivas solo generan mafias y actuaciones ilegales. Cedeño Andrade (2020) respecto a la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (2020) de Ecuador que regula la Microfinanciación solo como el uso de una plataforma intermediaria, señala que “ajeno a la

tendencia mayoritaria a nivel internacional, conlleva beneficios que se resumen en la reducción de costos de transacción y en el evitar regulaciones mayores”, sin embargo, el crowdfunding es solo uno de los posibles servicios a ofrecer un bróker, los cuales no han sido regulados. Todo Estado debe adecuar su legislación a la realidad social. El derecho debe responder al contexto social en el que se desarrolla, pero lamentablemente, los cambios han sido vertiginosos en materia comercial y financiera, debido a la tecnología, pero el Derecho ha quedado rezagado, o al menos un paso atrás de tales cambios.

Es interesante el planteamiento de Black (2013), quien indica como FINRA y no la Bolsa de Valores de Estados Unidos impone las sanciones disciplinarias a los corredores de bolsa y personas involucradas, produciéndose una auto regulación del sector. Una evidencia más del derecho transnacional, y la pérdida del monopolio normativo del Estado.

El internet sobrepasa fronteras, es necesario contar con tratados internacionales u organismos regulatorios transnacionales para la regulación de los brókeres, impidiendo la actuación de los no regulados. Por otra parte, la publicidad desplegada en la web carece de control, prestándose en ocasiones a engaño y fraude. La comunidad internacional atenta a esta nueva realidad, de comunicación debe propiciar la creación de normas para regular tal situación en beneficio de los consumidores y usuarios a nivel mundial. Hoy más que nunca, se habla que el Derecho ha trascendido las fronteras, llegando a un derecho transnacional. Es necesario hacer uso de este nuevo sistema jurídico, porque de nada servirá normativizar, si por otra parte, los infractores siguen ofreciendo fraudulentamente sus servicios, valiéndose del engaño y la manipulación.

CONCLUSIONES

Los brókeres son una realidad internacional, con la cual las personas entran en contacto por internet, permitiéndoles realizar diversas transacciones financieras desde compra de acciones, opciones, reits, commodities, entre otras, las cuales sin la ayuda del bróker no podría realizar.

Las mayores regulaciones legales a los brókeres son realizadas por Norteamérica y países europeos. En América latina, no existe regulación al respecto. En el caso de Ecuador. Si bien incluyó los crowdfunding en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación del 2020 y el Banco Central se ha pronunciado sobre la falta de regulación de las criptomonedas, actividades que se pueden realizar por bróker; no ha regulado el uso de los bróker, dejando a sus ciudadanos sin acompañamiento estatal en esta actividad.

En caso de incumplimiento o estafa por un bloque regulado, se podrá intentar acciones ante los órganos jurisdiccionales del Estado donde el bróker tenga su domicilio, aunque el inversor

sea de otro Estado. Si el incumplimiento o estafa proviene de un bróker no regulado el inversor se encuentra en indefensión.

Se hace necesario regular de manera transnacional a los brókeres, a través de algún tratado internacional u organismo no gubernamental con carácter internacional. Resulta pertinente ahondar en el tema de regulación de la publicidad en la web, por cuanto muchas veces esta se presta a estafas, lavado de dinero.

REFERENCIAS

- Alegria, H. (2012). Globalización y Derecho. *Revista Pensar En Derecho*, 0. P 187-264. Disponible en: www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-0/globalizacion-y-derecho.pdf
- Asamblea Nacional de República de Ecuador (2020) Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Registro Oficial 151 del 28 de febrero de 2020.
- Black, B. (2013). Punishing bad brókeres: Self-regulation and finra sanctions. *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 8, 23. Disponible en <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=bjcfcl>
- Caizapanta, M., Borja, E., & González, C. (2018). Desarrollo de las criptomonedas en Ecuador, responsabilidad y riesgo. *593 Digital Publisher CEIT*, 3(6), 4-12. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7144011>
- Cárdenas Gracia, j. (2017). Teoría Jurídica y Globalización Neoliberal. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*,(11), 215.272. Disponible en; http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872017000100215&lng=es&tlng=es
- Cedeño Andrade, M. A. C. (2020). La regulación del crowdfunding en Ecuador. *USFQ Law Review*, 7(1), 31-51. DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1743>
- Culver, K. y Guidice, M. (2008) Legal System, legality, and the state: An inter-institutional account, *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Nro. 2 p.p 85-125.
- Fabozzi, F y Modigliani, F (2008) *Capital Markets Institutions and Instruments*. New Jersey: Editorial Prentice Hall
- Fernández, J. L. (2019). Algunos problemas éticos en la actividad financiera. <http://hdl.handle.net/11531/36204>
- Hughes, R, y Wang, K (2019) Tokens and Crowdfunding: A Perfect Match? Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3394233> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3394233>

Ibrahim, Darian M., Underwriting Crowdfunding (February 18, 2020). Stanford Journal of Law, Business, and Finance, Vol. 25, 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3540296>

Robledo, D. B. (2019). Portafolio de inversión para el mercado cambiario 2017-2019. <http://hdl.handle.net/20.500.11799/105299> tesina de licenciado en relaciones económicas e internacionales

Turégano Mansilla, I. (2017). Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica Transnational. *Derecho PUCP*, (79), 223-265. Disponible en; <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.010>