



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/2017
Convocatoria: Junio

ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL CROWDFUNDING DE DONACIÓN Y RECOMPENSA

[“Some problematic issues regarding the reward and donation Crowdfunding systems”]

- Realizado por la alumna: Lidia Palazón Martín.
- Tutorizado por: Dr. Carlos Trujillo Cabrera.

- Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.
- Área de conocimiento: Derecho Civil.

ABSTRACT

Crowdfunding also Known as Collective Microfinance, is a new source of online funding willing to raise funds through small contributions made by users. All types of projects, whether scientific, cultural or social, can be financed, by this new source.

Crowdfunding brings a large number of advantages, but also generates some legal problems, that don't have a specific solution in the Spanish legal system.

However, Crowdfunding is partially regulated in Spain, but the most common donation and reward subtypes lack of any rules.

This report will study what rules are applied to donation and reward Crowdfunding, taking into account the multiplicity of situations that may arise around this funding modality. Likewise, a study of the classification of Crowdfunding will be carried out.

RESUMEN

El Crowdfunding, también conocido como Microfinanciación Colectiva, es una nueva fuente de financiación online que consiste en recaudar fondos a través de pequeñas aportaciones realizadas por usuarios. Podrán ser objeto de financiación todo tipo de proyectos, tanto científicos, como culturales o sociales.

Se trata de una financiación que aporta un gran número de ventajas, pero que también ha generado abundantes problemas jurídicos, que no tienen una solución determinada y concreta en el Ordenamiento Jurídico español.

No obstante, En España se encuentra parcialmente regulado el Crowdfunding, pero los subtipos de donación y recompensa, los más usuales, carecen de normativa.

Es por ello, por lo que se procederá a estudiar qué normativa será de aplicación al Crowdfunding de donación y de recompensa, teniendo en cuenta la multiplicidad de situaciones que pueden surgir en torno a esta modalidad de financiación. Asimismo, se llevará a cabo un estudio de la clasificación del Crowdfunding.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. CONSIDERACIONES GENERALES	5
1.1. ¿Qué es el Crowdfunding?.....	5
1.2. Origen histórico del Crowdfunding	6
1.3. Tipos de Crowdfunding	7
1.4. Estado de la materia en el ámbito europeo.....	8
II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA SURGIDA CON EL NACIMIENTO DEL CROWDFUNDING	9
2.1. Ámbito Subjetivo que determina el concepto de Crowdfunding.....	9
2.2. El Crowdfunding de donación y el Crowdfunding de recompensas.....	12
2.2.1. Microfinanciación Colectiva basada en donaciones.....	13
2.2.2. Microfinanciación Colectiva basada en recompensas.....	14
2.3. Naturaleza jurídica de la Microfinanciación Colectiva.	16
2.3.1. Naturaleza jurídica del Crowdfunding de donación.....	17
2.3.2. Naturaleza jurídica del Crowdfunding de recompensa.....	18
2.3.2.1 Introducción.....	18
2.3.2.2 Crowdfunding como compraventa.....	21
2.3.2.3 Crowdfunding como donación.....	23
2.3.2.4 Crowdfunding como contrato de obra o servicios.....	25
2.3.2.5 Crowdfunding como promesa pública de recompensa.....	26
2.3.2.6 Recapitulación.....	27
2.3.2.7 Inexistencia de jurisprudencia.....	28
2.4 Defensa de Consumidores y Usuarios.....	28

2.5. Protección de la Propiedad Intelectual.....	31
2.6. Protección mediante patentes y modelos de utilidad.....	33
2.7 Algunas consideraciones a tener en cuenta de <i>lege ferenda</i>	35
III. CONCLUSIONES.....	37
IV. ANEXO.....	40
V. BIBLIOGRAFÍA.....	45

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 *¿Qué es el Crowdfunding?*

Hoy en día, las empresas y particulares no sólo recurren a las entidades bancarias para conseguir un crédito, sino que acuden a vías alternativas que están revolucionando las formas de financiación.

En otras palabras, en la actualidad¹, y como consecuencia directa de la evolución tecnológica, se ha producido un impacto en la forma de vivir y de entender la realidad. De hecho, alrededor del 25% de la población mundial tiene acceso a Internet y un gran número de ellos exclusivamente a través del móvil. Los países con una mayor penetración de Internet tienen del orden del 75 al 80% de su población conectada. En estos países está aumentado el uso de Internet para la distribución de todo tipo de información y crece también la actividad colaborativa en la red. Todos los medios de información se están recreando y reinventando en Internet. De igual forma ocurre con las formas de financiación: los usuarios, en lugar de acudir a una entidad bancaria como ha sido habitual hasta ahora, se subvencionan a través de empresas online donde publicitan su proyecto y a cambio de microaportaciones consiguen el objetivo. De esta manera se abaratan costes, tanto en cuanto al tiempo necesario para conseguirlo como a los intereses a pagar por ellos.

Igualmente, los costes de publicidad y los de almacenamiento son significativamente inferiores que los propios de las técnicas habituales offline. Por ello, ha surgido una nueva modalidad de financiación, online, que se aprovecha de estas ventajas. Por ejemplo, en cuanto a la publicidad, la empresa que busca financiación no tendrá por qué tener un público determinado y fiel, sino que podrá emitir su proyecto a una generalidad mucho más amplia.

Esta financiación colectiva o participativa, comúnmente conocida por el anglicismo Crowdfunding², alude a un tipo de financiación en masa a través de plataformas de

¹ E. DANS, *Todo va a cambiar. Tecnología y evolución: adaptarse o desaparecer*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2010. Prólogo.

² Fruto de la unión de las palabras crowd (multitud) y funding (financiación)

comunicación en Internet, donde los ciudadanos pueden, mediante una aportación económica, lograr que el destinatario desarrolle un proyecto o iniciativa³. El concepto de Crowdfunding proviene del término *crowdsourcing*, que consiste en un modo de producción colectivo que no sigue ningún tipo de pauta u organización formal; por tanto, es una herramienta para externalizar tareas que ayuda a la disminución de la carga de trabajo, a través de comunidades masivas de profesionales^{4,5}.

No obstante lo anterior, la fórmula del término Crowdfunding puede albergar múltiples acepciones, tantas como catálogo de servicios a ofrecer por dicha figura a saber: micomecenazgos, donación o microfinanciación entre otros. Así, dependiendo de qué se entienda qué es el Crowdfunding se le podrá atribuir uno u otro significado.

1.2 Origen histórico del Crowdfunding

Este nuevo fenómeno de financiación tiene su origen en 1997 cuando un grupo de rock británico se costeó su gira por los Estados Unidos a través de este modelo⁶. No obstante, fue una década más tarde cuando se comenzó hablar del término Crowdfunding, concretamente en el año 2006 con el lanzamiento del blog “*Fundavlog*”, por *Michael Sullivan*, que lo define como “*una convocatoria abierta a través de Internet, para solicitar recursos financieros, ya sean en forma de donación o a cambio de algún tipo de recompensa y/o derechos de voto, con el fin de apoyar proyectos específicos o nuevos negocios*”⁷. Realmente, en sus comienzos entre los años 2008 y 2010 esta figura estaba dirigida sobre todo al sector artístico o cultural, pero en la actualidad se han ampliado sus sectores de

³ “Logrando que el destinatario ruede una película, ayude a una determinada causa, funde un movimiento ciudadano, desarrolle un prototipo o pueda sacar adelante una iniciativa empresarial... entre una amplia pluralidad de posibles objetivos”. J. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, «El crowdfunding: mucho más que un simple micromecenazgo», *Revista Cont4bl3*, núm.49, págs. 10-11, España, 2014.

⁴ Según la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de marzo de 2014: “*La Microfinanciación Colectiva (crowdfunding) remite generalmente a una convocatoria pública destinada a recaudar fondos para un proyecto específico*”

⁵ GESDECO [En línea]. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.gedesco.es/blog/crowdsourcing-que-es-y-como-funciona/>

⁶ El grupo de rock británico Marillion.

⁷ E. GALLARDO GALLARDO, *¿Qué es y cómo gestionar el Crowdfunding?*, editorial UOC, Barcelona, 2015, pág.3.

aplicación, y se acomoda a materias como el emprendimiento tecnológico e, incluso, para sufragar campañas políticas⁸.

Como se acaba de explicar, el crecimiento de esta figura es más que evidente, pero en España no fue hasta el año 2010 cuando se fundaron las primeras plataformas web de financiación colectiva. Las empresas pioneras fueron Verkami y Lánzanos, que hasta la fecha son las más utilizadas en el ámbito nacional.

Como dato de interés, en España en los últimos cinco años la búsqueda del término Crowdfunding en Google se ha incrementado, tal y como indica la plataforma Google Trends⁹, por tanto, se puede apreciar que el interés por este tipo de financiación ha aumentado. Asimismo, y como dato numérico, se espera que la financiación colectiva a través de plataformas web alcance en el año 2025 los noventa y seis (96) billones de dólares en todo el mundo¹⁰.

1.3 Tipos de Crowdfunding

En cuanto a la clasificación del Crowdfunding, hay tantos tipos como posibilidades de financiación colectiva, pero sólo se analizará la más popular:

La clasificación que proponen los expertos de Crowdacy¹¹, que diferencian entre cuatro variantes:

- Crowdfunding de recompensa (reward based Crowdfunding): las personas o empresas que realizan la aportación esperan recibir algo a cambio.

⁸ EL PERIÓDICO [En línea]. [Fecha de consulta: 29 de marzo de 2017]. Disponible en Internet: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/tribunal-cuentas-suspende-crowdfunding-pedro-sanchez-5932620>

⁹ GOOGLE TRENDS [En línea]. [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.mytriplea.com/blog/crowdfunding-espana/>

¹⁰ Crowdfunding's Potential for the Developing World. 2013. infoDev, Finance and Private Sector Development Department. Washington, DC: World Bank.

¹¹ CROWDACY es un blog dedicado al cien por cien al Crowdfunding, incluyendo el asesoramiento en esta materia. [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet: <http://www.crowdacy.com/tipos-de-crowdfunding/>

- Crowdfunding de inversión (Equity based Crowdfunding): la aportación económica ofrece al usuario una participación o acción de una empresa. Este tipo de Crowdfunding se encuentra regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial¹² (En adelante LFFE).
- Crowdfunding de préstamo (Lending based Crowdfunding): las personas que aportan el capital esperan recibir intereses por la cantidad aportada. Por tanto, se le deberá de devolver la cantidad aportada junto con el interés legal del dinero.
- Crowdfunding de donación (Donation based Crowdfunding): se trata del tipo clásico, una persona o empresa realiza una aportación sin esperar una contraprestación a cambio.

Igualmente, es destacable que con esta figura se elimina la necesidad de un prestamista¹³, y esto conlleva un gran número de problemas jurídicos que serán expuestos a lo largo de la exposición. Sin embargo, la Microfinanciación Colectiva también puede ir seguida de otras formas de financiación, por ejemplo, bancaria, microcréditos, entre otros.

1.4 Estado de la materia en el ámbito europeo

Tal y como se ha adelantado, en España, no se regula el Crowdfunding de donación ni de recompensa, por lo que es necesario atender a la normativa de otros países, tales como Portugal. En cuanto a la Unión Europea, tampoco existe una normativa concreta. De hecho, la Comisión Europea emitió con fecha 3 de mayo de 2016, un informe analítico denominado “*Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*”, que estudia la proliferación de esta financiación. En dicho documento se señala como conclusión que el Crowdfunding se da sobre todo en el ámbito local, por lo que no es necesario un marco legal específico a nivel europeo.

¹² El primer anteproyecto no contentó a ninguno de los afectados, sin embargo, la LFFE ha logrado el consenso de todos los implicados. En ella se regula tanto el Crowdfunding de inversión como el de préstamo.

¹³ Un proyecto puede financiarse a la vez con un préstamo bancario y con Microfinanciación Colectiva.

No obstante, y a pesar de que este tipo de financiación todavía necesita espacio para innovar y desarrollarse, se señala que el Crowdfunding es una innovación tecnológica con potencial suficiente como para transformar el sistema financiero, por tanto, se deberá de mantener una vigilancia periódica de su crecimiento, por si en un futuro es necesaria la intervención europea. De esta forma, se promovería el desarrollo del sector y se garantizaría una protección adecuada de los inversores.

En cuanto a la regulación del Crowdfunding en los diferentes Estados Miembros de la UE, algunos no han legislado sobre la materia, como por ejemplo Bélgica, y mientras que otros ya tienen ley aplicable para esta institución, como por ejemplo Italia. No obstante, hay otros países como España que están iniciando labores legislativas y están tomando las primeras medidas, aunque tan sólo, por ahora, en el subtipo de inversión.

El Crowdfunding se está popularizando y cada vez tiene mayor importancia a nivel mundial y nacional, porque se está convirtiendo en una forma de financiación de pequeñas y medianas empresas, así como de proyectos que por no ser tan innovadores no han recibido préstamos de las entidades financieras.

II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA SURGIDA CON EL NACIMIENTO DEL CROWDFUNDING

2.1 Ámbito Subjetivo que determina el concepto de Crowdfunding.

El Crowdfunding es una nueva fuente de financiación online, que consiste en recaudar fondos a través de pequeñas aportaciones realizadas por usuarios. Asimismo, el Crowdfunding conlleva la aparición de un contrato o relación jurídica entre el creador de la idea y los pequeños inversores, que son los que hacen posible llevar a término el proyecto. Podrán ser objeto de financiación todo tipo de proyectos, tanto científicos, como culturales o sociales.

Para que se pueda hablar de Crowdfunding, es determinante la aparición de diferentes sujetos intervinientes, aunque no todos son igual de imprescindibles, o por lo menos no siempre lo han sido. En cuanto al promotor y a los sujetos que financian el proyecto, ambas

figuras son, sin lugar a dudas, indispensables para poder afirmar que existe una relación de Microfinanciación Colectiva.

El ámbito subjetivo que determina el concepto de Crowdfunding está formado por varios sujetos:

- a) El promotor: persona o entidad que tiene una idea o proyecto, normalmente innovador, y que busca su financiación mediante su puesta en conocimiento de una generalidad o colectividad para lograr que se haga realidad a través de pequeñas aportaciones. En otras palabras, son los autores del futuro proyecto que busca financiación. Como ya se ha comentado pueden ser personas físicas o jurídicas. Además, en los Crowdfunding de donación y de recompensas no existen requisitos legales de esta figura, en cambio sí que se requieren una serie de condiciones en el supuesto del Crowdfunding de inversión¹⁴.
- b) El aportante, mecenas o crowdfunder: financia el proyecto a través de micro aportaciones.
- c) La plataforma de financiación: sociedades que ponen en contacto a los creadores e inversores a través de páginas webs o plataformas online que tienen como función principal dar a conocer el proyecto y buscar financiación, por lo que se trata de una “red social”¹⁵ de Crowdfunding.

Las plataformas de financiación o de Crowdfunding no son indispensables, ya que su función puede ser remplazada, es lo que se conoce como Crowdfunding directo (en el Crowdfunding de donación no son tan utilizadas¹⁶, ya que suele ser la propia ONG o empresa

¹⁴ En el artículo 67 de la LFFE se requiere que el promotor persona jurídica esté constituido de forma válida en España o conforme a la regulación de otro estado de la UE, en cuanto al promotor persona física, se le exige tener su residencia fiscal en España (Crowdfunding de Inversión).

¹⁵ En la cual los creadores e inversores interactúan e intercambian información y contenidos de las creaciones, de modo que instauran una comunidad de creadores e usuarios, virtual e interactiva.

¹⁶ Por ejemplo: OXFAM INTERMÓN tiene su propia plataforma. [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://www.oxfamintermon.org/es/que-puedes-hacer-tu/donativos-socios/iniciativas-solidarias>

sin ánimo de lucro la que crea la propia iniciativa online sin necesidad de la ayuda de una plataforma para publicitarse),

En el anteproyecto de la LFFE se definían las plataformas participativas como *“las sociedades que pongan en contacto a través de páginas web a una pluralidad de inversores no profesionales con promotores de proyectos de financiación participativa”*. Sin embargo, en la actual regulación dicha definición ha sido matizada, y ya no se incluye sólo a los inversores no profesionales, sino que además se añade como requisito la autorización de dichas plataformas que, asimismo, deben ser profesionales; la definición vigente es la siguiente: *“Son plataformas de financiación participativa las empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa, denominados promotores”*.

Por tanto, las plataformas son las intermediarias entre el promotor y el aportante, y se encargan de dar publicidad al proyecto. En la LFFE sí hay regulación sobre dichas plataformas de financiación participativa.

Estas plataformas son un buen medio a través del cual cualquier persona puede elegir un proyecto que le sea de interés y participar con una micro aportación en una idea con la que se sienta identificado.

No obstante, tal y como ya se señaló anteriormente, el Crowdfunding también puede ser directo, es decir, que el promotor puede actuar sin la intermediación de estas plataformas, publicitándose a través de su propia página. Es el caso de Bo y Yana, dos robots para niños que fueron totalmente financiados mediante un Crowdfunding directo, sin la intermediación de una plataforma¹⁷.

¹⁷ CROWDACY. [En línea] [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.crowdacy.com/bo-y-yana-los-robots-crowdfunding-para-ninos/>

Una vez expuestas, de manera resumida, estas figuras intervinientes, es conveniente apuntar que existen varias relaciones bilaterales entre estos sujetos. Así, existe una relación contractual entre el creador de la idea o proyecto y la plataforma en la que se publicita y consigue la recaudación económica, y por consiguiente, también debería de existir un contrato entre el promotor y el aportante, aunque en la práctica la doctrina no es unánime en determinar cuál es la naturaleza jurídica de dicho contrato. El promotor, una vez conseguida la cuantía esperada, se compromete con los aportantes a realizar el proyecto que anunció, y algunas veces, también se responsabiliza de la entrega de una contraprestación (Crowdfunding de recompensa). Asimismo, también puede existir un contrato entre el aportante y la plataforma web, aunque esto último es muy inusual, porque las plataformas en sus condiciones se exoneran de cualquier responsabilidad¹⁸.

El Crowdfunding constituye una figura innovadora y sin duda beneficiosa en muchos aspectos. Sin embargo, se han puesto de manifiesto una serie de problemas que son decisivos a la hora de aprovechar sus posibles ventajas.

Dichos problemas pivotan principalmente sobre la protección de la propiedad intelectual, el fraude y garantía a los consumidores, y la inseguridad jurídica en cuanto a la figura que le es de aplicación.

En los siguientes apartados se explicarán los posibles problemas que plantea en la práctica el contrato entre los promotores y los aportantes.

2.2 El Crowdfunding de donación y el Crowdfunding de recompensas

Se trata de dos modalidades diferentes, que se caracterizan en primer lugar, por la

¹⁸ Por ejemplo, la conocida plataforma KICKSTARTER señala expresamente en su manual básico que “*es responsabilidad del creador del proyecto completarlo. Kickstarter no está involucrado en el desarrollo de los proyectos. Kickstarter no garantiza proyectos ni investiga la capacidad del creador de completar su proyecto. En Kickstarter, son los patrocinadores los que deciden con su apoyo si un proyecto es viable y si vale la pena*” [En línea] [Fecha de consulta: 7 de junio de 2017]. Disponible en Internet: https://www.kickstarter.com/help/faq/kickstarter+basics?ref=faq_nav#Resp

falta de regulación en nuestro país¹⁹, tal y como ya se ha comentado.

De este modo, previamente se podría señalar que ambos tipos tienen varias características comunes, y es que se tratan de convocatorias abiertas, esencialmente a través de Internet, para la provisión de recursos financieros ya sea en forma de donación o a cambio de alguna forma de recompensa, y para un proyecto específico.

2.2.1. *Microfinanciación Colectiva basada en donaciones.*

También conocida como iniciativas solidarias, en esta modalidad se realiza una aportación económica que tiene una finalidad no lucrativa²⁰. Generalmente los impulsores son empresas, individuos u organizaciones (ONGs) que buscan la financiación de proyectos que tienen como características principales un fin social, solidario o de interés general. La mayoría de los Crowdfunding de donación se basan en fines caritativos. Además, dichas recaudaciones aluden a un proyecto específico y en un tiempo determinado. En este tipo de financiación los donantes no reciben ninguna contraprestación por la aportación y las únicas recompensas materiales que suelen obtener son simbólicas, tales como el agradecimiento por la colaboración, y la recompensa psicológica de haber contribuido en un proyecto social. Frecuentemente, los donantes gozan de un estímulo filantrópico, por lo que, como ya se ha señalado, no esperan una contraprestación.

Normalmente, la convocatoria abierta de recaudación de este tipo de proyectos se promueve a través de plataformas de financiación participativa, de forma que se da la posibilidad de que un gran número de personas confíen en una idea o proyecto que es beneficioso para el interés general. Por tanto, la plataforma se convierte así en un medio para que el promotor de la idea pueda, de forma relativamente sencilla, financiar y dar publicidad al proyecto o actividad.

¹⁹ No obstante, en España en el año 2013 se creó la Asociación Española del Crowdfunding, que tiene como objetivo la regulación de este sector. SPAINCROWDFUNDING. [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://www.spaincrowdfunding.org>

²⁰ Se realiza una aportación monetaria sin recibir nada a cambio, por lo que no hay ganancia.

La forma de funcionamiento de estas plataformas suele ser la siguiente: en primer lugar, la plataforma liquida la suma recaudada al promotor a través de la web, pero previamente le descuenta una serie de costes, tales como: los financieros asociados a los servicios de gestión de pago seguro (esto es, la pasarela de pago, o, en su caso, servicio de PayPal²¹ y el posible coste de las transferencias bancarias), y la cuota o comisión que recibe la plataforma por la gestión del servicio prestado²².

De esta forma, gracias a las plataformas y a este modelo, los consumidores dejan de ser espectadores pasivos para transformarse en inversores caritativos del proyecto.

2.2.2. *Microfinanciación Colectiva basada en recompensas.*

Se trata de un modelo de financiación muy extendido, en el que se ofrece al mecenas²³ una recompensa o contraprestación por la aportación económica al proyecto; generalmente se financian proyectos innovadores, artísticos o culturales. Tal y como sucede con el tipo de financiación anterior, el medio a través del cual se financian estos proyectos suele ser las plataformas de financiación participativa. Sin embargo, el funcionamiento sí que difiere del expuesto, ya que sólo se llevará a cabo la aportación si durante el periodo de recaudación el proyecto alcanza un objetivo o cuantía determinada de financiación. Por tanto, una vez que transcurre el plazo existen dos posibilidades: la primera es que la aportación del mecenas no llegue a término porque no se ha logrado recaudar la cuantía estimada (en este caso se devolverá la cuantía aportada a los *crowdfunders*); y la segunda, que se alcance la cuantía estimada, e incluso que se supere con creces, en cuyo caso sí se realizará la aportación del *crowdfunder* (en la práctica se lleva a cabo el correspondiente cargo bancario en la cuenta de

²¹ *PayPal* es una plataforma de pagos segura. Los datos bancarios o información financiera estarán a salvo gracias a un sistema de encriptación automática y a avanzados sistemas contra el fraude que la empresa se encarga de actualizar continuamente.

²² La comisión que recibe la plataforma de financiación suele estar relacionada con el capital recaudado. En algunos casos hay plataformas que no reciben comisión alguna. Por ejemplo, *migranodearena.org*, es una plataforma de *Crowdfunding* de donación que permite financiar proyectos de ONG, tanto de atención sanitaria, campañas sanitarias de vacunación, entre otros). Sin embargo, otras plataformas de *Crowdfunding* de donación como *Igamundi*, espacio para creadores musicales, recibe un 15% de comisión sobre el importe recaudado por cada contenido.

²³ Se entiende por *mecenas* a las personas que patrocinan la cultura. Las diferentes formas de financiación hacen que se pueda hablar tanto de mecenas, como de aportantes, financiadores e incluso inversores.

la persona o entidad que realizó la aportación). En cuanto a la forma de liquidación por parte de la plataforma, se sigue el mismo proceso que el visto en el Crowdfunding de donación.

Las recompensas o preventas que se reciben suelen ser muy diversas, y aunque pueden consistir tanto en la entrega de bienes como de servicios. Algunos ejemplos podrían ser los siguientes:

- En la conocida página de Crowdfunding de recompensas internacional Kickstarter²⁴: uno de los miles de proyectos que buscan financiación es un proyecto que nació en Toledo y que tiene como objetivo que el artista conocido como The Son of Wood pueda financiar su primer disco de media duración. Como recompensa por la aportación se ofrecen unas pegatinas relacionadas con cada una de las canciones del disco, así como el envío del agradecimiento a cada uno de los mecenas. En el caso de que se aumente la cuantía de aportación del mecenas se podrá conseguir el disco y camisetas, las cuantías de aportación se encuentran desde 5€ hasta 250€.

- En otra conocida página de Crowdfunding de recompensas nacional, Verkami²⁵: uno de los proyectos que recientemente ha alcanzado la cuantía inicial ha sido una “Guía nocturna de museos”, en la que el fotógrafo Fernando Maqueira ha realizado fotografías de obras de arte sitas en museos mientras éstas se encontraban en la oscuridad, lejos del público del día a día. La recompensa consiste en la entrega del libro que el fotógrafo quiere editar y que es objeto de este Crowdfunding, y en la aparición del nombre del mecenas en el libro. Cabe señalar, que a medida que se aumenta la cuantía de aportación, que se encuentra entre diferentes rangos; desde 30€ hasta 1600€, se aumenta también la recompensa.

Igualmente, es importante matizar que esta modalidad permite que un gran número de personas pueda participar en cualquier actividad económica (o proyecto), porque tal y como se ha podido observar en los ejemplos anteriores, las cuantías solicitadas por los

²⁴ KICKSTARTER. [En línea] [Fecha de consulta: 27 de abril de 2017]. Disponible en Internet en: <https://www.kickstarter.com/projects/670381364/financiacion-colectiva-para-el-primer-ep-de-the-so?ref=city>

²⁵ VERKAMI. [En línea] [Fecha de consulta: 27 de abril de 2017]. Disponible en Internet en: <https://www.verkami.com/projects/17418-nocturna>

promotores no son excesivamente altas. Este tipo de Crowdfunding está pensado para proyectos que no requieren grandes inversiones, sobre todo para creaciones que puedan ser financiadas con un presupuesto bajo o medio.

2.3 Naturaleza jurídica de la Microfinanciación Colectiva.

El término Crowdfunding implica que se puedan realizar proyectos de financiación colectiva por cualquier sector y que se pueden llevar a cabo aportaciones por parte de cualquier persona física o jurídica. De hecho “Crowd” significa multitud, por tanto, los proyectos están dirigidas a la generalidad, es decir, puede participar una pluralidad de personas o entidades. El nacimiento de Internet ha posibilitado que este tipo de financiación se lleve a cabo desde cualquier tiempo y lugar, por lo que no importa la nacionalidad, el domicilio o el momento en el que se realicen las participaciones (a no ser que se impida por una ley extranjera). No obstante, en cuanto al Crowdfunding de donación y de recompensa, cabe señalar, que la legislación al respecto es escasa o prácticamente nula, por lo que se hace necesario atender a la naturaleza jurídica del negocio jurídico en el que se engloba cada una de estas modalidades para poder determinar la normativa aplicable.

Tal y como se señala en el Título V del Preámbulo de dicha ley: *“el «crowdfunding» es un fenómeno con diversas manifestaciones, si bien sólo se pretende regular aquí las figuras en las que prime el componente financiero de la actividad o, dicho de otro modo, en las que el inversor espera recibir una remuneración dineraria por su participación, dejando por tanto fuera del ámbito de esta norma al «crowdfunding» instrumentado mediante compraventas o donaciones”*. A pesar de que en la actualidad un gran número de emprendedores sacan adelante sus proyectos a través de Microfinanciación basada en donación o en recompensa, el legislador ha decidido no regular este tipo de financiación, por lo que esta nueva legislación no afecta a las plataformas de Crowdfunding más populares del territorio español (que se dedican a comercializar con financiación colectiva de donación y de recompensa).

Por tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, a grandes rasgos la

naturaleza jurídica de estas dos formas de financiación podría ser: por un lado, el Crowdfunding de donación, que se incluiría en la figura jurídica de donación, y por otro lado, el Crowdfunding de compraventa. Asimismo, ambas modalidades serían válidas por cuanto se engloban en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, regulado en el artículo 1255 Código Civil²⁶ (de ahora en adelante CC). No obstante, la naturaleza jurídica de estas relaciones no es una cuestión pacífica, ya que, existe discusión doctrinal sobre la materia, porque no siempre que se recibe una recompensa se podría hablar una figura jurídica en concreto.

2.3.1 Naturaleza jurídica del Crowdfunding de donación²⁷

En primer lugar, la naturaleza jurídica del Crowdfunding de donación es mucho más sencilla, y plantea menos problemas jurídicos en comparación con el de recompensas. En este supuesto las aportaciones de los donantes están destinadas a proyectos concretos. Se puede englobar estas donaciones en el subtipo de modales, ya que, junto con la voluntad de donar (*animus donandi*), el donatario está obligado a invertir lo recaudado en la finalidad a la que se destinaba, y en consecuencia, al proyecto que ha sido objeto de financiación.

La donación es un contrato, a pesar de que en el artículo 618 CC lo denomine como “*acto*”, ello es así porque es necesario para la perfección de la donación la aceptación del donatario y porque la propia regulación del CC, en el artículo 62, hace una remisión a las disposiciones generales de las obligaciones y contratos para todas aquellas cuestiones que no se encuentren previstas en la donación.

La donación modal, onerosa o con carga es aquella que impone al donatario una conducta concreta, sin que ello signifique que deje de ser gratuita, porque la obligación que grava al donatario no es una contraprestación. Por ello el artículo 622 CC establece que las

²⁶ El art. 1255 CC establece el principio general de la autonomía de la voluntad de las partes: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

²⁷ M. A. PARRA LUCÁN, «La donación» en C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et al.*, *Curso de Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer S. L., Madrid, 2016, págs. 95 y 96.

donaciones con causa onerosa, en la parte en la que excedan del valor del gravamen impuesto, se registrarán por las reglas de los contratos sinalagmáticos.

En el posible supuesto de que los fondos no se destinaran al objetivo anunciado en la plataforma online, nos encontraríamos ante un incumplimiento de la carga del donatario, en tal caso el donante podrá pedir el cumplimiento forzoso e incluso la devolución de la cantidad donada para dicho fin, es decir, la acción de revocación. La regulación sobre la materia se encuentra en el CC, concretamente en el artículo 647.1 CC²⁸, que prevé la acción de reclamación del donante, el plazo para actuar frente al promotor es de cuatro años tal y como se incoa en el artículo 1299 CC²⁹ (remisión del art.622 CC). En cuanto al plazo de prescripción será también de cuatro años, desde el momento en el que pudo ejercitarse la acción (desde el momento en el que el donante pudo conocer el incumplimiento del promotor), conforme se establece en el art. 1969 CC.

2.3.2 *Naturaleza jurídica del Crowdfunding de recompensa*³⁰

2.3.2.1 *Introducción*

En segundo lugar, se analizará la naturaleza jurídica del Crowdfunding de recompensas, porque es la modalidad más utilizada en nuestro país y la que mayores problemas plantea en la práctica. No obstante, pese a ello, y como ya se ha indicado, no se encuentra regulada por la LFFE. Por ello, para poder resolver las cuestiones controvertidas se hace necesario acudir a las instituciones normativas que más se le asemejan. De igual forma, este tipo de Crowdfunding no es equivalente a una única institución jurídica, ya que, el término recompensa alude a diferentes contraprestaciones, y, por ende, contratos.

Normalmente, la problemática principal acontece cuando no se entrega la

²⁹ La ley no establece un plazo específico para el ejercicio de la acción, pero se entiende que es aplicable por analogía el art.1299 CC.

³⁰ E. MORENO y L. CAZORLA, *Crowdfunding: Aspectos legales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 44 y siguientes.

recompensa, o cuando lo entregado no es lo pactado o no cumple las expectativas señaladas en el proyecto inicial³¹. En estos casos el proyecto se denomina fallido, a pesar de haberse recaudado la cuantía que se esperaba. Además, en el caso de incumplimiento, en la práctica los responsables son los creadores de los proyectos y no las plataformas de financiación, ya que en sus cláusulas señalan expresamente que se eximen de cualquier responsabilidad, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

Indiscutiblemente, cuando la recompensa se basa simplemente en incluir los nombres de los financiadores en los proyectos, por ejemplo, en los agradecimientos de un libro o de un disco, o, dicho de otro modo, la recompensa consiste en referencias meramente honoríficas, no se aprecia controversia alguna, porque se trataría, sin lugar a dudas, de una donación.

La importancia de este análisis radica en conocer las vías de protección del *crowdfunder* frente a un posible incumplimiento del promotor y en poder determinar la tributación que le corresponde, aunque esto último no será objeto de un profundo análisis en este trabajo. No obstante, para poder llevar a cabo esta tarea es necesario delimitar entre causa y consentimiento del contrato.

Para empezar, la causa del contrato, en el ordenamiento jurídico español atiende a una pluralidad de significados y no es posible ofrecer un concepto unitario de la misma. Hemos de atender a la causa de la obligación, y no propiamente del contrato, tal y como resulta de lo dispuesto en el art. 1261.º CC. El legislador español ha optado por regular la causa de la obligación en el artículo 1274 CC que señala expresamente lo siguiente: “*en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*”. Lo que quiere

³¹ Esta problemática produce que un gran número de los españoles que ha participado en proyectos basados en recompensas no volverían a participar en una campaña de Crowdfunding, tal y como se señala en el estudio realizado por Two Much, «El Crowdfunding y los españoles. Una historia de cambio social». [En línea] [Fecha de consulta: 27 de abril de 2017]. Disponible en Internet en: <http://bit.ly/2r2C7uE>

decir que todo derecho a exigir a otro una conducta o prestación, ha de tener una razón que la justifique, es decir, una causa. De esta forma, en el Crowdfunding de recompensa para poder exigir la entrega de la recompensa tendrá que haber una causa.

Asimismo, cabe señalar que el CC objetiva la causa del contrato, es decir, prescinde de razones personales que hayan inducido a cada una de las partes a obligarse, ya que, sólo considera como causa las obligaciones que asuma cada una de las partes. Por tanto, dependiendo de la relación contractual en la que nos encontremos la causa de la obligación será una u otra. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, el comprador está obligado a pagar el precio y el vendedor a entregar la cosa, y en la donación, la mera liberalidad del bienhechor.

De igual modo, los contratos que carezcan de causa no producen efectos, tal y como se expone en el artículo 1975 CC. Por tanto, este tipo de contratos sin causa serían radicalmente nulos.

Vista la causa del contrato, se procede al análisis del consentimiento. Por tanto, la persona que realiza la aportación económica es la que elige qué proyecto quiere financiar y qué recompensa quiere obtener, y decide si la finalidad de su aportación es por mera liberalidad o no, e igualmente, conoce la diferencia de valor entre lo aportado y la recompensa. De esta manera, el inversor emite su consentimiento.

A pesar de ello, determinar la voluntad de cada uno de los aportantes es una tarea difícil porque unos pueden asumir el riesgo de no obtener la recompensa, y otros, en cambio, pretenden la entrega de la recompensa. Dependiendo de que se trate de uno u otro supuesto tendrían lugar diferentes soluciones legales.

Respecto de la primera opción, es decir, los que asumen el riesgo de no obtener la recompensa, podríamos englobarlos dentro del régimen jurídico de la compraventa de

esperanza (*emptio spei*)³², cuya naturaleza jurídica se expondrá como integrante de las tesis del Crowdfunding como contrato de compraventa.

Siendo así las cosas, las tesis dominantes en la materia se centran en la consideración de este tipo de financiación, jurídicamente hablando, como una compraventa, como una donación, como un contrato de obra o como una promesa pública de recompensa. Para ello, cada uno de estos postulados se basa en los elementos de la relación jurídica que circuncida al crowdfunding para entenderlo partícipe de un tipo de contrato u otro.

2.3.2.2 *El Crowdfunding como compraventa*

Así en primer lugar, una parte de la doctrina, apuntando esta en primer término por ser la secundada mayoritariamente, ha considerado que este tipo de relación jurídica (entre el promotor y aportante) se engloba dentro de una compraventa.

Esta tesis parte de los elementos propios de esta categoría contractual para entender que se está ante una compraventa³³, pues existe en la relación de Crowdfunding un elemento consensual, constituido por la aceptación del *crowdfunder* al realizar su aportación, y por la promesa de recompensa del promotor (art. 1450 CC). Asimismo, la bilateralidad es también manifestación de esta relación, en tanto las obligaciones son recíprocas, esto es, aportación a cambio de una recompensa. En el mismo sentido, es predicable la onerosidad de este tipo de relación contractual por cuanto la recompensa depende de la realización de la aportación y viceversa. Por último, se trata de un contrato fuente de obligaciones para ambas partes: obligación de aportación y obligación de recompensa. Integrado el contrato de Crowdfunding por todos y cada uno de los elementos anteriormente mentados simultáneamente sirve de título para accionar en aras a la obtención de la obligación contraída.

³² C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Compraventa y permuta» en C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et al.*, *Curso de Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer S. L., Madrid, 2016, págs. 35 y 36.

³³ J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Derecho Civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 235 y siguientes.

De esta forma, la tesis doctrinal mayoritaria equipara el Crowdfunding de recompensa con un contrato de compraventa o con un contrato de prestación de servicios, dependiendo de cuál sea el objeto de la recompensa, un bien o un servicio, respectivamente, teniendo siempre como contrapartida a la entrega del bien o servicio el pago de una cantidad determinada en concepto de aportación, que es lo que en términos de compraventa constituye el precio cierto (art. 1445 CC)

Sin embargo, siguiendo esta teoría no se estaría ante una compraventa en sentido estricto si la cuantía de la aportación fuera inferior al valor de la recompensa, o si contrariamente la cuantía de la aportación fuera muy superior al valor económico de la recompensa. En ambas posibilidades cabría entender el Crowdfunding como compraventa *emptio spei*, configurada por el Tribunal Supremo como una compraventa aleatoria, o bien como una compraventa de precio irrisorio.

Así ensayadas, la primera, parte de la naturaleza jurídica propia de la compraventa, en la que se pacta el pago del precio con independencia de que la cosa llegue a existir o no, o de la consistencia cualitativa o cuantitativa de la cosa. En términos del Crowdfunding se trataría de un negocio jurídico entre el promotor y el inversor, en el que se entrega la aportación o precio aunque el proyecto no llegue a nacer.

La solución en caso de incumplimiento sería a favor de los promotores, porque el *crowdfunder* no podría reclamar la recompensa al ser incierta, pero siempre y cuando el promotor hubiese actuado con la diligencia debida para intentar sacar adelante el proyecto de manera satisfactoria. Por tanto, el creador no podrá impedir que nazca o llegue a existir el proyecto; en dicho supuesto de incumplimiento se podrá eximir al inversor de su obligación de dar la aportación³⁴.

No obstante, lo habitual es que se haga la aportación a la espera de la entrega de la recompensa, sobre todo cuando se trata de cuantías que no son tan escasas, es decir, que no

³⁴ Sólo en el caso de que el promotor haya actuado correctamente, el *crowdfunder* no podrá reclamar la recompensa.

llevan al promotor a actuar por simple liberalidad sino por un carácter más racional que emocional. Sin embargo, hay varios autores que entienden que este tipo de contrato no puede constituir una compraventa porque no hay contraprestación (porque no ha llegado a existir).

Por otro lado, y partiendo, asimismo, de la figura de la compraventa, podría entenderse el Crowdfunding como una compraventa de precio irrisorio, es decir, venta de un bien o servicio por un precio insignificante. Estando en este caso el quid de la cuestión en determinar si esta consideración rompe con las directrices o condiciones que se entiende que ha de cumplir el precio para poder hablar en puridad de una compraventa, puesto que, en caso contrario, nos hallaríamos ante una donación. Sin embargo, sí es admisible que el precio o aportación sea desproporcionado al normal, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no se exige que el precio sea justo³⁵.

Complementariamente a la consideración del Crowdfunding como un contrato de compraventa, la obligación de quien se compromete a la entrega de la recompensa requiere asimismo del posible saneamiento por vicios ocultos (art. 1484 CC), esto es, la necesidad de responder ante un vicio o defecto oculto, grave (en el sentido de resultar inútil) y anterior a la entrega de la recompensa³⁶. Sucedido lo cual el inversor podrá optar durante el plazo legal por el desistimiento (acción redhibitoria) o la rebaja proporcional del precio (acción estimatoria), todo ello sin perjuicio de la posible indemnización por daños y perjuicios en caso de mediar conocimiento del promotor sobre dichos vicios.

2.3.2.3 *Crowdfunding como donación*³⁷

En segundo lugar, y reconduciendo el debate sobre la naturaleza jurídica del Crowdfunding, la tesis doctrinal minoritaria entiende que en todo caso se trata de una donación modal o de una donación remuneratoria, por cuanto sostienen que la aportación

³⁵ C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, pág. 36.

³⁶ Por ejemplo, en el caso de que la recompensa se tratara de un video juego, y a simple vista pareciera tal, pero a la hora de su utilización no funcionara.

³⁷ M. A. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 75 y siguientes. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, págs. 266 y siguientes.

económica se realiza siempre con ánimo de liberalidad.

Además, como crítica de la tesis anterior señalan que no se da el sinalagma funcional típico de los negocios jurídicos onerosos, esto es, que el beneficio y sacrificio de ambas partes no es correlativo. Asimismo, se considera una donación modal porque el promotor del proyecto no podrá destinar las cuantías recaudadas a otra finalidad que no sea la enunciada en la plataforma. Por otra parte, en el supuesto de que ésta no se utilice para el objetivo descrito, el *crowdfunder* podrá exigir la devolución de lo aportado o el cumplimiento forzoso de la obligación, conforme se establece en el artículo 647 CC.

Igualmente, según se indica en el artículo 619 CC *“es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”*. Por ello, el objetivo o finalidad es premiar al donatario por prestar un servicio que realizó sin deber nada a cambio. Además, a pesar de que no existe una relación onerosa, sí que hay una relación de compensación ya que se dona en recompensa del servicio o bien prestado. En el caso de incumplimiento, se debe acudir al artículo 1274 CC, que entiende que la remuneración es causa del contrato, y a lo dispuesto en el artículo 1275 CC que señala que si no hay causa, el contrato de donación será nulo de pleno derecho

En este tipo de donación, la causa del contrato no suele ser la mera liberalidad del bienhechor, sino el bien o servicio que se remunera. Igualmente, con base en lo dispuesto en el artículo 622 CC, en el caso de que se pueda valorar la remuneración, serán de aplicación las reglas de los contratos en la parte de la donación que cubra el valor de lo remunerado, y por las reglas de la donación el exceso. Por tanto, siguiendo esta tesis sólo se considerará donación aquello que exceda de una remuneración equitativa de los servicios o bienes que se remuneran.

2.3.2.4 Crowdfunding como contrato de obra o servicios³⁸

La tercera de las tesis doctrinales sobre la naturaleza del Crowdfunding, es la que afirma que en realidad se trata de un contrato de obra, que puede ser utilizado para contrataciones en la que se obtenga cualquier tipo de resultado material, industrial, científico o artístico, siempre y cuando, dicho resultado sea lícito, determinado y posible. Le sería de aplicación el artículo 1544 CC en cuya virtud “*en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”. En este caso nos encontraríamos ante una obligación de hacer, por lo que sería de aplicación sólo a aquellos tipos de Crowdfunding de recompensas en los que ésta consista por tanto en una obligación de hacer, y no de dar, como ocurre en la mayoría de los supuestos³⁹.

No obstante, esta tesis sólo sería correcta si entendiéramos que el Crowdfunding se inserta dentro de los contratos de obligación de resultado, y no de medios. Es decir, que el promotor debería de comprometerse con los inversores a cumplir con los objetivos que publicó en la plataforma.

Sin embargo, el Crowdfunding en sí mismo considerado no determina que el resultado sea seguro y prometido, a no ser que se trate de una entidad que utilice de manera usual este medio de financiación como una herramienta para asegurar sus ventas, ya que de esta forma la entidad tendrá la seguridad de que venderá un determinado número de bienes. Asimismo, en este supuesto se debería de hablar de una verdadera compraventa de cosa futura, ya que la empresa utiliza ciertas ventajas del Crowdfunding que evitan tener excedentes y posibilitan la recaudación de fondos para la elaboración posterior del producto.

La compraventa de cosa futura se encuentra regulada en el artículo 1971 CC, y en

³⁸ C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Los contratos de obras y de servicios» en C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et al.*, *Curso de Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer S. L., Madrid, 2016, págs.173 y siguientes. F. P. BLASCO GASCÓ, *Intituciones de Derecho Civil. Contratos en particular, cuasi contratos, derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 231 y siguientes.

³⁹ Esta tesis doctrinal ha sido abordada por el autor J. SUAREZ DE VIVERO en su blog. [En línea] [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://bit.ly/2qjB9ZO>

este caso se trataría de una compraventa de un objeto que no existe, pero que existirá en el momento del cumplimiento de la obligación por parte de la entidad⁴⁰.

2.3.2.5 *Crowdfunding como promesa pública de recompensa*

Finalmente, se podría considerar también que el Crowdfunding de recompensa se trata de una promesa pública de recompensa⁴¹, en tanto en cuanto el creador hace una promesa acerca del posible resultado si se consigue la financiación, que es posteriormente objeto de aceptación por parte del que se suscribe a través de su aportación al proyecto objeto de recompensa, lo que implica una contractualización de dicha concurrencia de oferta-aceptación.

Sentada su naturaleza jurídica contractual⁴², resulta necesario desarrollar la idea de promesa pública en la que la publicidad es elemento necesario y configurador de la misma. Con esto se quiere significar que el hecho de que el reclamo para la participación en la financiación lo sea a través de una plataforma pública comprende un elemento fundamental, pues permite, además de dirigirse a una pluralidad indeterminada, adscribirse a un proyecto/resultado de forma voluntaria e individual, momento éste en el que nace la obligación o, lo que es lo mismo, el vínculo contractual.

Así, una vez manifestada unilateralmente por los *crowdfunders* la intención de participar en la consecución del resultado se entiende nacida la obligación del creador, toda vez que el hecho de compartir públicamente la idea de financiación conjunta del proyecto supone la irrevocabilidad de la promesa durante un plazo determinado y su caducidad transcurrido el mismo.

⁴⁰ C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La obligación: concepto y fuentes» en C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et al.*, *Curso de Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Edisofer S. L., Madrid, 2016, págs. 35 y siguientes. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007 (6ª edición), págs. 245 y siguientes.

⁴¹ C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, *Volumen I*, págs. 45 y 46.

⁴² J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, pág. 19.

Una vez más, se observa como el elemento constituido por la publicidad adquiere relevancia contractual, diferenciándose en este punto de las figuras defendidas por las tesis anteriormente descritas, aportando un dato innovador por cuanto es palmario que la publicidad de la que es objeto el proyecto a financiar bajo este régimen supone el reconocimiento de la obligación una vez realizada la adscripción unilateral del *crowdfunder* al proyecto.

2.3.2.6 *Recapitulación*

De entre todas las posibilidades, probablemente la que mejor se adapta a la figura del Crowdfunding sea la promesa pública de recompensa, porque al igual que en la Microfinanciación Colectiva la publicidad es un elemento fundamental que configura una obligación una vez que se produce la adscripción del *crowdfunder* al proyecto. Esto es, el creador, sin necesidad de haber aceptado expresamente, a través de la publicación del proyecto se vincula con aquellas personas que realicen el acto objeto de recompensa, en tanto en cuanto la publicidad opera como constitutiva de la obligación al cumplir con todas las características propias de una fuente de obligaciones no contractual. Esto implica, necesariamente, la consideración de que una vez expuesto el proyecto y su ulterior realización tras la obtención de las aportaciones no sea posible la retractación por parte del creador, puesto que, como ya se dijo con anterioridad el elemento de publicidad ha operado como fuente de obligaciones, vinculando así al mismo.

En definitiva, esta figura permitirá la vinculación a la promesa públicamente expresada por el solo hecho de haberse realizado, permitiendo así considerar, sin más trámites, que existe obligación de cumplir con lo prometido una vez alcanzado el resultado, consecuencia a su vez de haberse alcanzado el montante al que ascendía la necesidad de financiación.

No obstante, tal y como se señaló anteriormente, en el caso de que una entidad que se dedique de manera habitual a la financiación de productos por la vía de Crowdfunding, lance sus productos a través Crowdfunding, y haga uso de la plataforma como una simple

herramienta de venta, se tratará sin duda de una compraventa de cosa futura.

2.3.2.7 *Inexistencia de jurisprudencia*

A pesar de que la figura del Crowdfunding se ha visto incrementada a lo largo de los últimos años, no existe jurisprudencia sobre la materia, probablemente debido a que los mecenas o *crowdfunders* desconocen las posibles vías de impugnación judicial, o porque las cuantías aportadas son relativamente escasas, por lo que deciden no emprender acciones legales en caso de incumplimiento. Esta ausencia de regulación, unida a la falta de uniformidad en torno a su naturaleza jurídica, producen en los consumidores la negativa a volver a participar en acciones como éstas. Además, esto tendría, sin duda, malas repercusiones para el Crowdfunding en general.

2.4 *El Crowdfunder como consumidor y su protección jurídica*⁴³

A la vista de que no hay jurisprudencia resulta fundamental analizar si el *crowdfunder* tiene o no la consideración de consumidor a los efectos de aplicarle o no, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (de aquí en adelante, TRLGDCU), al Crowdfunding de donación y de recompensa.

Para determinar si se puede aplicar o no tendremos que acudir al artículo 2 que señala expresamente el ámbito de aplicación “*está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*”. Asimismo, el artículo 4 señala que se consideran empresarios “*a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”. De este modo, para que pueda aplicarse la normativa de defensa de consumidores y usuarios, el promotor del proyecto deberá de actuar de acuerdo con su actividad comercial, empresarial

⁴³ LAW AND LEY [En línea] [Fecha de Consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <https://lawandlee.wordpress.com/author/jsvivero/>

o profesional. Por ejemplo: si se tratara de un escritor, que quiere financiarse a través de Crowdfunding de recompensa, siendo la recompensa un ejemplar, en este caso la profesión del promotor estaría relacionada con su profesión. De igual modo, en el supuesto de que se trate de un Crowdfunding que encubra una compraventa de cosa futura, no cabrá duda que es de aplicación completa el TRLGDCU, ya que, se entiende que empresa y *crowdfunder* encajan perfectamente en los conceptos de consumidor y empresario antes vistos.

Asimismo, es importante destacar que, en el Libro segundo, Título III de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios se regula la protección de los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Por consiguiente, y teniendo en cuenta las características de la Microfinanciación Colectiva, será aplicable a esta figura. Además, en el artículo 92 se señala que será de aplicación a los contratos que medien “*sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario*”, lo que sin duda resulta de aplicación a las relaciones entabladas a través de Internet.

Lo dicho hasta aquí supone que el Crowdfunding de donación y el de recompensa pueden encajar con la normativa en Defensa de Consumidores y Usuarios.

En el caso de que la recompensa obtenida sea defectuosa se podrá acudir a lo dispuesto en el artículo 118 del TRLGDCU “*el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título*”. Se trataría de una forma de protección en el supuesto de cumplimiento defectuoso.

Por lo que se refiere a las plataformas participativas, estas deberían de informar a los *crowdfunders* del tipo de relación contractual que les une con los promotores de los proyectos. De esta forma se sabría cómo actuar en los supuestos en los que a pesar de haberse alcanzado la financiación se incumpla con la recompensa.

De esta manera, probablemente, culminaría la problemática y con ello la inseguridad jurídica que se produce como consecuencia de la incertidumbre. Aunque, podríamos señalar que la solución a la problemática es casuística, porque se habrá de atender al contenido y causa de cada recompensa. Asimismo, esta solución tampoco sería la más adecuada porque,

como bien se sabe, la calificación de un contrato la determina el contenido y no la denominación del mismo dada por las partes⁴⁴.

Esta problemática es una realidad que se ha puesto de manifiesto por los consumidores en numerosas encuestas realizadas⁴⁵, y es que, muchas veces son reticentes en volver a participar en proyectos de Crowdfunding porque no hay un respaldo legal, ni responsabilidad por parte de la plataforma, al posible incumplimiento de los promotores.

No obstante, y tal como se comentó con anterioridad las plataformas en sus condiciones se exoneran de responsabilidades en caso de un posible incumplimiento del creador. Sin embargo, en este caso se podría tratar de una cláusula nula por abusiva, tal y como se señala en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU, al entenderse dichas cláusulas contrarias a las exigencias de la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario, originando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato. El origen de dicha abusividad, y por tanto, nulidad, derivan en este contrato caso de la exclusión de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario, tal y como se infiere del artículo 86 del texto antes mentado.

Igualmente, se aplicará la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (de aquí en adelante LSSI)⁴⁶, ya que, los contratos celebrados en el marco del Crowdfunding son en su mayoría electrónicos. Asimismo, en el artículo 23 se expone que *“los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”*.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 4482/1985, de 30 de septiembre (RJ\1985\4482). Dicha sentencia señala expresamente que *“los contratos son lo que son y no lo que digan los contratantes”*.

⁴⁵ TWO MUCHO [En línea] [Fecha de consulta:27 de abril de 2017]. Disponible en Internet en: <https://es.slideshare.net/twomuchrs/conclusiones-el-crowdfunding-y-los-espanoles>

⁴⁶ E. MORENO y L. CAZORLA, *op. cit.*, págs. 44 y siguientes.

A pesar de que las plataformas en sus clausulados intentan exonerarse de responsabilidad, existen vías legales para que esto no ocurra. En la LSSI hay varios preceptos que hacen responder a las plataformas.

De este modo, en el artículo 32 LSSI se admite la posibilidad de que se pudieran someter a arbitraje los posibles conflictos entre las plataformas y los inversores –arbitraje electrónico de consumo–. Sin embargo, en el Crowdfunding directo, en cual el creador del proyecto no se financia a través de plataforma sino mediante su propia página web, se someterán a arbitraje los conflictos entre el creador y los inversores.

No obstante, en el caso de que haya contradicción entre el TRLGDCU y la LSSI, el artículo 94 del Texto Refundido señala que será de aplicación preferente a la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico⁴⁷.

2.5 Protección de la Propiedad Intelectual⁴⁸

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (de ahora en adelante LPI). En dicha normativa se define a los autores como las personas naturales que crean alguna obra literaria, artística o científica. Asimismo, la propiedad intelectual también protege a las personas jurídicas en determinados supuestos⁴⁹. De este modo, tal y como se expone en el art.1 *“la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación”*; por tanto, no será necesario ningún requisito formal ni de

⁴⁷ El artículo 94 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios señala expresamente: *“En las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, se aplicará además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente, salvo lo previsto en el artículo 97.7, párrafo segundo”*.

⁴⁸ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *et al.*, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. E. MORENO y L. CAZORLA, *op. cit.*, págs. 421 y siguientes.

⁴⁹ En cuanto a las personas jurídicas se ofrecen las posibilidades de que sean autores en varios artículos de la LPI: el artículo 8 sobre las obras colectivas y el artículo 97.2 respecto a los programas de ordenador que sean obras colectivas

capacidad.

De esta forma, se entiende que nuestra LPI acoge así la tesis más favorable a los intereses del autor con respecto al nacimiento del derecho junto con la obra y su atribución inmediata a aquél. De igual manera el creador tendrá plena disposición de su obra y un derecho exclusivo de explotación. Además, y con base en lo expuesto, no se exige un registro previo para gozar de los efectos previsto en la LPI.

La Propiedad Intelectual protege la obra en sí misma considerada, pero no las ideas o conceptos que no estén plasmados en la obra, es decir, que sólo estén en la mente del creador⁵⁰, tal y como se ratifica en el artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁵¹.

Asimismo, la Propiedad Intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial; en este último se incluyen la reproducción, distribución, comunicación pública o transformación. Por tanto, el autor de la obra podrá decidir si la divulga o no, y en caso afirmativo, a través de que medio, en cuyo caso podrá publicarlo en la plataforma de financiación participativa.

En el caso de que lance el proyecto a financiación en una plataforma para probar que es autor del proyecto puede llevar a cabo varias acciones:

- Inscribir la obra o creación en el Registro de Propiedad Intelectual. Esta sería una forma de protección, ya que se trata de un medio de prueba sobre la titularidad. Este mecanismo es utilizado como aviso a terceros de los derechos reservados sobre la obra o proyecto (protección frente a terceros).
- El autor podrá introducir en la información que se encuentra a la vista de terceros, para que pueda ser objeto de financiación, medidas antipiratería, como por ejemplo la incorporación de detalles que tan sólo el autor conoce y que no son apreciables a

⁵⁰ Por ejemplo, si nos encontramos ante una novela de amor, no se impedirá que otro autor pueda crear también una obra que verse sobre esa temática.

⁵¹ El artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual señala expresamente que “*la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí*”.

simple vista.

- Otra manera de crear pruebas sobre la autoría del proyecto u obra es el autoenvío⁵² o depósito privado. En estos supuestos el propio autor o un tercero custodia la obra y da fe de que en una determinada fecha ya existían datos sobre el proyecto.
- Se podrán incluir indicadores de reserva de derechos, lo conocidos como Copyright (derechos de autor), que se establecen en el artículo 146 LPI, que señala expresamente que *“el titular o cesionario en exclusiva de un derecho de explotación sobre una obra o producción protegidas por esta Ley podrá anteponer a su nombre el símbolo © con precisión del lugar y año de la divulgación de aquéllas [...]”*.

Dichos símbolos o indicadores, aparecerán de modo visible para todas las personas que tengan acceso al proyecto u obra, dejando con ello constancia de que los terceros conocían la reserva de los derechos de la obra, en el caso de que incumplan los derechos de autor.

A modo de ejemplo podríamos mencionar la página Desing and Law⁵³, que es una plataforma de Crowdfunding cuya finalidad es acompañar a los emprendedores y diseñadores a lo largo de su proyecto de búsqueda de financiación, pero a través de asesoramiento en aspectos jurídicos, propiedad intelectual y lucha contra el fraude.

2.6 Protección mediante patentes y modelos de utilidad⁵⁴

El proyecto objeto de financiación a través de Crowdfunding puede que no sea objeto de protección a través Propiedad Intelectual, sino de patente. En tal caso será de aplicación la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. De esta forma, para poder beneficiarse de los

⁵² El autor de la creación podrá autoenviarse una copia de la obra a través de un burofax o correo certificado.

⁵³ CROWDEMPRENDE [En línea] [Fecha de consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://crowdemprende.com/design-law-crowdfunding-y-propiedad-intelectual/>

⁵⁴ Oficina Española de Patentes y Marcas [En línea] [Fecha de consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/preguntas_frecuentes/FaqInventiones04.html

efectos que se describen en dicha ley se requiere que previamente se inscriba la invención en el Registro de Patentes⁵⁵, sino no gozará de la protección frente a terceros.

La inscripción de la patente aporta protección a la invención frente a la perturbación de terceros, por tanto, otorga a su titular un derecho a impedir a terceros la utilización de la patente sin su consentimiento.

En cuanto a los modelos de utilidad⁵⁶, también se encuentran regulados en Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, concretamente en los artículos 143 y siguientes.

Los modelos de utilidad son aplicables a las invenciones que no pueden ser protegidas a través de patentes porque no reúnen los requisitos legales, o porque la novedad se considera de menor entidad. En el artículo 143.1 de la Ley de Patentes se señala expresamente que serán objeto de protección *“las invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación”*.

Asimismo, cabe señalar que el plazo de duración de la protección es significativamente menor que el de las patentes, estando fijado en diez (10) años y veinte (20) años, respectivamente.

No obstante, tal y como señala expresamente el artículo 143 no gozaran de esta protección, las invenciones de procedimiento, las que recaigan sobre materia biológica y sobre sustancias y composiciones farmacéuticas.

⁵⁵ Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM).

⁵⁶ También conocidos como pequeñas patentes, innovaciones de utilidad o patentes a corto plazo.

2.7 Algunas consideraciones a tener en cuenta de *lege ferenda*⁵⁷

Como bien sabemos, el derecho siempre va por detrás de la realidad que nos rodea, porque muchas veces se tiene que acudir a la analogía, al no haber regulación específica para la problemática en cuestión.

El Crowdfunding está íntimamente relacionado con el interés social, más aún si se tiene en cuenta que la naturaleza de esta figura es la liberalidad de sus inversores, por ello se entiende que los particulares invierten en proyectos que son importantes tanto a nivel moral y cultural como científico, pudiendo incluso hacerse un análisis de las aportaciones desde el punto de vista social.

De este modo, estas consideraciones están dirigidas a las Administraciones Públicas, por entender que su actuación debería de ser más beneficiosa para aquellos proyectos o plataformas que favorecen el retorno social⁵⁸, entendiendo por tal el valor no monetario que se añade a un proyecto (que puede ser social o incluso medioambiental).

Asimismo, debería de valorarse de forma positiva o premiarse la transparencia de las plataformas que anuncian proyectos, porque es una manera de analizar el interés social. Además, debería imponerse a estas plataformas la emisión de un documento contractual entre el promotor y el inversor, lo que de manera simultánea ayudaría a consolidar los principios de transparencia y estabilidad presupuestaria, y se convertiría en un ejemplo a seguir por otras plataformas, pues sería contrario a la propia naturaleza del Crowdfunding no perseguir un ideal ético, sostenible y, por ende, transparente.

⁵⁷ FREE CULTURE FORUM [En línea] [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <https://2012.fcforum.net/experiencias-crowdfunding-caracteristicas-retos-obstaculos/#donaciones>

⁵⁸ El Retorno Social de la Inversión, es un método a través del cual se añaden principios de medición que exceden de los valores financieros, como pueden ser el valor social o el ambiental, que no tienen un reflejo en las cuentas financieras convencionales. [En línea] [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <https://foroinnovacionsocial.wordpress.com/2013/06/09/el-retorno-social-de-la-inversion-sroi/>

Por otra parte, se podría premiar a las plataformas por la calidad y la transparencia en el servicio prestado, emitiendo certificados⁵⁹ que incrementarían la participación de inversores y aumentarían la confianza de los promotores para financiar sus proyectos a través de estas páginas. Se potenciaría la utilización de estas vías de financiación y se crearía un marco de seguridad jurídica, que hasta ahora es tan sólo una utopía.

No obstante, no sería beneficioso que el Estado interviniera en la creación de estas plataformas, porque probablemente el Crowdfunding acabaría por desnaturalizarse, ya que lo interesante es la intervención sólo para legislar sobre la materia, pero en ningún caso para crear plataformas que dañarían a las empresas ya establecidas.

De igual modo, sería una fórmula para fortalecer la cultura, que a veces necesita de grandes inversiones para crear riqueza colectiva, y, sin duda, resultaría totalmente beneficioso tanto para la sociedad como para el enriquecimiento del patrimonio cultural. Es necesario recalcar que no se pretende sustituir con esta financiación las ayudas o subvenciones públicas, sino tan sólo complementar o armonizar las diferentes formas de respaldo económico de la cultura para quienes tienen interés en ello.

A colación de lo anteriormente expuesto, se recogen una serie de consideraciones dirigidas a dar una respuesta a la problemática práctica surgida con el nacimiento del Crowdfunding de donación y de recompensa:

En primer lugar, para aportar seguridad jurídica tanto para los inversores como para los promotores, se debería de obligar a las plataformas a concretar la relación contractual existente entre el promotor y el inversor. De este modo se determinaría qué figura jurídica sería de aplicación, y, por tanto, qué consecuencias tendría un posible incumplimiento.

En segundo lugar, sería recomendable también llevar a cabo una adaptación de las instituciones jurídicas (de donación y compraventa, entre otros) a la era online, adaptación

⁵⁹ Como por ejemplo el indicador de calidad y excelencia, EFQM, otorgado por la Fundación Europea para la Gestión de la Calidad. [En línea] [Fecha de consulta: 22 de junio de 2017]. Disponible en Internet en: <http://www.efqm.es>

que en muchos casos se considera necesaria por cuanto las instituciones en su configuración clásica se han quedado estancadas, siendo recomendable abrir paso a estas nuevas modalidades online. Además, para favorecer al Crowdfunding el Estado podría adoptar diferentes medidas, tales como subvenciones o incentivos fiscales. De esta forma, se podrían incluir varios preceptos que señalaran cómo actuar en el caso de una Microfinanciación Colectiva de donación, de compraventa o de promesa pública de recompensa.

En tercer lugar, se podría crear un nuevo tipo de contrato que encajara en las características propias del Crowdfunding, y que solventara los problemas que éste ocasiona. Ése nuevo contrato debería delimitar las acciones y derechos disponibles para los diferentes sujetos, incluyendo necesariamente entre ellos el de poder exigir la constancia por escrito del contrato suscrito entre ambas partes, evitando de esa manera que pudieran crearse dudas acerca de qué hacer en caso de incumplimiento.

De forma completaría, se podría elaborar una guía jurídica práctica para los consumidores de estas páginas, así como establecer los límites legales de las plataformas de financiación. Es probable que de esta manera se ayudara a terminar con la incertidumbre tan presente hoy en día.

Finalmente, lo más correcto habría sido que el legislador, aprovechando la LFFE, hubiese incluido los tipos de Crowdfunding de donación y de recompensa. De esta forma, la regulación sobre la materia habría sido mucho más ordenada y racional, pudiendo además introducir en ella la responsabilidad subsidiaria de las plataformas en caso de un posible incumplimiento por parte del creador del proyecto.

III. CONCLUSIONES

Una vez realizado un análisis y estudio pormenorizado sobre el Crowdfunding se pueden extraer una serie de conclusiones sobre la materia.

En primer lugar, es importante destacar que el Crowdfunding ha sido una de las medidas de financiación alternativa durante los tiempos de crisis; su funcionamiento se ha

visto profundamente incrementado durante los últimos años. Además, ha sido y es una herramienta de financiación innovadora en los países desarrollados y en vías de desarrollo, permitiendo incluso que en países donde aún es latente la discriminación de la mujer, se hayan impulsado con éxito proyectos innovadores promovidos por mujeres emprendedoras.

De este modo, se puede afirmar que la financiación colectiva ha contribuido con el crecimiento del sistema económico. Probablemente, el éxito del Crowdfunding en los países desarrollados se deba en gran parte a la confianza que se ha depositado en los sistemas colaborativos.

A pesar del crecimiento y evolución del Crowdfunding, hay ordenamientos jurídicos que no le han dado la importancia que realmente tiene, y son muchos los países que todavía no han legislado sobre la materia. Asimismo, hay un gran número de emprendedores que aún no conocen estas vías alternativas de financiación.

En segundo lugar, los motivos por los que ha evolucionado la financiación colectiva, son diversos. De un lado, la confianza de los inversores. De otro, el hecho de que se obtengan bienes o servicios a cambio de la aportación (Crowdfunding de recompensa). Y junto a ellos, la posibilidad de contribuir en proyectos con los que se comparte ideales o gustos, participando así en la creación de un producto innovador o, simplemente, ayudando a que un emprendedor cumpla sus ideales. Para lograr que los inversores escojan un proyecto en concreto es importante que se cumplan varios requisitos: que la información y la forma de transmitirla sean atractivas; que se determine claramente cuál es la cuantía necesaria para poder lanzar el proyecto; y que el producto sea posible, innovador y de calidad. En el caso de que el proyecto sea original y diferente, los inversores participarán con rapidez, de forma que la financiación podrá ser más rápida.

En tercer lugar, una de las ventajas que aporta la Microfinanciación Colectiva es la posibilidad de financiar proyectos que no son lo suficientemente atractivos para los métodos tradicionales de financiación. Además, se permite llevar a cabo campañas solidarias que sólo necesitan de la mera liberalidad del aportante para conseguir los objetivos.

En cuarto lugar, la regulación existente es escasa y no resuelve el gran número de problemáticas jurídicas que se generan en torno al Crowdfunding. Aunque hay que aplaudir la labor legislativa de la LFFE en torno a las Plataformas de Financiación Participativa, porque responde a la necesidad de regular una materia que podría afectar al sistema financiero. No obstante, se debe de promover la creación de un marco normativo que otorgue seguridad y confianza a los consumidores y que facilite la implantación de la financiación colectiva en el sistema económico actual. Además, se deberá de delimitar el alcance y límites legales sobre esta figura, para así evitar la colisión de las diferentes formas de financiación, y para garantizar el respeto de los derechos de los Consumidores y Usuarios.

Finalmente, y a la vista de todo lo anterior, queda claro que las instituciones jurídicas actualmente existentes en relación con el Crowdfunding no son suficientes para resolver las problemáticas que surgen en la práctica en torno a este tipo de financiación, por lo que se hace necesario una regulación específica para la materia.

ANEXO

1. Breve referencia al tratamiento fiscal del Crowdfunding⁶⁰

En este anexo se llevará a cabo un breve análisis del tratamiento fiscal del Crowdfunding, ya que se trata de una materia de suma importancia en la práctica.

El Crowdfunding, como se ha señalado anteriormente, es un mecanismo alternativo y ágil de financiación, y ha permitido a pequeñas y medianas empresas crecer y desarrollarse, sobre todo a partir de la crisis económica.

El fenómeno del Crowdfunding no goza de una regulación específica, posiblemente por su naturaleza jurídica heterogénea. De igual forma ocurre con la normativa tributaria al no existir una regulación fiscal propia para este nuevo fenómeno.

El tratamiento fiscal del Crowdfunding varía dependiendo del subtipo en el que nos encontremos, por tanto, en este trabajo sólo nos centraremos en la tributación del Crowdfunding de no inversión o social, esto es, en el de donación y recompensa⁶¹.

De igual forma, antes de entrar en materia conviene recordar a modo de esquema los sujetos intervinientes o ámbito subjetivo:

- Los inversores que realizan la aportación económica. Asimismo, en materia fiscal es conveniente diferenciar entre persona física o jurídica.
- El promotor que es el autor del proyecto y recibe la aportación económica de los inversores, y está obligado a la entrega de la recompensa.

⁶⁰ E. MORENO y L. CAZORLA, *op. cit.*, págs. 459-486. Ver también VANACCO. [En línea] [Fecha de consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en internet en: <https://vanacco.com/fiscalidad/>

⁶¹ No se tratará el Crowdfunding de inversión (Equity Crowdfunding), que es aquel en el que se entra a formar parte de una empresa o capital social de un promotor (ampliación de capital, cuentas en participación, entre otros).

- La plataforma de financiación que actúa de intermediario entre el promotor y el inversor.

En todo caso, hay que tener presente que el Crowdfunding no es una lista cerrada de negocios jurídicos, sino que podría incluirse cualquier operación que consista en la obtención de capital privado de una pluralidad de inversores a través de internet.

Las plataformas de financiación y las entidades gestoras del pago tienen una tributación mucho más definida, no obstante no se analizará esta cuestión.

Fiscalidad de los inversores

* Residentes en España

a) Personas físicas

En el supuesto de que los inversores que llevan a cabo una aportación a través de las modalidades de recompensa o de donación, las realicen a proyectos en los que el promotor es una entidad sin ánimo de lucro, podrán aplicar las deducciones previstas en el artículo 68.3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Personas jurídicas

En este supuesto también será relevante determinar si el promotor es una entidad sin ánimo de lucro, el artículo 20 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, prevé una deducción en el Impuesto sobre Sociedades de un treinta y cinco (35%), en el caso de donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puros y simples.

Si la donación no llega a producirse, o es revocada, también quedará sin efecto la aplicación tributaria.

Si no se trata de una entidad sin ánimo de lucro contemplada en la Ley 49/2002, no se aplicarán las deducciones previstas con anterioridad.

* No residentes en España

En el caso de que el inversor tenga establecimiento permanente en España tributará por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes y podrán aplicar la deducción del art.20 de la Ley 49/2002. Si se tratara de un inversor sin establecimiento permanente en España aplicarán otra deducción del setenta y cinco (75 %) hasta los ciento cincuenta euros (150) de base de la donación y treinta (30%) en adelante, o del 35 %por ciento para donaciones.

Fiscalidad de los promotores

* Fiscalidad de las donaciones

a) Residentes en España

Cuando el promotor se trate de una persona física, el número total de aportaciones recibidas con causa lucrativa tributarán por el Impuesto directo de Sucesiones y Donaciones, que se encuentra regulado en la Ley 29/1987, y grava las adquisiciones gratuitas que obtengan las personas físicas, es un impuesto cedido a las comunidades autónomas (por lo que hay que saber cuál es la residencia habitual del contribuyente para determinar que normativa autonómica es aplicable). Por tanto, al estar sujetas a este impuesto no tributarán por el Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, en base al principio de prohibición de la doble imposición.

Asimismo, estarán obligados a tributar por este impuesto los residentes habituales⁶² en España que hayan adquirido bienes a título gratuito, con independencia de la localización

⁶² Residente habitual en España: 183 días o más residiendo en España; se computan en el año anterior al devengo.

de los bienes y derechos que adquiriera. Por tanto, están sujetas a este impuesto las adquisiciones gratuitas a nivel “mundial” de un residente habitual en España, conforme se establece en el artículo 6 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En cuanto a los contribuyentes que no tengan la residencia habitual en España, sino en el extranjero, sin perjuicio de lo que establezcan los tratados y convenios internacionales para evitar la doble imposición, se tributará exclusivamente por los bienes y derechos que estuvieran situados o desplegaran sus efectos en el territorio español (es decir, tributarán los que estén sometidos al gravamen y se encuentren en territorio nacional al tiempo de realizar la operación).

En el caso de que el promotor sea una persona jurídica tributará por el Impuesto de Sociedades, se incluirán las aportaciones en los ingresos de la sociedad y se tendrán en cuenta para calcular la base imponible.

Por último, las entidades sin fines lucrativos a las que les sea de aplicación la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, tributarán al diez por ciento (10%).

b) No residentes en España

Si el promotor no reside, desde el punto de vista fiscal, en España, le será de aplicación el Impuesto sobre la Renta de no Residentes. No obstante, deberá de tener un vínculo con el territorio español.

* Fiscalidad de las recompensas

a) Residentes en España

En el Crowdfunding de recompensa, la parte de la inversión que tenga naturaleza lucrativa está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y la parte de la inversión que se corresponda con la contraprestación del bien o servicio al que se condiciona la donación, estará sujeta al Impuesto de Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Asimismo, se tendrá en cuenta el valor de mercado de la contraprestación.

Cuando la recompensa sea simbólica, como por ejemplo una mención honorífica, sólo se tributará por el Impuesto de Donaciones, al tratarse únicamente de una donación.

No obstante, si quien recibe la aportación es una persona jurídica la renta estará sujeta al Impuesto sobre Sociedades, además en este caso no será necesario diferenciar entre aportación lucrativa y onerosa.

Asimismo, la recompensa tributará de forma indirecta por IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido) o IGIC (Impuesto General Indirecto Canario). Pero en este caso el promotor tendrá que ser considerado empresario o profesional, además deberá de existir un vínculo directo entre la cantidad aportada y la recompensa. La donación no quedará sometida a IVA, sólo la parte onerosa.

b) No residentes en España

Se acude a la regla general, por lo que estará sujeto al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, cuando el aportante o el objeto de la aportación, se encuentren situados en territorio español.

IV. BIBLIOGRAFÍA

A) LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de marzo de 2014.
- Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.
- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.
- Informe analítico de la Unión Europea “Crowdfunding in the EU Capital Markets Union” de 3 de mayo de 2016.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm.4482/1985, de 30 de septiembre (RJ\1985\4482).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, núm.462/2015, de 26 de noviembre (JUR\2016\4721).

B) REVISTAS

- J. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, «El crowdfunding: mucho más que un simple micromecenazgo», *Revista Cont4bl3*, núm.49, España, 2014.
- Y. MARTÍNEZ MUÑOZ, «El tratamiento fiscal del Crowdfunding», *Quincena Fiscal Revisa Aranzadi S.A.U.* núm.14, 2015,
- Crowdfunding's Potential for the Developing World. 2013. infoDev, Finance and Private Sector Development Department. Washington, DC: World Bank.

C) LIBROS

- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y OTROS, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- F.P. BLASCO GASCÓ, *Intituciones de Derecho Civil. Contratos en particular, cuasi contratos, derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- E. DANS, *Todo va a cambiar. Tecnología y evolución: adaptarse o desaparecer*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2010.
- L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007 (6ª edición).
- E. GALLARDO GALLARDO, *¿Qué es y cómo gestionar el Crowdfunding?*, UOC, Barcelona, 2015.
- C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La obligación: concepto y fuentes» en C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et al.*, *Curso de Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Edisofer S. L., Madrid, 2016.
 - o «Compraventa y permuta» en C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et al.*, *Curso de Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer S. L., Madrid, 2016.

- E. MORENO y L. CAZORLA, *Crowdfunding: Aspectos legales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- M. A. PARRA LUCÁN, «La donación», en C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et al.*, *Curso de Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer S. L., Madrid, 2016.
- J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Derecho Civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

D) PÁGINAS WEB

- CROWDEMPRENDE [En línea] [Fecha de consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://crowdemprende.com/design-law-crowdfunding-y-propiedad-intelectual/>
- CROWDACY [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet: <http://www.crowdacy.com/tipos-de-crowdfunding/>
- CROWDACY [En línea] [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.crowdacy.com/bo-y-yana-los-robots-crowdfunding-para-ninos/>
- DESIGN & LAW [En línea] [Fecha de Consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <https://designandlaw.com/p3/Quienes-somos>
- EFQM [En línea] [Fecha de consulta: 22 de junio de 2017]. Disponible en Internet en: <http://www.efqm.es>
- EL PERIÓDICO [En línea]. [Fecha de consulta: 29 de marzo de 2017]. Disponible en Internet: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/tribunal-cuentas-suspende-crowdfunding-pedro-sanchez-5932620>
- FORO INNOVACIÓN SOCIAL [En línea] [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://bit.ly/2sKZvNQ>
- FREE CULTURE FORUM [En línea] [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <https://2012.fcforum.net/experiencias-crowdfunding-caracteristicas-retos-obstaculos/#donaciones>

- GESDECO [En línea]. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.gedesco.es/blog/crowdsourcing-que-es-y-como-funciona/>
- GOOGLE TRENDS [En línea]. [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.mytriplea.com/blog/crowdfunding-espana/>
- KICKSTARTER [En línea] [Fecha de consulta: 27 de abril de 2017]. Disponible en Internet en: <https://www.kickstarter.com/projects/670381364/financiacion-colectiva-para-el-primer-ep-de-the-so?ref=city>
- LAW AND LEY [En línea] [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <https://lawandley.wordpress.com>
- MEGAFOUNDER [En línea] [Fecha de Consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <http://blog.megafounder.com/es/blog/world-bank-crowdfunding/>
- OEPM (Oficina Española de Patentes y Marcas) [En línea] [Fecha de consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/preguntas_frecuentes/FaqInvenciones04.html
- OXFAM INTERMÓN [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://www.oxfamintermon.org/es/que-puedes-hacer-tu/donativos-socios/iniciativas-solidarias>
- SOCIALNET [En línea] [Fecha de Consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <http://socialnest.org/la-importancia-de-conocer-el-tratamiento-fiscal-del-crowdfunding/>
- SPAINCROWDFUNDING. [En línea] [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017]. Disponible en Internet en: <http://www.spaincrowdfunding.org>
- TWO MUCHO [En línea] [Fecha de consulta: 27 de abril de 2017]. Disponible en Internet en: <https://es.slideshare.net/twomuchrs/conclusiones-el-crowdfunding-y-los-espanoles>
- UNIVERSO CROWDFUNDING MEGAFOUNDER [En línea] [Fecha de Consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <http://www.universocrowdfunding.com/potencial-crowdfunding-mundo-desarrollo-estudio-banco-mundial/>

- VANACCO. [En línea] [Fecha de consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet en: <https://vanacco.com/fiscalidad/>
- VERKAMI [En línea] [Fecha de consulta: 27 de abril de 2017]. Disponible en Internet en: <https://www.verkami.com/projects/17418-nocturna>
- VIVUS [En línea] [Fecha de Consulta: 27 de mayo de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.vivus.es/blog/economia-de-hoy/crowdfunding-que-es-como-funciona/>