

CROWDFUNDING, INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO Y PRÉSTAMOS AL CONSUMO¹

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 18 de mayo de 2015

I. El crowdfunding en la Ley 5/2015

El 28 de abril de 2015 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en adelante, LFFE). La ley introduce una serie de medidas para aumentar y facilitar el acceso de la financiación bancaria de las pequeñas y medianas empresas, modifica el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, regula los fondos de titulación e incluye mejoras en el acceso y funcionamiento de los mercados de capitales. Además, introduce mecanismos para fomentar las fuentes de financiación alternativa y la financiación corporativa.

Una de las cuestiones más importantes de la nueva Ley es la regulación, por primera vez en nuestro derecho, de las plataformas de financiación participativa (en adelante, PFP), o *crowdfunding*. A ellas les dedica casi cincuenta preceptos (arts. 46 a 94).

La LFFE define a las plataformas de financiación participativa como 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

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2014-56016-P, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

(art. 46.1 LFFE). De las distintas modalidades de financiación en masa, la Ley sólo contempla el *crowdfunding* en su modalidad de préstamo (“ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario”), dejando fuera otros modelos como el de donación, recompensa o préstamos sin interés.

En esta actividad intervienen tres sujetos: las plataformas de financiación participativa (que la propia Ley abrevia como PFP), los inversores (que son los que ofrecen financiación) y los promotores (que son los que solicitan y obtienen la financiación).

Las PFP son empresas (art. 46.1 LFFE) que han de revestir la forma de sociedad de capital [art. 55.c) LFFE]. Han de ser autorizadas por la CNMV (art. 53 LFFE) y deben estar inscritas en el Registro correspondiente de la CNMV (art. 54 LFFE). Para obtener la autorización deben cumplir unos requisitos financieros (art. 56 LFFE) y otros requisitos relacionados con el ejercicio de su actividad (art. 55 LFFE). Existe una reserva de actividad para estas empresas: sólo ellas puede realizar la actividad prevista en el art. 46.1 LFFE y sólo ellas pueden utilizar la denominación “plataforma de financiación participativa”. Pero ellas únicamente pueden llevar a cabo esta función. Por lo tanto, no pueden ejercer las actividades propias de las empresas de servicios de inversión, ni de las entidades de crédito (art. 52 LFFE). En particular, no pueden conceder créditos o préstamos a los inversores o promotores (salvo en el caso previsto en el art. 63 LFFE), gestionar discrecionalmente las inversiones o prestar asesoramiento financiero en relación con los proyectos. Tampoco pueden recibir fondos con la finalidad de pago por cuenta de inversores o promotores, salvo que estén autorizadas como entidades de pago híbridas (art. 52.3 LFFE).

El promotor es la persona física o jurídica que solicita en nombre propio a PFP la financiación de un proyecto de financiación participativa [arts. 46.1 y 49.b) LFFE]. Los proyectos sólo pueden ser de tipo empresarial, formativo o de consumo, sin que puedan consistir en la captación de fondos para la financiación profesional de terceros, la concesión de créditos o préstamos, o la suscripción o adquisición de instrumentos financieros cotizados o de acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva de tipo cerrado o de sus gestoras.

Los inversores son las personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario [arts. 46.1 y 49.a) LFFE]. El término “inversor” no es muy afortunado. Más adecuado es el de “financiador”, que permite englobar las dos formas de financiación participativa recogidas en el art. 50 LFFE: la concesión de préstamos [art. 50.1.c)] y la suscripción de acciones, participaciones u otros valores representativos de capital y obligaciones [art. 50.1.a) y b)]. Al “financiador” del primer tipo debería denominársele “prestamista”, y al del segundo tipo “inversor”.

Los inversores pueden invertir de forma profesional o no profesional [art. 49.a) LFFE]. Esta distinción no tiene consecuencias jurídicas en la LFFE, pues en ningún otro lugar se toma en consideración. Sí tiene mayor relevancia la distinción entre inversores acreditados y no acreditados. Pues el inversor no acreditado tiene una mayor protección en la ley. Por ejemplo, existen límites a la cantidad que un inversor no acreditado puede invertir en un mismo proyecto o en una misma PFP (art. 82 LFFE); límites que no existen para el inversor acreditado. En el art. 81 LFFE se indica quiénes son inversores acreditados y no acreditados. Las personas físicas pueden ser inversores acreditados o no acreditados. Lo mismo sucede con los inversores personas jurídicas.

II. Los préstamos concedidos a través de plataformas de financiación participativa.

Ya se ha señalado que una de las formas de financiación participativa es la concesión de préstamos. En este caso, se entiende por promotor a la persona física o jurídica prestataria [art. 50.1.c) LFFE], mientras que el inversor tiene en ese contrato de préstamo la condición de prestamista.

“Los préstamos concedidos quedarán sujetos al régimen jurídico al que estén sometidos” (art. 74.1 LFFE). Ello significa que la ley no impide la aplicación de las normas jurídicas que correspondan, en función del tipo de préstamo. En consecuencia, si ese préstamo cae dentro del ámbito de aplicación (objetivo y subjetivo) de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante, LCCC), el préstamo se registrará por esta Ley.

Al margen de la posible aplicación de otros textos legales, la propia LFFE contiene unos “requisitos aplicables a los préstamos”, expuestos en los arts. 74 a 77. Estos requisitos se aplican a todo préstamo concedido a través de una PFP, con independencia de que el promotor o el inversor sean o no un consumidor. Estos requisitos se concretan en tres reglas:

1. Los proyectos no podrán incorporar una garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual del prestatario (art. 74.2 LFFE). La regla sólo se aplica al prestatario persona física, que es el único que por definición puede tener una vivienda habitual. La norma sólo impide los préstamos garantizados con hipoteca sobre la vivienda familiar, pero no cualquier otro tipo de garantía, como claramente se deduce del art. 76.1.f) LFFE. Por lo tanto, puede haber préstamos garantizados con hipoteca sobre otro inmueble, con garantías mobiliarias (pe., hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento) o con fianza u otras garantías personales. Corresponde a la PFP comprobar que los proyectos

de financiación presentados por los promotores no incluyen garantías hipotecarias sobre la vivienda habitual del prestatario.

La prohibición del art. 74.2 LFFE hay que ponerla en relación con la del art. 87 LFFE: “las plataformas de financiación participativa no publicarán proyectos en los que los consumidores soliciten un préstamo o crédito con garantía hipotecaria”. Presumiendo la racionalidad del legislador (¡aunque sea mucho presumir!), hay que entender que su ámbito de aplicación es diferente. El art. 87 LFFE rige para los préstamos en los que el prestatario (promotor) es un consumidor, mientras que el art. 74.2 LFFE entra en juego cuando el prestatario persona física no es consumidor. En el primer caso los préstamos no pueden estar garantizados con hipoteca. En el segundo sí, aunque la garantía hipotecaria no podrá recaer sobre la vivienda habitual.

Hay que plantearse qué concepto de “consumidor” es el que maneja el art. 87 LFFE. Como la LFFE no contiene una definición específica, lo razonable es aplicar el concepto de consumidor del art. 3 TRLGDCU, y no el del art. 2.1 LCCC. Esta decisión tiene consecuencias prácticas, pues también será consumidor una persona jurídica o incluso un ente sin personalidad jurídica (para el art. 2.1 LCCC sólo es consumidor de crédito una persona física).

2. Información sobre el promotor que capta la financiación (art. 75 LFFE). Si el promotor es una persona jurídica, los proyectos de financiación participativa deberán contener la información prevista en el art. 78 LFFE (relativo a la información sobre el promotor que emite valores). En cambio, si el promotor es una persona física, los proyectos deberán contener, al menos, la siguiente información: curriculum vitae del promotor, domicilio a efectos de notificaciones, y descripción de la situación financiera y endeudamiento. Toda esta información deberá ser publicada por la PFP a través de su página web (art. 70.2 LFFE). Pero se permite que la PFP pueda ocultar preliminarmente la identidad del promotor, siempre que garantice que los inversores puedan conocer tal identidad en algún momento anterior a la efectiva aportación de los fondos (art. 75.3 LFFE), o más exactamente, a la efectiva celebración del contrato de préstamo.

En relación con esta información sobre el promotor, se impone a la PFP el deber de comprobar su identidad y de identificarlo debidamente (art. 66.2 LFFE), con el fin de evitar fraudes. A la situación financiera y de endeudamiento del promotor, y al control de su solvencia, me refiero más adelante (v. apartado IV).

3. Información sobre los préstamos (art. 76 LFFE). Los proyectos de financiación participativa deben contener, al menos, la información sobre los préstamos que se menciona en el art. 76.1 LFFE: a) una breve descripción de las características esenciales

del préstamo y de los riesgos asociados a la financiación. b) Modo de formalización del préstamo y, en caso de formalización mediante escritura pública, lugar de su otorgamiento e indicación de quién correrá con dichos gastos. c) Descripción de los derechos vinculados a los préstamos y su forma de ejercicio, incluida cualquier limitación de esos derechos. Se incluirá información sobre la remuneración y amortización de los préstamos, y limitaciones a la cesión.

En particular, deberán incorporar la siguiente información (art. 76.2 LFFE): a) El tipo de préstamo, importe total del préstamo y la duración del contrato de préstamo. b) La tasa anual equivalente, calculada de acuerdo con la fórmula matemática que figura en la parte I del anexo I de la LCCC. c) El coste total del préstamo incluyendo los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos incluyendo los de servicios accesorios con excepción de los de notaría. d) La tabla de amortizaciones con el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el promotor. e) El tipo de interés de demora, las modalidades para su adaptación y, cuando procedan, los gastos por impago y una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago. f) En su caso, las garantías aportadas, la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y de reembolso anticipado y eventual derecho de los prestamistas a recibir indemnización.

El contrato de préstamo tiene como partes al promotor y al inversor (prestamista). Así se deduce de toda la regulación contenida en la LFFE, y se establece expresamente en el art. 51.1.b) LFFE: entre las funciones de las PFP está la de establecer canales de comunicación “para facilitar la contratación de la financiación entre inversores y promotores”. También resulta de la calificación de las PFP como intermediarios de crédito (art. 86 LFFE). Aunque la PFP no sea parte del contrato de préstamo, se prevé que pueda formalizar el contrato de préstamo, actuando en representación del inversor (art. 51.3 LFFE). Es posible que la formalización del contrato se haga en escritura pública [art. 76.1.b) LFFE], lo que sin duda sucederá cuando el préstamo esté garantizado con hipoteca inmobiliaria. No será extraño que el modelo de contrato de préstamo haya sido puesto a disposición de las partes por la PFP [art. 51.2.d) LFFE].

III. La aplicación del derecho de consumo a las relaciones entre las plataformas de financiación participativa, los promotores y los inversores.

El *crowdfunding* puede dar lugar a relaciones entre tres sujetos: la plataforma de financiación participativa, el promotor y el inversor. Esos tres sujetos tienen entre sí relaciones contractuales, que quedan sometidas al derecho de protección de los consumidores cuando uno de ellos es empresario y se relaciona con otro que actúa como consumidor. Como establece el art. 85 LFFE, “la actividad desarrollada por las

plataformas de financiación participativa y las relaciones entre los promotores e inversores estarán sujetas a la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios con las especialidades previstas en este capítulo”. La LFFE se refiere al consumidor o al derecho de consumo en cuatro preceptos (arts. 86 a 89).

Conviene analizar por separado los distintos contratos que pueden celebrar las partes, para analizar si quedan sometidos a no al derecho de consumo.

1. El promotor tiene que celebrar un contrato con la PFP. Este es un presupuesto previo para que después un inversor pueda prestar dinero al promotor. Mediante ese contrato la PFP se obliga a publicar el proyecto de financiación participativa y a desarrollar, establecer y explotar canales de comunicación para facilitar la contratación de la financiación entre promotores e inversores (art. 51.1 LFFE). También podrá prestarle otros servicios auxiliares, algunos de los cuales se recogen en el art. 51.2 LFFE. A cambio de ello el promotor se obliga a abonar una remuneración. La ley obliga a que las PFP informen en su página web de las tarifas aplicables a los promotores e inversores y de la forma de contratación [art. 61.1.h) LFFE].

La PFP es una empresa y tiene siempre la consideración de “empresario” a los efectos del TRLGDCU. El promotor será consumidor si concurren los requisitos del art. 3 TRLGDCU, que varían según se trate de una persona física o una persona jurídica o un ente sin personalidad jurídica. Como el proyecto de financiación participativa tiene que ser de tipo “empresarial, formativo o de consumo” [art. 49.c) LFFE], cabe concluir que según cuál sea ese proyecto el promotor podrá ser calificado o no como consumidor.

La aplicación del TRLGDCU y demás normativa de protección del consumidor a la relación entre PFP y promotor tiene importantes consecuencias. Así, además de las obligaciones de información general que incumben a la PFP (art. 61 LFFE), la PFP deberá cumplir el art. 60 TRLGDCU, sobre información precontractual, y las demás normas del TRLGDCU sobre contratos con consumidores. Igualmente, el contrato que celebren queda sometido al control de incorporación y de contenido (prohibición de cláusulas abusivas), en los términos previstos en los arts. 80 y ss. TRLGDCU.

La PFP como regla no puede conceder crédito al promotor, pero excepcionalmente se admite [art. 52.2.c) LFFE]. En tal caso ese préstamo queda sometido a la LCCC, además de a las reglas que sobre el particular contiene la LFFE y a las normas generales de protección al consumidor.

Además, cuando el promotor es un consumidor la PFP tiene la consideración de intermediario de crédito, en los términos previstos en las Leyes 2/2009 y 16/2011 (art. 86 LFFE). Sobre ello me detendré más adelante (apartados VI y VII)

2. La PFP y el inversor pueden también celebrar un contrato. No se trata en ningún caso de un contrato de préstamo, sino de contratos de prestación de servicios. La LFFE carece de una regulación coherente sobre este punto, pero en varios preceptos se hace ver que el inversor y la PFP pueden celebrar contratos. Así, uno de los servicios que puede prestar la PFP consiste en “el análisis de los proyectos de financiación participativa recibidos, la determinación del nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores y la determinación de cualquier otra variable que resulte útil para que los inversores tomen la decisión de inversión” [art. 51.2.b) LFFE]. Ese servicio sólo puede prestarlo a los potenciales inversores (no a los promotores), y lo normal es que se preste a cambio de remuneración. También puede prestar servicios que consisten en “la reclamación judicial y extrajudicial de los derechos de crédito, actuando en representación de los inversores” [art. 51.2.f) LFFE]; servicios éstos que de nuevo sólo pueden prestarse a los inversores. Además, las PFP deben informar en su web de “las tarifas aplicables a los inversores” [art. 61.1.h) LFFE]. Y si tienen derecho a exigir una remuneración a los inversores es porque le prestan un servicio, conforme al contrato celebrado.

Las PFP no pueden realizar recomendaciones personalizadas a los inversores sobre los proyectos de financiación participativa [art. 52.2.b) LFFE]. Sí pueden analizar los proyectos de financiación participativa recibidos, determinar el nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores y transmitir esa información en términos objetivos a los posibles inversores. Pero sin ir acompañada de una recomendación personalizada. Por eso esa actividad no constituye asesoramiento financiero [art. 51.2.b) LFFE].

Las PFP son siempre empresarios, y los inversores pueden ser consumidores o no. Si son consumidores la relación entre la PFP y los inversores está sometida al derecho de consumo.

3. El promotor y el inversor celebran un contrato de préstamo, mediante el cual éste último (prestamista) entrega una cantidad de dinero a aquél (prestatario), quien se obliga a restituirlo en los plazos estipulados junto al tipo de interés pactado. Si el promotor es un consumidor y el inversor un empresario, se aplicará también la normativa de protección de consumidores, en particular la Ley 16/2011. Además ese contrato queda sometido al régimen de cláusulas abusivas, siempre que las mismas hayan sido predispuestas e impuestas por el empresario, y al margen de que ese modelo de contrato

haya sido redactado y suministrado al empresario por la PFP, como permite el art. 51.2.d) LFFE.

Conviene destacar que tanto los promotores como los inversores tienen la consideración de clientes de la PFP (art. 60.2 LFFE). Además, las relaciones entre la PFP y sus clientes está sujeta “a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros y, en particular, a lo establecido en los artículos 29 y 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero” (art. 85 LFFE). Estos preceptos, y la normativa que los desarrolla (básicamente, la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras), obligan a la PFP a disponer de un departamento o servicio de atención al cliente, que será el encargado de resolver las quejas y reclamaciones de los consumidores. Y pueden también tener, si lo desean (no están obligadas), un Defensor del Cliente. Si la reclamación formulada ante el departamento o servicio de atención al cliente es desestimada (o transcurren dos meses desde su presentación sin haber obtenido respuesta), el cliente podrá presentar su reclamación ante el Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en los términos previstos en el art. 30 de la Ley 44/2002.

IV. La consideración como crédito al consumo del crédito concedido por el inversor al promotor, y la aplicación de la Ley 16/2011. En particular, la obligación de evaluar la solvencia del promotor consumidor.

Si el inversor es un “prestamista” en los términos previstos en el art. 2.2 LCCC, y el promotor un “consumidor” tal y como está definido en el art. 2.1 LCCC, el contrato queda sometido a la LCCC (salvo que se trata de un supuesto excluido por el art. 3 LCCC).

En tal caso, además de las normas sobre préstamos de la LFFE (arts. 74 a 76), el consumidor de crédito dispone, en principio, de todos los derechos reconocidos en la LCCC. Sin embargo, la dinámica que conduce a la perfección del contrato es distinta de la habitual. En un préstamo al consumo “normal”, el consumidor se dirige a un prestamista (o a varios) solicitando la concesión de crédito; el prestamista analiza su solvencia y la oportunidad de negocio, y decide (o no) celebrar el contrato, en los términos que considera convenientes, mediante modelos contractuales con condiciones generales de la contratación previamente redactados por él. En el *crowdfunding* la cosa es distinta: el promotor (futuro prestatario) diseña un proyecto de financiación participativa, en el que constan ya las características de los préstamos que precisa (art.

76.2 LFFE); y esos préstamos se “lanzan al mercado” a través de una PFP. Por tanto, es el futuro prestatario, y no el prestamista, el que diseña el modelo de préstamo.

El proceso de formación del contrato de préstamo hace que muchos de los derechos que la LCCC concede al consumidor en la fase precontractual carezcan de sentido o tengan un alcance diferente. Por ejemplo, la detallada información precontractual exigida en el art. 10.2 LCCC tiene por fin garantizar que el futuro prestatario recibe toda la información que precisa para tomar una correcta decisión sobre si contratar o no con ese prestamista. El promotor de la LFFE no tiene esa necesidad, pues las características del préstamo las establece él mismo en el proyecto de financiación participativa. Desde este punto de vista, no tiene sentido que se obligue al prestamista a facilitar al consumidor una información precontractual sobre las características del préstamo, pues esas características han sido diseñadas por el propio consumidor (promotor).

Algo parecido sucede con la oferta vinculante del art. 8 LCCC. El consumidor puede solicitar al prestamista que le entregue un documento que será jurídicamente considerado como una oferta de contrato, que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días (durante ese tiempo es irrevocable). En realidad, esta oferta de contrato puede solicitarla el consumidor en cualquier momento, pero el prestamista no está obligado a atender esta petición. Sólo deberá hacerlo cuando, una vez analizada la solvencia del consumidor, el prestamista esté dispuesto a contratar con él. Tampoco este precepto encaja bien con la concesión de préstamo en el *crowdfunding*. No tiene sentido que el promotor solicite ofertas de contrato a los prestamistas para poder comparar las mismas y escoger la que le resulte más “rentable”, pues el proyecto de financiación participativa ya indica cuáles son las características esenciales del préstamo.

También la obligación de asistencia del art. 11 LCCC plantea dificultades. Con carácter general, este precepto obliga al prestamista a dar al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesta se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera. No se trata de un deber de consejo o de asesoramiento en sentido estricto, ni de repetir la información dada en la fase precontractual, sino de asegurarse de que el consumidor la entiende para que él pueda juzgar si el contrato se adecúa a sus necesidades y situación financiera. Con ese fin el prestamista tendrá que dar las explicaciones que el consumidor precise. Si la finalidad del art. 11 LCCC es que el consumidor, con esa asistencia del prestamista, pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, no tiene mucho sentido que se haga cuando el futuro prestatario (promotor) ya ha invertido tiempo y dinero en diseñar un proyecto de financiación participativa, ya ha contratado con la PFP y ya está diseñado el modelo de préstamo que necesita.

Se han señalado las dificultades que plantea la aplicación al *crowdfunding* de algunas normas de la LCCC que pretenden tutelar al consumidor de crédito en la fase previa a la celebración del contrato. En todo caso, habrá que aplicar la LCCC, no sólo porque ésta tenga carácter imperativo, sino porque la misma incorpora al derecho español la Directiva 2008/48/CE. Y la inaplicación de algunos preceptos al caso que nos ocupa implicaría un incumplimiento de la Directiva europea, lo que no resulta posible.

Una mención especial merece la obligación de evaluar la solvencia del consumidor. Según el art. 14 LCCC, el prestamista está obligado a evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente. Se trata de que se concedan préstamos de forma “responsable”, lo que evitará, entre otras cosas, el sobreendeudamiento del consumidor.

Sobre el tratamiento en la LFFE de la solvencia del promotor, hay que destacar que el proyecto de financiación participativa que elabora el promotor y presenta a una PFP debe contener, entre otras, una “descripción de la situación financiera y endeudamiento” del promotor [art. 75.2.c) LFFE]. Corresponde al promotor la elaboración de esa “descripción” sobre su situación financiera. La LFFE establece que la PFP deberá evaluar con la debida diligencia la admisión de proyectos de financiación y su adecuación a los requisitos establecidos en este capítulo (art. 66.1 LFFE), pero en ningún lugar se exige como requisito para ser promotor que ese sujeto tenga una solvencia adecuada. Por otra parte, las PFP se asegurarán de que la información publicada en la plataforma “sea completa conforme a lo previsto en este capítulo” (art. 71.1 LFFE). Pero las PFP no responden de la veracidad de esa información. Es más, las PFP ni siquiera tiene que revisar la información facilitada por el promotor, según sostiene el art. 61.1.d) LFFE. Por lo tanto, la responsabilidad de la información suministrada es del propio promotor, pues como señala el art. 73 LFFE, “los promotores serán responsables frente a los inversores de la información que proporcionen a la plataforma de financiación participativa para su publicación”

En definitiva, conforme a la LFFE la PFP responde de que exista en el proyecto de financiación una “descripción de la situación financiera y endeudamiento” del promotor. Pero no responde de la veracidad de ese documento, y de que esa sea realmente la situación financiera del promotor. Es el propio promotor, que es quien elabora ese documento, el responsable de la veracidad de su contenido. Además, la LFFE no prevé mecanismos para comprobar que la situación de solvencia del promotor es la que él mismo dice tener en el proyecto de financiación que presenta. Las PFP no tienen atribuidas funciones de “control” de esa solvencia o de comprobación de la veracidad de lo que sobre el particular se contiene en el proyecto de financiación.

La LFFE no contiene mecanismo alguno para controlar la solvencia del promotor. Pero lo que sí hace es imponer a las PFP el deber de “informar” y “advertir” de determinados riesgos. Así, debe advertir a los promotores que tengan la condición de consumidor del riesgo de endeudamiento excesivo que puede implicar la obtención de financiación (art. 88 LFFE). Y debe advertir a los futuros inversores del riesgo que implica la participación en los préstamos, y en concreto, del riesgo de pérdida total o parcial del capital invertido [art. 61.1.b) LFFE]; y asimismo debe informarles que la PFP no es una entidad de crédito y que las cantidades prestadas no están cubiertas por el fondo de garantía de depósitos ni por ningún otro fondo [art. 61.1.c) LFFE].

Tras lo expuesto, hay que plantearse si cabe aplicar el art. 14 LCCC al caso que nos ocupa. No hay ninguna razón que lo impida, por lo que la norma debe desplegar sus efectos con normalidad. Lo contrario supondría un incumplimiento de la Directiva 2008/48/CE.

La LCCC tiene también normas que protegen al consumidor en la fase de perfección del contrato de crédito (forma y contenido del contrato) y en la fase de ejecución (modificación del coste total del crédito, cesión del crédito, cobro de lo indebido, contratos vinculados, obligaciones cambiarias, reembolso anticipado del crédito, desistimiento, etc.). Todos estos preceptos son aplicables al préstamo al consumo concedido mediante *crowdfunding*, lógicamente siempre que concorra el supuesto de hecho del precepto. Así, por ejemplo, las reglas que tutelan al consumidor en caso de celebración de dos contratos vinculados no son de aplicación, porque el contrato de consumo y el de préstamo no constituyen “una unidad comercial desde un punto de vista objetivo” (art. 29.1 LCCC), esto es, porque el préstamo no se ha obtenido debido a la colaboración planificada entre prestamista y proveedor del bien o servicio financiado.

V. La inaplicación de la Ley 2/2009 al contrato de préstamo celebrado entre el promotor (consumidor) y el inversor.

El contrato de préstamo que celebran el promotor (consumidor) y un inversor no queda en ningún caso sometido a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Como su propio nombre indica, esta Ley se aplica a dos tipos de contratos: contratos de préstamo o crédito hipotecario celebrados entre un consumidor y un prestamista que no es una entidad de crédito, y contratos de intermediación para la celebración de un

contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad a un consumidor, al margen de que el crédito que se intermedia sea al consumo o un crédito hipotecario. Esta segunda hipótesis se examinará más adelante (epígrafe VII).

Me detengo ahora en el primer tipo de contrato, que es el único que vincula a prestamista y consumidor: contrato de préstamo o crédito hipotecario. Si el contrato de préstamo, concedido por un prestamista que no sea una entidad de crédito, no está garantizado con hipoteca, la Ley 2/2009 no entra en juego. Pero resulta que los préstamos garantizados con hipoteca no pueden ser objeto de *crowdfunding* conforme a la LFFE: lo prohíbe el art. 87 LFFE. Por esta razón, el préstamo que celebren el promotor y el inversor nunca va a estar sometido a la Ley 2/2009, porque por definición ese préstamo no estará garantizado con hipoteca.

VI. La consideración de la plataforma de financiación participativa como intermediario de crédito a los efectos de la Ley 16/2011.

El art. 86 LFFE dispone que cuando el promotor es un consumidor, la PFP tiene la consideración de intermediario de crédito a efectos de las Leyes 2/2009 y 16/2011, estableciendo reglas particulares sobre la aplicación de estas leyes a la PFP.

A un lector profano en la materia llamará poderosamente la atención que la figura del intermediario de crédito tenga una doble regulación en nuestro derecho, contenida en las Leyes 2/2009 y 16/2011. Su tratamiento en la Ley 2/2009 se explica por la proliferación en esa época de empresas, que no entran dentro de la categoría de entidades de crédito, que realizan labores de intermediación de préstamos, que son especialmente activas en lo relativo a la agrupación de deudas. La necesidad de regular esta actividad y de proteger al consumidor provocó la publicación de la Ley 2/2009. Los motivos por los que se publica la Ley 16/2011 y se contempla en ella al intermediario de crédito son diferentes: la transposición de la Directiva 2008/48/CE. Esta Directiva se ocupa de los intermediarios de crédito, por lo que también debía hacerlo la ley nacional que la incorpora a nuestro derecho. Esta doble regulación es inadecuada, pues el ámbito de aplicación de las dos Leyes se superpone parcialmente, lo que dificulta la averiguación de la normativa aplicable y genera, por ello, inseguridad jurídica.

La Ley 16/2011 define al intermediario de crédito como la persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que en el transcurso de su actividad comercial, contra una remuneración: 1º presenta u ofrece contratos de crédito; 2º asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito; o 3º celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista (art. 2.3 LCCC). No está claro si, en ausencia

del art. 86 LFFE, la PFP debería ser considerada intermediario de crédito. Es cierto que la LCCC parece pensar en el intermediario como sujeto que ofrece contratos de crédito a posibles prestatarios. Pero como alude simplemente a aquel que “presenta u ofrece contratos de crédito”, también lo es aquél que presenta esos contratos a futuros prestamistas, que es precisamente lo que hace la PFP.

Sea como fuere, lo cierto es que el art. 86.2 LFFE establece que la PFP es una intermediaria de crédito a efectos de la Ley 16/2011, siempre que el promotor (prestatario) sea un consumidor, y al margen –añado yo- de que los inversores (prestamistas) sean o no consumidores.

Las obligaciones que la LCCC impone a los intermediarios de crédito pueden agruparse en dos bloques: a) Obligaciones específicas de los intermediarios de crédito (art. 33 LCCC); b) Obligaciones que se imponen al prestamista con respecto al consumidor, pero que se extienden al intermediario cuando las actividades de carácter precontractual a las que afectan estas obligaciones se realizan por parte del intermediario (arts. 9 a 13 LCCC).

En relación con el primer tipo de obligaciones, el art. 86.2 LFFE no introduce ninguna novedad. En consecuencia, las obligaciones de información que se imponen en el art. 33.1 LCCC a los intermediarios de crédito deben también ser cumplidas por las PFP. Resulta, sin embargo, que este precepto impone obligaciones precontractuales de información que casan mal con el funcionamiento de las PFP y con el modo de producirse la concesión de créditos.

En efecto, el art. 33.1.a) LCCC obliga a los intermediarios de crédito a indicar en la publicidad y en cualquier documento precontractual el alcance de sus funciones y representación (que él es un intermediario de crédito, con una descripción sencilla de los servicios que ofrece) y si se trata de un intermediario vinculado (que trabaja con uno o varios prestamistas) o independiente. En el caso del *crowdfunding* el promotor ya sabe que la PFP es una intermediaria de crédito, que le ayudará a él a buscar los financiadores que precisa para poder ejecutar con éxito el proyecto de financiación participativa. Además, por su propia naturaleza la PFP es un intermediario independiente, pues no puede tener una relación contractual con uno o varios prestamistas. A pesar del silencio de la LFFE, entiendo que el art. 33.1.a) LCCC no rige para las PFP. Pues si el art. 19.3 de la Ley 2/2009, que es idéntico al art. 33.1.a) LCCC, no se aplica a las PFP, por expresa disposición del art. 86.1.c) LFFE, lo mismo habrá de suceder con el art. 33.1.a) LCCC.

El art. 33.1.b) LCCC obliga al intermediario a informar al consumidor de la remuneración que, en su caso, debe abonarle, debiendo fijarse la cuantía exacta de esa remuneración antes de que se celebre el contrato de crédito. Se trata de que el consumidor pueda saber, antes de concertar el préstamo, el coste de la intermediación. En el caso del *crowdfunding* es evidente que el promotor ya conoce el coste de la intermediación, pues el promotor ha celebrado un contrato con la PFP para que éste divulgue el proyecto de financiación participativa y pueda conseguirse la financiación que precisa. En ese contrato ha de indicarse ya cuál es la remuneración de la PFP.

Más sentido tiene la regla del art. 33.1.c) LCCC: el intermediario de crédito que recibe una remuneración del consumidor debe informar al prestamista de su cuantía, a efectos del cálculo de la tasa anual equivalente. Esta obligación debe cumplirla también la PFP.

La LCCC contiene un segundo bloque de obligaciones para los intermediarios de crédito. Se trata de obligaciones de carácter precontractual que se imponen a los prestamistas y que la LCCC extiende a los intermediarios de crédito (arts. 9 a 13 LCCC).

En relación con el segundo bloque de obligaciones que se imponen en la LCCC a los intermediarios de crédito (las obligaciones del prestamista que se extienden también al intermediario), si éstos quedan sometidos a las previsiones establecidas en los arts. 9 a 13 LCCC, también habrán de estarlo las PFP. Sin embargo, el art. 86.2 LFFE excluye a las PFP de dos obligaciones: la presentación de la oferta vinculante del art. 8 LCCC, y las obligaciones precontractuales de información de los arts. 9 y 10 LCCC. El precepto hace depender la exclusión de estas dos obligaciones del hecho de que el proyecto de financiación participativa esté publicado en una PFP que haya obtenido la preceptiva autorización de la CNMV y se halle inscrita en el registro correspondiente de la CNMV. Lo que siempre sucede, pues inscripción y registro son presupuestos indispensables para que la PFP pueda actuar como tal (arts. 53 y 54 LFFE).

De la inaplicación de los arts. 8 a 10 LCCC a las PFP se puede deducir *a contrario* que las PFP sí quedan sometidas a los demás preceptos de la LCCC, entre otros, al art. 11 LCCC. Sin embargo, ya se ha señalado como la obligación de asistencia del art. 11 LCCC tiene mal encaje con la concesión de préstamos a través del *crowdfunding*. Lo que sí pueden hacer las PFP es prestar a los promotores asesoramiento de otro tipo: asesorarles en relación con la publicación del proyecto en la plataforma, incluyendo la prestación de servicios de asesoramiento en las áreas de tecnología de la información, marketing, publicidad y diseño [art. 51.2.a) LFFE].

En cuanto a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, el art. 14 LCCC considera que el sujeto obligado por este precepto es el prestamista, y no el intermediario de crédito. Por lo tanto, la PFP, como cualquier otro intermediario de crédito, no está sujeta al art. 14 LCCC, y no está obligada a evaluar la solvencia del promotor (prestatario).

Una última reflexión sobre la inaplicación de los arts. 8 a 10 LCCC a las PFP. Si las PFP son intermediarios de crédito conforme a la LCCC, la no aplicación a las mismas de esos preceptos puede suponer un incumplimiento de la Directiva 2008/48/CE, al no respetarse el mínimo de protección instaurado en la norma comunitaria.

VII. La consideración de la plataforma de financiación participativa como intermediario de crédito a los efectos de la Ley 2/2009.

La Ley 2/2009 regula la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción [art. 1.1.b).I Ley 2/2009]. Para que se aplique esta ley es necesario que el intermediario no sea una entidad de crédito o un agente de la misma (art. 1.2).

Las PFP tienen la consideración de intermediarios de crédito a efectos de la Ley 2/2009, no sólo porque caen dentro de la definición de intermediarios de crédito consagrada en el art. 1.1.b) de la citada Ley, sino porque así lo establece el art. 86.1 LFFE, siempre que el promotor (prestatario) tenga la consideración de consumidor.

Conforme a la Ley 2/2009, a los estos intermediarios les serán de aplicación la obligación de inscripción en el Registro de empresas, con carácter previo al inicio de su actividad (art. 4 de la Ley 2/2009, desarrollado por el RD 106/2011, de 28 de enero), las obligaciones de transparencia en relación con los contratos (art. 4 Ley 2/2009), las obligaciones de transparencia en relación con los precios (art. 5), la obligación de disponer de un tablón de anuncios (art. 6), de haber suscrito un seguro de responsabilidad civil o un aval bancario (art. 7 y RD 106/2011). Además, les son igualmente de aplicación las normas contenidas en esta Ley 2/2009 relativa a la publicidad y comunicaciones comerciales (art. 19), información previa al contrato (art. 20), forma del contrato (art. 21.1), posibilidad de desistimiento por parte del consumidor (art. 21.2), y las obligaciones que se les impone en el artículo 22.

Estas mismas obligaciones se aplican también a las PFP, con las siguientes matizaciones, establecidas en el art. 86.1 LFFE:

a) No será de aplicación la obligación de registro establecida por el art. 3 de la Ley 2/2009. Este precepto obliga a los intermediarios de crédito a inscribirse en los registros de las Comunidades Autónomas correspondientes a su domicilio social o en el Registro estatal creado por el RD 106/2011. Desde el momento en el que las PFP están ya registradas en la CNMV (art. 54 LFFE) no tiene sentido exigirles también su inscripción en otros registros.

b) No será de aplicación la obligación de disponer de un seguro de responsabilidad civil o aval bancario establecido en los arts. 7 de la Ley 2/2009 y 12 del RD 106/2011. También esta norma tiene sentido, pues las PFP deben disponer de un seguro de responsabilidad civil profesional, un aval o una garantía equivalente con una cobertura mínima de 300.000 € por reclamación [art. 56.1.b) LFFE], cifra similar a la contemplada en el art. 12.2 RD 106/2011.

c) No serán de aplicación las obligaciones sobre comunicaciones comerciales y publicidad y las obligaciones adicionales a la actividad de intermediación de los arts. 19.3 y 22 de la Ley 2/2009. El art. 19.3 de esta Ley obliga a los intermediarios de crédito a “indicar, en sus comunicaciones comerciales y publicidad, el alcance de sus funciones y representación, precisando, en particular, si trabajan en exclusiva con una entidad de crédito o empresa o vinculadas con varias entidades de crédito u otras empresas, o como intermediarios independientes”. La redacción es casi idéntica al art. 33.1.a) LCCC. Pero mientras la LFFE expresamente excluye la aplicación a las PFP del art. 19.3 de la Ley 2/2009, guarda silencio sobre el art. 33.1.a) LCCC. Esta incongruencia debe solventarse en el sentido de sostener que el art. 33.1.a) LCCC no puede aplicarse a las PFP. Por otra parte, tampoco se aplica a las PFP las obligaciones adicionales recogidas en el art. 22 de la Ley 2/2009.