



www.uclm.es/centro/cesco

¿EN QUÉ CONDICIONES PUEDEN LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA EXTRANJERAS CAPTAR EL AHORRO DE INVERSORES ESTABLECIDOS EN ESPAÑA?

Elisa Torralba

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid*

Fecha de publicación: 3 de abril de 2014

I.- Introducción

El Anteproyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial recoge en su Título V el “Régimen jurídico de las Plataformas de Financiación Participativa”, entendiéndose por ellas a *“las sociedades que pongan en contacto a través de páginas web a una pluralidad de inversores con promotores de proyectos de financiación participativa”*, con las exclusiones previstas en el artículo 47. El artículo 43.2 del Anteproyecto reserva la actividad descrita a estas Plataformas (en adelante “PFP”) que *“deberán cumplir el régimen jurídico establecido en la presente norma y el las demás disposiciones legales y reglamentarias que les sean de aplicación”*.

La actividad de las PFP no está regulada por el legislador europeo por lo que es posible una gran divergencia en su tratamiento no sólo entre legislaciones extraeuropeas, sino también dentro de Europa. Están sujetas a la normativa española las Plataformas que tengan su domicilio social en España, donde también debe radicar su efectiva administración y dirección. El Anteproyecto contempla dos categorías de disposiciones que regulan el régimen de las PFP: por un lado, las que podemos calificar de relativas a su “estructura” (régimen de autorización y supervisión, requisitos de capital, normas de conducta, etc, contenidos esencialmente en los artículos 43 a 58 y 74 a 79) y por otro las que se refieren a sus relaciones con los promotores y los inversores (artículos 59 a 73). Las primeras se aplican a las PFP con domicilio social en España, mientras que respecto de las segundas es posible cuestionar su aplicación a PFP establecidas en otros Estados, pero que presten sus servicios a promotores o inversores establecidos en territorio español.

En esta nota no se abordan las cuestiones de Derecho Europeo relativas al ejercicio de la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios y la compatibilidad de la regulación del Anteproyecto con tales libertades, sino únicamente las cuestiones de Derecho Privado que se suscitan en los casos en los que promotores o inversores establecidos en España actúan a través de Plataformas situadas en terceros Estados, de la UE o de fuera de ella. Por otra parte sólo nos ocupamos de las PFP que capten dinero de los inversores en forma de préstamo y no de otras modalidades..

II.- Esquema contractual habitual

A esos efectos puede resultar útil recordar, muy resumidamente, el esquema contractual ordinario a través del que operan las PFP, sin perjuicio de que existan otras modalidades posibles que podrían modificar algunas de las conclusiones que se alcanzan en esta nota. Los pasos son los siguientes: 1.- El inversor se da de alta en la PFP y posteriormente suscribe con ella un contrato de mandato, mediante el que autoriza para que ésta gestione y celebre por nombre y cuenta de aquél los contratos de préstamo que el inversor haya seleccionado. A través de la página web de la PFP, el inversor tendrá acceso a las solicitudes publicadas por las personas que estén interesadas en recibir cantidades en préstamo y a las condiciones de la solicitud.

2.- El inversor realiza un pago a la PFP en concepto de “reserva” y dispone a continuación de un plazo determinado en el que deberá realizar la correspondiente transferencia a la cuenta bancaria que indique la PFP, entendiéndose que en el momento que realiza la transferencia bancaria presta su conformidad con la cuantía, el plazo para la devolución del préstamo y el resto los términos y condiciones del contrato de préstamo. En el supuesto de no realizarse la transferencia bancaria, el importe de la reserva se pierde para el inversor.

3.- El contrato de préstamo se celebrará por la PFP en nombre de los inversores cuando se haya alcanzado determinado porcentaje predefinido de la financiación solicitada.

4.- Celebrado el contrato de préstamo, el promotor del proyecto de financiación (prestatario) formalizará ante notario una escritura de reconocimiento de deuda en la que se detallará las condiciones del contrato de préstamo.

III.- La actuación de las PFP extranjeras: Derecho aplicable

Para abordar adecuadamente los problemas de Derecho aplicable que se pueden suscitar en los casos en los que inversores y/o promotores establecidos en España actúan a través de PFP extranjeras se van a exponer en primer lugar las reglas de Derecho internacional privado



www.uclm.es/centro/cesco

esenciales en este ámbito para analizar a continuación su aplicación en los dos niveles de relaciones que se plantean en el funcionamiento típico de las PFP: (i) las que se entablan entre las PFP y sus clientes (promotores e inversores) y (ii) las que se entablan entre promotores e inversores (contrato de préstamo).

1.- Las normas de conflicto de leyes

El Reglamento Roma I es el texto fundamental para determinar el Derecho aplicable a una relación contractual. Este texto parte de la autonomía de la voluntad como primer criterio (artículo 3) al establecer que las partes en un contrato pueden escoger libremente el ordenamiento por el que se rige, que no tiene porqué estar vinculado con aquél. Para los casos en que las partes no escogen el Derecho aplicable, el artículo 4 prevé una serie de conexiones objetivas para distintos tipos contractuales y una cláusula de cierre en virtud de la cual si el contrato es de un tipo no específicamente contemplado se regirá por la ley del Estado de la residencia habitual de su prestador característico, pero, si presentara vínculos manifiestamente más estrechos con otro ordenamiento, se aplicará este último.

No obstante, para los contratos de consumo en los que el consumidor puede calificarse de “pasivo” existen reglas especiales destinadas a proteger a quien es considerado parte débil. A estos efectos un contrato es de consumo si una de las partes actúa “*para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional*” y la otra parte lo hace en ejercicio de dicha actividad comercial o profesional (artículo 6.1 del Reglamento).

Además, para que un consumidor sea considerado pasivo es necesario que “*a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades*”. En esos casos la elección de ley contenida en el contrato no puede privar al consumidor de la protección que le proporcionan las normas imperativas del Estado de su residencia habitual y, si no hay pacto, será esta última ley la aplicable al contrato.

Si el consumidor no puede ser calificado de pasivo, la cláusula de elección de ley puede, no obstante, no ser considerada válida por abusiva, ya que las disposiciones de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, serían, en todo caso, aplicables a través de la correspondiente norma de transposición (artículo 23 del Reglamento). En defecto de elección de ley o en caso de elección nula, el contrato se regirá por el ordenamiento que determinen las reglas generales contenidas en el artículo 4 del Reglamento.

En ese contexto el artículo 9 del Reglamento prevé, no obstante que, cualquiera que sea el Derecho que resulte aplicable al contrato, éste no restringirá la aplicación por el juez de las **leyes de policía del foro**. Una ley de policía es *“una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato [...]”*. La inclusión entre esas normas de los artículos 59 a 73 del Anteproyecto puede plantear ciertas dudas, pero, a la luz de la última doctrina del TJUE en la interpretación de este precepto (sentencia de 17 de octubre de 2013, C-184/12, UNAMAR) no cabe descartar que tengan tal consideración, en especial las contenidas en el Capítulo V (“Protección del inversor”).

2.- La relación entre el inversor y la PFP

La relación entre el inversor y la PFP será típicamente una relación de consumo, en la que el primero actúe para una finalidad no profesional, que sí estará presente en la actuación de la segunda. Siendo así, se hace necesario determinar si, además, el inversor es un consumidor pasivo. A la vista de lo señalado, que lo sea o no depende de que puede afirmarse que la PFP ha dirigido sus actividades a España- Estado de la residencia habitual del inversor- o no lo ha hecho.

Como siempre que el servicio se oferta a través de internet la dificultad consiste en determinar cuándo una actividad se dirige al mercado español. La respuesta a esta cuestión no puede ser general, sino que será necesario analizar cada situación particular. Para hacerlo es útil la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010 (as. ac. C-585/08 y C-144/09), en la que afirma que son indicios que permiten considerar que existe la intención de actuar en un mercado: el carácter internacional de la actividad del prestador del servicio, la indicación de itinerarios desde otros Estados miembros hasta el lugar donde está establecido el prestador, la utilización de una lengua o una divisa distintas a las habitualmente empleadas en el Estado miembro de establecimiento del prestador, con la posibilidad de reservar y confirmar la reserva (en el caso se trataba de la venta de ciertos productos a través de la red) en otra lengua, la indicación de números de teléfono con prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en internet que faciliten el acceso al sitio del prestador o sus intermediarios de consumidores en otros Estados miembro, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estados miembros en el que está establecido el prestador y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en distintos Estados miembros, sin que esta lista sea exhaustiva. A cambio, no basta con que la página web del prestador o intermediario sea accesible desde el Estado miembro del domicilio del consumidor, ni con la mención de una dirección electrónica o con la utilización de una lengua o divisa que son las



www.uclm.es/centro/cesco

habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor o el prestador del servicio, por ejemplo.

Por otra parte, en la actualidad es posible en la práctica que el titular de la plataforma conozca el lugar desde el que el inversor accede a su página web, lo que plantea la cuestión de si es necesario establecer filtros que impidan el acceso a quienes estén establecidos en España o al menos les informen de que no ofrecen las garantías y controles exigidas en Derecho español. Pese a que hay opiniones que parecen entender que es así (Pedro de Miguel en pedrodemiguelasensio.blogspot.com, entrada del 2 de junio de 2011) es más adecuado concluir que la internacionalización de la actividad y la proyección de esta al mercado español cuando se actúa a través de internet debe determinarse por un conjunto de circunstancias ligadas básicamente a la configuración de la página y a la conducta de la PFP, algunas de las cuales se han expuesto a título de ejemplo. Cuando no concurren elementos que puedan afirmar esa proyección, el hecho de que tampoco se establezcan medios técnicos para limitar el acceso a los residentes en España no debería poder considerarse como elemento determinante de la voluntad de dirigirse al mercado español.

Según la interpretación propuesta, si de las circunstancias del caso resulta que la PFP se dirige al mercado español, la consecuencia es que el inversor-consumidor es, además, un consumidor pasivo y tiene Derecho a que, pese a la sumisión de su contrato con la plataforma a un ordenamiento distinto, se apliquen las normas imperativas españolas que le protejan, lo que incluye todas normas en materia de protección de consumidores y las contenidas en el Anteproyecto, a las que, pese a no contenerse una manifestación expresa al respecto, cabe concluir que el legislador pretende atribuir carácter imperativo. Del mismo modo, a falta de elección de ley será aplicable la de la residencia habitual del consumidor, es decir, la española.

Siendo así, el mandato del inversor a la PFP para la conclusión de los contratos en su nombre estaría sujeto, en el caso de inversores consumidores pasivos establecidos en España, a los límites y las condiciones establecidos por la norma española, de manera que podría afirmarse que la PFP se ha excedido de sus poderes en los casos en los que no ha respetado los límites previstos en el artículo 70 del Anteproyecto y, en consecuencia, el inversor no quedaría vinculado por el exceso, o que se produce un incumplimiento contractual por parte de la PFP si no proporciona al inversor la información a que se refieren los artículos 71 a 73.

No parece que en estos casos se pueda afirmar que se excluye la aplicación de la regla relativa a consumidores pasivos porque *“los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en el que el mismo tenga su residencia habitual”* (artículo 6.4.a del Reglamento Roma I), porque cuando el servicio se presta a través de



www.uclm.es/centro/cesco

internet, sobre todo de una página dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor, hay que entender que al menos una parte del mismo se presta en dicho Estado.

Si no procede aplicar la regla del artículo 6 de protección del consumidor pasivo, la cláusula de sumisión que en su caso se hubiera pactado, a un ordenamiento distinto del español, puede ser considerada nula por abusiva. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto anterior, la regla supletoria no será ya la contenida en el artículo 6 del Reglamento, sino en su artículo 4, en virtud del cual **el contrato se rige por la ley del Estado de la residencia habitual de prestador característico, que en este caso es la PFP. Esto no implica necesariamente que desaparezca el Derecho español de la ecuación puesto que, como se ha indicado en páginas anteriores, no se puede descartar que se considere que las disposiciones de los artículos 59 a 73 del Anteproyecto, o al menos de los artículos 70 a 73, sean leyes de policía y se impongan incluso si el contrato se rige por un Derecho extranjero.**

3.- La relación entre el promotor y la PFP

Lo señalado respecto de las relaciones entre el inversor y la PFP en el apartado anterior es aplicable *mutatis mutandi* a las que se crean entre el promotor establecido en España y la PFP radicada en el extranjero. No obstante, en la medida en que gran parte de las disposiciones de los artículos 59 a 73 se configuran como reglas de protección del inversor no cabe considerar que puedan ser alegadas por el promotor como “leyes de policía” (salvo que, como las del artículo 60 estuvieran destinadas a protegerle).

4.- La relación entre promotor (prestatario) e inversor (prestamista)

Al definir los proyectos de financiación participativa el artículo 44 del Anteproyecto distingue entre los inversores, que no deben invertir con carácter profesional y los promotores que pueden solicitar financiación para proyectos empresariales o personales. Siendo así, es la finalidad del promotor la que puede tener alguna incidencia en la calificación del contrato.

Si la relación no es de consumo las partes pueden escoger el Derecho por el que pretenden regir su contrato. Si la cláusula de elección de ley se incluye en condiciones generales será necesario que se hubiera informado de la existencia de la misma y hubiera sido posible consultarla antes de la conclusión del contrato o, como mínimo, en el momento de su celebración. A falta de elección el contrato se rige por el Derecho de la residencia habitual del prestador característico, es decir, del inversor en tanto que prestamista. Esto último presenta el inconveniente de que produce un fraccionamiento del Derecho aplicable a un mismo proyecto



www.uclm.es/centro/cesco

de financiación participativa (tantos como residencias habituales de los inversores), lo que es un incentivo indudable a la celebración de cláusulas de elección de ley.

En el supuesto de que, estando el prestamista establecido en España (y con independencia de la localización del prestatario en España o en otro Estado) se hubiera escogido una ley distinta de la española, como rectora del contrato, el artículo 9 del Reglamento puede modificar el alcance de la elección, de manera que, de considerarse las reglas de protección del inversor contenidas en el Anteproyecto imperativas, el no respeto de las mismas puede tener consecuencias sobre la validez del contrato de préstamo, que podría ser considerado nulo por exceder la inversión de los límites previstos o por haberse realizado sin disponer de la información legalmente prescrita. Lo característico de este caso es que tales obligaciones de información o de respeto de las cuantías máximas de inversión recaen sobre la plataforma y no sobre el promotor y, sin embargo, se está planteando la posibilidad de que sea éste el que en última instancia soporte las consecuencias de ese incumplimiento que puede invalidar el contrato. En la medida en que es el inversor quien decide en que PFP quiere ofrecer su proyecto esa consecuencia no resulta excesiva, pero sí puede frustrar sus expectativas sobre todo si se tiene en cuenta que en ciertas ocasiones habrá escogido una PFP y no otra precisamente para no verse obligado a proporcionar cierta información o para obtener el préstamo con mayor facilidad porque no se imponen cuantías máximas a las inversiones.

En los casos en que la relación es de consumo la calificación del inversor como “pasivo” depende de que pueda afirmarse que el promotor establecido en el extranjero “dirigió” su actividad a España- Estado de la residencia habitual del inversor- o no lo hizo. Puesto que el consumidor decidió actuar a través de una PFP determinada para ofrecer su proyecto la conclusión que se alcance, en virtud de lo señalado en páginas anteriores, respecto de los Estados a los que se dirige la web de la plataforma será aplicable al promotor. **Es decir, el promotor alemán que contrató con una PFP alemana que ofrece a través de su web los proyectos en España y consigue de esta manera inversores españoles está celebrando un contrato con un consumidor pasivo español, con la consecuencia de que la sumisión del contrato de préstamo a un Derecho distinto del español no puede producir el efecto de privar al consumidor de la aplicación de las normas imperativas españolas que le protejan.**

Si, por el contrario, el inversor debe ser considerado un consumidor activo, la cláusula de elección de una ley distinta de la española puede ser considerada abusiva. En ese caso, o en ausencia de elección, el contrato se rige por la ley española de la residencia habitual del prestamista.

IV.- Competencia judicial internacional



www.uclm.es/centro/cesco

Las consideraciones anteriores se realizan partiendo de la base de que, de plantearse reclamaciones respecto de los contratos que se analizan, en vía judicial, la competencia corresponderá a los tribunales españoles. Ese será el caso si el contrato litigioso es de consumo y el consumidor domiciliado en España puede ser calificado como pasivo según los criterios ya expuestos (con algunos matices cuando el demandado esté domiciliado fuera de España, en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la LOPJ).

Si, por el contrario, se trata de un consumidor activo o el contrato se ha celebrado entre profesionales los tribunales españoles solo serán competentes: (i) si así se ha pactado, lo que no parece que vaya a ser práctica habitual; (ii) si el demandado está domiciliado en España- lo que no ocurrirá si demandados son la PFP o el promotor extranjeros- o (iii) en caso de demandados domiciliados en la UE si la obligación que sirve de base a la demanda debe cumplirse en España, o, en las relaciones con la PFP, si el servicio se presta en España, lo que puede plantear no pocos problemas de concreción cuando se actúa a través de internet; (iv) en caso de demandados domiciliados fuera de la UE, si el contrato ha nacido o debe cumplirse en España (artículo 22 de la LOPJ), lo que normalmente no ocurrirá en el tipo de relaciones que se han descrito. **En este segundo grupo de casos el tribunal extranjero que conociera del litigio no está obligado a aplicar las normas de policía españolas.**