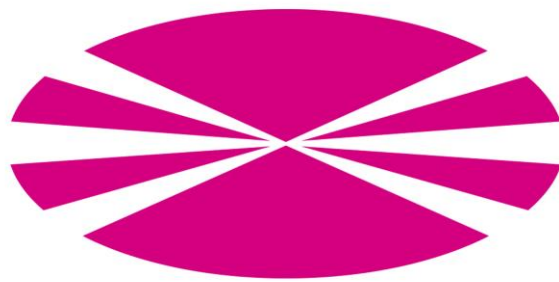


CAMPAÑA DE CROWDFUNDING Y LOS INCUMPLIMIENTOS EN LA ENTREGA DEL PRODUCTO

Trabajo de fin de grado



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

A decorative graphic element consisting of several parallel blue lines that start from the left side and extend diagonally towards the right, creating a sense of movement and depth.

Autor: Javier Suárez de Vivero
Tutor: Fernando Cachafeiro García

Tabla de contenido

0 INTRODUCCIÓN	1
I RELACION ENTRE PROMOTOR Y MECENAS	4
1 Crowdfunding y su regulación específica	4
1.1 Tipos de crowdfunding	4
1.2 Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.....	4
1.3 Crowdfunding de recompensa en otras legislaciones.....	5
2 Crowdfunding de recompensa y contratos similares	5
2.1 La calificación de los contratos.....	5
2.2 La donación	6
2.3 El contrato de servicios	8
2.4 El contrato de obra	9
2.5 El Contrato de compraventa	10
3 Legislación aplicable	11
3.1 Código Civil	11
3.2 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.....	11
3.3 Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.....	12
4 Primera cuestión	12
II RELACION DE LA PLATAFORMA DE CROWDFUNDING CON EL PROMOTOR Y CON LOS MECENAS	13
1 Servicio que presta la plataforma	13
1.1 Al promotor	13
1.2 A los mecenas.....	14
2 Relación contractual de la plataforma con el promotor.....	14
2.1 Contrato de mandato o comisión.....	14
2.2 Contrato de agencia	15
2.3 Contrato de mediación o corretaje	16
2.4 Regulación aplicable	18
3 Relación de la plataforma con los mecenas	21
4 Segunda cuestión	22
III PREPARACIÓN DE LA DEMANDA	23
1 Las partes del proceso	23
1.1 Capacidad para ser parte.....	23
1.2 Capacidad procesal.....	23
1.3 Legitimación	24
2 Demanda contra Ernesto Gutiérrez (promotor)	25
2.1 Fundamentos de derecho	25
2.2 <i>Petitum</i>	26
3 Demanda contra plataforma Lánzanos	26
3.1 Fundamentos de derecho	26
3.2 <i>Petitum</i>	27
4 Jurisdicción, competencia y tipo de proceso	27
4.1 Jurisdicción	27
4.2 Competencia.....	27
4.3 Tipo de proceso	28
5 Tercera cuestión	29
IV PROTECCION DE LOS COMPONENTES DEL JUEGO	30

1	Diferenciación de los componentes	30
2	Reglas y libro de misiones	30
2.1	Las patentes.....	30
2.2	La propiedad intelectual.....	30
3	Tablero y miniaturas	32
3.1	La patente.....	32
3.2	El modelo de utilidad.....	32
3.3	El diseño industrial	32
3.4	La propiedad intelectual.....	33
4	Cuarta cuestión	34
V	PROTECCION DE LA MARCA	36
1	La Marca	36
1.1	Concepto de marca	36
1.2	Función de la marca	36
1.3	Nacimiento del derecho y legitimación activa para proteger la marca	37
1.4	Derechos sobre la marca	37
1.5	Caducidad de la marca	38
2	La Competencia Desleal.	38
2.1	Comparación y diferente objeto respecto a la marca y la Ley de Marcas	38
2.2	Los participantes en el mercado: legitimación activa	39
2.3	Consecuencias del uso de misma grafía y nombre	39
3	Propiedad Intelectual	40
4	Quinta cuestión	40
VI	LA ESTAFA Y OTROS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	42
1	Concepto de patrimonio	42
2	Concepto de estafa	42
3	Elementos objetivos de la estafa	43
3.1	Engaño	43
3.2	Error.....	43
3.3	Disposición patrimonial.....	43
3.4	Perjuicio patrimonial	43
4	Elementos subjetivos de la estafa	43
5	Incardinación del caso en el tipo penal de estafa	44
6	Otros delitos	45
6.1	La administración desleal	45
6.2	La apropiación indebida	45
7	Sexta cuestión	46
VII	CONCLUSIONES	47

CAMPAÑA DE CROWDFUNDING Y LOS INCUMPLIMIENTOS EN LA ENTREGA DEL PRODUCTO

En Junio del año 2013, el empresario y aficionado a los juegos de mesa de los años 80, Ernesto Gutiérrez, con domicilio en Málaga, descubre haciendo una búsqueda en la base de datos pública de registro de marcas nacional, que el registro del nombre del mítico juego de mesa de principios de los noventa, **Cruzada Estelar**, ha llegado a su fin y la empresa que lo tenía registrado no lo ha renovado.

Previendo un posible negocio con su reedición, registra rápidamente la marca Cruzada Estelar a su nombre y comienza los preparativos para llevar a cabo una campaña de crowdfunding con el fin de recaudar fondos.

Se da de alta en el RETA y a finales de ese mismo 2013, publica la campaña en la plataforma Lánzanos, en España, consiguiendo una cifra record de recaudación de 700.000 Euros obtenidos de las donaciones de los 1.500 mecenas que han apoyado el producto.

Lánzanos le ingresa lo recaudado el día 27 de Diciembre de ese mismo año, retirándole de la cantidad un 5% en concepto de comisión por utilizar la plataforma.

En las condiciones de la campaña, Ernesto indicó que la fecha de entrega del juego sería la Navidad del año 2014 y que, además de lo ya aportado por los mecenas, se cobrarían 8 Euros por cada envío en concepto de manipulación y transporte.

La única noticia que tienen los mecenas del producto durante el 2014 es un correo electrónico donde se les indican unas credenciales para acceder a una web en la que tienen que hacer el pago de los gastos de envío de 8 Euros. Tras hacer esto, la web les emite una factura con los conceptos del material solicitado.

A finales de 2014, el producto no se envía y los mecenas empiezan a impacientarse.

A lo largo del año 2015, Ernesto concede un par de entrevistas a medios digitales donde explica que se han encontrado diversos problemas a la hora de fabricar las figuras en un material que le era prácticamente desconocido, la resina. Las máquinas de moldear las miniaturas tienen un mantenimiento muy superior al que esperaba debido a la suciedad que se acumula por el intenso uso que de las mismas están haciendo y que ese es el principal problema de que no haya podido cumplir los plazos de entrega. En las mismas entrevistas indica que no tiene ninguna nueva fecha de terminación del producto.

En Febrero de 2016, el juego de mesa sigue sin entregarse a los mecenas y la información proveniente de Ernesto es mínima.

0 INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de los primeros ordenadores personales a finales de los setenta y principios de los ochenta, abanderados por IBM, Microsoft y Apple, podemos considerar que se han ido produciendo pasos de gigante en la evolución tecnológica de la humanidad. La verdadera revolución apareció con el uso masivo de estas máquinas por parte del consumidor medio, siendo la posterior aparición de Internet una evolución, más que una revolución, producida por la necesidad de conectar esas máquinas. El uso masivo y acceso a la red de redes por el consumidor medio a finales de los años 90 ha ido dando pie a pequeñas mini-evoluciones en la gran evolución que es Internet. En cada una de estas iteraciones se han producido conflictos sociales de diversa índole que prácticamente siempre han dejado a las leyes a remolque. La primera de estas mini-evoluciones fue el uso masivo de buscadores, como Google, Yahoo, Altavista, etc. Aun 20 años después de su aparición estamos a vueltas con el derecho al olvido digital y su posible legislación. Posteriormente las redes P2P hicieron su aparición a comienzos del siglo XXI y aun hoy en día contamos con legislación de lo más ambigua acerca de la posibilidad o no de compartir las películas y música de forma altruista a través de ellas. Otro de los puntos de inflexión dentro de la evolución de internet lo tuvimos y aun lo estamos teniendo en la aparición de la redes sociales, una de las cuales, Facebook, es considerada como una de las mayores recopiladoras de nuestros gustos, aficiones y datos personales, con los consiguientes conflictos en lo referente a la conservación y uso adecuado que esta entidad privada pueda hacer de ellos. Por último y cuando creíamos que Internet solo daba para variaciones de lo visto hasta entonces, hacen su aparición una serie de servicios que ya tenían un equivalente en el mundo ‘real’ que al traspasar la barrera e implantarse en el mundo digital han dado lugar debido a su masificación a unos vacíos legales que anteriormente eran irrelevantes. Estamos hablando de aplicaciones o webs como Uber, AirBNB y el servicio que vamos a tratar en este caso práctico que es el del crowdfunding.

El crowdfunding es una sistema de financiación de proyectos que está tomando cada vez mayor fuerza en la realidad empresarial. Su traducción al castellano haría referencia a la financiación colectiva. En este tipo de financiación **una serie de sujetos van a llevar a cabo aportaciones a un proyecto propuesto por un promotor**. Estas aportaciones podrán ser hechas por diversos conceptos, bien a cambio de participaciones o acciones de la empresa promotora del proyecto, bien como préstamo del que ese espera recibir un principal y unos intereses, bien como pago por un producto futuro o incluso también pueden tener el concepto de donación.

Antes de la aparición de plataformas web que abrieron la posibilidad de que cualquier persona desde su casa pueda acceder a este tipo de financiación, tanto ejerciendo el papel de inversor como el de promotor, el perfil de ambos era un perfil profesional y requería una negociación personal. Difícilmente un promotor de un proyecto en Madrid podría conseguir la financiación de una persona en La Coruña sin acercarse a verla y presentar el proyecto con todo lujo de detalles. Pero el problema que nos encontraremos no es únicamente la posibilidad de llegar a mucha más gente con un esfuerzo mínimo. También el tipo de proyecto a promover puede llegar a ser un problema que antes de la aparición de estas plataformas no existía. Muy conocido es la financiación conseguida por Zack Danger Brown para ‘cocinar una ensalada de patatas’. Este señor consiguió recaudar 55.492 Dólares de 6.911 patrocinadores que iban a recibir un trozo de la ensalada cocinada, permitirles acercarse a elegir los ingredientes y otra serie de cosas

intrascendentes para la mayoría de las personas pero que le permitieron recaudar esa cifra.¹

De ambos perfiles, el del promotor y el del inversor, solo uno ha ido evolucionando a lo largo de los años. Actualmente las grandes campañas a través de las plataformas de crowdfunding suelen venir firmadas por personajes de cierta trayectoria profesional. Por ejemplo, uno de los crowdfunding más exitosos en el mundo de los videojuegos, el del juego para PC Star Citizen, que recaudó la cifra de 2.134.374 dólares de un total de 34.397 patrocinadores, estaba ‘abalado’ por Chris Roberts, leyenda viviente de los videojuegos por haber desarrollado la saga Wing Commander en los noventa.²

En cambio el perfil del inversor lejos de profesionalizarse se ha ido extendiendo más entre los usuarios de a pie. Estos están aportando cantidades a los proyectos sin saber en calidad de qué están realizando sus aportaciones y de sus derechos. Un ejemplo de este desconocimiento lo encontramos en la campaña de financiación colectiva del prototipo del casco de realidad virtual Oculus Rift. Los más de 9.000 patrocinadores que aportaron su dinero al proyecto permitieron a su creador, Palmer Luckey, fundar la empresa Oculus que posteriormente vendió a Facebook por la cantidad de 1.600 millones de dólares. El desconcierto de los patrocinadores fue tal que algunos llegaron a solicitar a Oculus parte de los beneficios obtenidos por la venta a Facebook, cuando en lo que habían invertido realmente su dinero era en un crowdfunding de recompensa que únicamente les daba acceso a un prototipo del casco y no a algún tipo de participación de la empresa vendida.³

En cualquier caso, como vemos, la legislación siempre ha ido a remolque de la sociedad, de ahí que en el momento de surgir todos estos casos y posibles conflictos no exista una legislación *ad hoc* para resolverlos. Partiendo de esto y de que cualquier ordenamiento jurídico tiene que ser pleno y dar solución absolutamente a todos los conflictos que se den en él, he decidido abordar el caso a tratar, el fallido crowdfunding de recompensa, por la vía de la analogía. La aplicación de leyes y normas que se aplican a situaciones sustancialmente similares a los nuevos conflictos sociales, van a ser la respuesta por parte del juzgador a estos conflictos. Con esta idea y con el fin de conservar la plenitud del sistema vamos a tratar el tema en las siguientes páginas.

Los diversos capítulos de los que consta el presente trabajo se han creado a partir de las cuestiones que se plantearon con el enunciado. De esta manera, contaremos con un **primer capítulo donde se tratara de la relación entre el promotor y los inversores**. Se comparara esta relación con diversas instituciones ya reguladas en nuestro ordenamiento con el fin de encontrar una lo más similar posible en sus características esenciales. En el **segundo capítulo trataremos la relación de la plataforma de crowdfunding con el promotor y con los mecenas**. Nuevamente buscaremos contratos similares que estén debidamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de dilucidar la responsabilidad de la plataforma respecto a ambos actores. En el **tercer capítulo abordaremos la preparación de las posibles demandas** por parte de los

¹ Ensalada de patatas en Kickstarter (Mayo de 2016) <https://www.kickstarter.com/projects/zackdangerbrown/potato-salad/description>

² Star citizen en Kickstarter (Mayo de 2016) <https://www.kickstarter.com/projects/cig/star-citizen/description>

³ Oculus rift en Kickstarter (Mayo de 2016) <https://www.kickstarter.com/projects/1523379957/oculus-rift-step-into-the-game/description>

mecenas, tanto contra el promotor como contra la plataforma de crowdfunding. Trataremos los fundamentos de derecho y el *petitum* de ambas demandas, las legitimaciones activas y pasivas, la jurisdicción, etc. En definitiva, todo lo referente a la preparación práctica de una posible demanda. El **cuarto capítulo tratará la protección jurídica que puedan tener los componentes del juego**, centrándonos en las miniaturas y el tablero. Aquí se abordará la cuestión desde el punto de vista de la protección intelectual e industrial. En el **quinto capítulo abordaremos la protección de la marca** desde diversos aspectos. Los más evidentes que surgen de la propia Ley de marcas y de la Ley de competencia desleal y abordaremos también una posible protección de la marca desde la Ley de propiedad intelectual. En el **sexto capítulo trataremos una posible responsabilidad penal del promotor del juego**, centrándonos en el tipo penal de la estafa. Por último, **remataremos el trabajo con unas conclusiones** generales y una respuesta específica para cada una de las cuestiones que hemos tratado

I RELACION ENTRE PROMOTOR Y MECENAS

1 *Crowdfunding y su regulación específica*

1.1 Tipos de crowdfunding

Los diferentes tipos de crowdfunding han ido quedando más o menos pacíficamente identificados según la siguiente taxonomía:

Equity-based crowdfunding (inversión), en este tipo de financiación el promotor plantea un proyecto a los posibles inversores y estos a cambio de su financiación esperan obtener una rentabilidad económica. Los inversores van a participar en el capital de la empresa y recibirán a cambio acciones, participaciones, rentas, beneficios, etc.

Lending-based crowdfunding o crowdlending (préstamo), es una alternativa interesante a la financiación tradicional por medio de préstamos de los bancos. En este caso los prestamistas serán los que aporten las cantidades y recibirán por parte del promotor de la idea los intereses que se pacten. Es importante diferenciarlo del primero en que en este caso los prestamistas no van a formar parte de la sociedad. Serán meros acreedores de la misma, sin ningún tipo de acción o participación.

Donation-based crowdfunding (donación), aquí no hay ningún tipo de recompensa o beneficio material para el donante. Suele utilizarse para sufragar campañas solidarias con el único fin de que estas salgan adelante.

Reward-based crowdfunding (recompensa), crowdfunding basado en recompensa. En este tipo de financiación colectiva el promotor propone un proyecto, habitualmente algo tangible y que se pueda entregar a los posibles inversores, pero no quita que también pueda recompensarse mediante servicios, personalizaciones de un producto, etc. El promotor se compromete, una vez recibido el dinero, a fabricar el producto y entregárselo a los inversores. Nuevamente, estos no tienen ninguna participación en la empresa y toda la propiedad intelectual e industrial queda en manos del promotor, siendo su única obligación entregar el producto o llevar a cabo el servicio ofertado.

1.2 **Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial**

Es importante situar la institución ante la que nos encontramos con la idea de conocer cuáles van a ser las normas por las que se va a regir esta situación jurídica entre particulares. Nuestra legislación cuenta desde el año 2015 con una ley que hace referencia a la financiación colectiva de cierto tipo de proyectos. Hablamos de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. En su título V, denominado Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa, define el funcionamiento de estas plataformas, las garantías de las mismas, su autorización, etc. Incluso en el capítulo IV hace referencia a los promotores que publican proyectos en ellas y los requisitos que tienen que cumplir. Podría parecer un trabajo ya hecho el que encontráramos la regulación del caso que nos atañe en esta ley, pero su propio preámbulo nos aleja de esta aparentemente sencilla solución al identificar diversos tipos de crowdfunding e indicar que esta ley únicamente va a regular ciertos tipos. En

concreto regulará aquellos en los que el inversor espera recibir una remuneración dineraria por su participación.⁴

Partiendo de la diferenciación de los cuatro tipos de crowdfunding vista en el punto anterior, podemos ver que la ley citada solo va a abordar la regulación de los dos primeros (inversión y préstamo) en los que prima ese componente financiero donde los inversores esperan recibir, a cambio, una remuneración económica. Aun siendo importante lo que indica el preámbulo de la ley acerca de qué tipo de crowdfunding va a regular, no es menos importante que nos indique lo que no va a regular, pues ya tenemos una primera aproximación de cómo puede ser considerado el tipo de financiación abordado en el caso que estamos estudiando. El preámbulo indica que **no va a abordar la financiación por medio de donaciones ni las articuladas como una compraventa**. ¿Podremos entender que el crowdfunding de recompensa es el que define la ley como los instrumentados como una compraventa?

1.3 Crowdfunding de recompensa en otras legislaciones

Por último, antes de entrar en materia acerca de qué institución podría ser la más similar a la del crowdfunding de recompensa, indicar que nuestro legislador no ha sido especialmente original a la hora de regular únicamente el crowdfunding de inversión. Por ejemplo, en el Reino Unido, la FCA (*Financial Conduct Authority*), encargada desde el ámbito privado del correcto funcionamiento del mercado respecto de los consumidores, emitió un informe sobre el régimen regulatorio del crowdfunding y ya aclara, en su primera página, que únicamente se encarga de regular los de *equity* y *lending*, dejando fuera la regulación los otros tipos de crowdfunding. Este hecho tampoco es especialmente extraño, pues mientras que el crowdfunding de inversión y de préstamo compiten directamente con los bancos, entidades altamente reguladas, los de donación y recompensa parece que podría asimilarse más a una pre-compra y cualquier incumplimiento del contrato estaría cubierto por una legislación genérica sobre protección de consumidores.⁵

2 Crowdfunding de recompensa y contratos similares

En el caso que nos atañe, estamos evidentemente ante un caso de crowdfunding de recompensa. En el enunciado se puede leer que fue una campaña en la que el promotor, **a cambio de los apoyos económicos recibidos, prometía un producto** concreto en un plazo de tiempo determinado. El objeto del crowdfunding de recompensa no tiene que ser siempre la entrega de un producto. Existen otro tipo de recompensas por el apoyo, como pueden ser descuentos en el producto cuando salga a la venta, una personalización del mismo, etc. Pero en este caso en concreto lo que se ofrecía a cambio del apoyo era un producto.

2.1 La calificación de los contratos

Para calificar el contrato tendremos que ir al contenido del mismo y no al *nomen iuris* o denominación dada por las partes al mismo, el cual no vincula ni a ellos ni mucho

⁴ “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.” Preámbulo de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

⁵ FCA (Febrero de 2015):<http://www.fca.org.uk/your-fca/documents/crowdfunding-review>

menos al juez. Diversas sentencias avala este hecho entre las que se encuentra, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1984 (RJ 1984\3441). En ella podemos leer sobre la calificación dada entre las partes a su relación jurídica lo siguiente: "...la calificación realizada por las partes de las relaciones entre ellas surgidas no tienen otro carácter que el meramente orientativo por lo que no vinculan al juzgador; consiguientemente, éste, pudo perfectamente, partiendo de lo manifestado en la fase de alegaciones y acreditado en la probatoria, y siempre dentro de los límites normales de la exégesis jurídica, atribuir la cualidad de «simple anteproyecto» a lo realizado por el recurrente..." En definitiva, las partes pueden usar su autonomía de la voluntad para perfeccionar el contenido del contrato, pero "los contratos son lo que son y no lo que digan los contratantes", tal como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo 373/1985, de 30 de Septiembre de 1985 (RJ 1985\4482) ⁶

Las opciones que vamos a barajar para intentar regular el crowdfunding serán las de la donación y su variante onerosa, los contratos de arrendamiento de servicios y de obra y la compraventa.

2.2 La donación

La primera institución que vamos a tratar para intentar encajar el tema del crowdfunding de recompensa es la donación. En un primer momento a los que apoyaban estos proyectos se decía que hacían donaciones y eran (aun lo son ahora) llamados mecenas. En EEUU, ya casi desde el principio, la plataforma más reconocida en el tema del crowdfunding de recompensa, kickstarter, les denominó en su versión anglosajona 'backers' y a sus contribuciones, 'pledges'. Vemos que tanto en un su versión anglosajona como española se evita la palabra comprador y pago, como intentando separar este tipo de financiación de lo que es una precompra pura y dura. ⁷

¿Es importante esta denominación tanto de los actores como del supuesto contrato? Si la aportación se denomina donación ¿Estamos ante la institución de la donación? Abordaremos en primer lugar una comparación de la situación social del caso con la institución de la donación en nuestro ordenamiento jurídico y las reglas que la regulan. Nos tenemos que situar en el art. 618 y siguientes de nuestro Código Civil para encontrarnos con la donación, la cual queda definida en el propio artículo 618 con el siguiente tenor literal: "La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta."

Observamos que los requisitos para una donación serían los siguientes, tal como ha quedado establecido pacíficamente por la doctrina al diseccionar este artículo: ⁸

- empobrecimiento del donante
- enriquecimiento del donatario
- *animus donandi* o intención de hacer una liberalidad.

⁶ LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid 2011, pp 112 y 113

⁷ <http://www.kickstarter.com>

⁸ vid. por todos LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Decimocuarta edición, cit, p.171

En el caso de los mecenas ¿realmente tienen este *animus donandi*? La respuesta no puede ser otra que no. Evidentemente los mecenas no pretenden llevar a cabo un acto de liberalidad. Esperan, a cambio de su aportación, un objeto, la recompensa. En este caso concreto un ejemplar del juego de mesa. El *animus*, además, tiene que ser probado por quien lo alegue, tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 octubre 1992. (RJ 1992\8088) al indicar que “el «*animus donandi*» no se presume” en su fundamento de derecho segundo. Por lo tanto, podemos desechar que estemos ante una donación, al menos una donación pura al no cumplir todos los requisitos para la donación.

Si no es una donación pura ¿podríamos estar ante una **donación onerosa** del artículo 619 del CC? El tenor literal con el que describe el CC esta figura es el siguiente: “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.” Veamos si podemos encajar el crowdfunding de recompensa en este artículo. El promotor aún no ha llevado a cabo un servicio al donante, eso desde luego. El servicio, en todo caso, se realizará posteriormente, al acabar el juego y entregarlo, pero hasta ese momento el promotor no ha hecho nada por el donante. Aun así, ciertos autores han saltado de la literalidad de este artículo, permitiendo realizar la donación de forma previa a los servicios prestados. Como indica el profesor Sirvent García, es posible que nos encontremos ante una figura con rasgos de onerosidad, no siendo esto incompatible con la donación. De hecho, siguiendo su línea de pensamiento, es posible que nos encontremos más que ante una donación remuneratoria ante una donación con carga. Esto es, aquella por la cual el donatario se compromete a llevar a cabo un servicio al donante de forma gratuita. Para esto es esencial que se cumpla lo indicado en la segunda parte del art. 619, esto es, que se imponga al donatario una carga inferior a lo donado, pues en caso de que la carga sea igual a lo donado, dejaría de existir ese *animus donandi* o acto de liberalidad propio de las donaciones.⁹

Pongamos por caso un ejemplo sencillo, aquel por el cual un supuesto donante hace una liberalidad a un donatario de un piso valorado en 100.000 Euros. Como carga impuesta para poder recibir este piso, al donatario se le exige que entregue 150.000 Euros a una prima del donante cuanto muera. ¿Estamos ante una donación? ¿Hay una liberalidad? Evidentemente no, la carga impuesta al donatario es superior a lo donado. En el caso del crowdfunding de recompensa nos encontramos en un caso similar. Habitualmente el valor de lo que se ofrece como recompensa es superior en el mercado a lo aportado por los mecenas, para recompensar su fidelidad y su apoyo en un primer momento al proyecto. Un caso real y muy evidente lo encontramos en el caso de realidad virtual Oculus Rift, financiado a través de la página Kickstarter. Los mecenas aportaron 300 Euros a cambio de un dispositivo que en el mercado actualmente (en su versión más actualizada) cuesta 699 Euros. Es evidente que no hay una donación onerosa si lo que se espera recibir a cambio se puede valorar económicamente por encima de lo entregado para apoyar el proyecto. De esta manera, **las donaciones onerosas no encajarían en el crowdfunding de recompensa al no cumplirse el empobrecimiento del donante, pues la carga impuesta es similar o superior a lo entregado por el mecenas**, con el consiguiente enriquecimiento del mismo.

⁹ JORGE SIRVENT GARCÍA, “La donación remuneratoria”, en Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 29, Julio-Diciembre 2012, pp 342-345

2.3 El contrato de servicios

Tras ver las similitudes y diferencias que tiene el caso abordado con las donaciones, vamos a movernos ahora a otra institución, la del arrendamiento o contrato de servicios. La definición del mismo la encontramos en el artículo 1544 del CC junto con la del arrendamiento de obra, al cual haremos alusión con posterioridad. Nos indica el citado artículo que en el arrendamiento de servicios, una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por un precio cierto. Tal como indica la doctrina civilista, las características de este contrato son las siguientes: Consensual, bilateral, oneroso y esencialmente temporal aunque puede ser de duración indefinida (con la salvedad que impone el art. 1583 CC respecto a la nulidad de los contratos hechos de por vida)¹⁰

¿Podríamos estar ante un contrato de servicios en el crowdfunding de recompensa? La obligación del promotor en este supuesto sería únicamente la de poner los medios necesarios para llevar a cabo la tarea encomendada por aquellos que le hubiesen entregado el dinero. La regulación legal dentro del CC respecto a este tipo de contrato está completamente desfasada, pues los artículos que se encargan de este tipo de contrato (art. 1583-1586) únicamente se encargan de servicios de criados y trabajadores asalariados, algo fuera de lugar al ser la legislación laboral la que regula esos temas en la actualidad. Este tipo de contrato se suele dar en las profesiones liberales. Por poner un ejemplo muy cercano, es el tipo de contrato que realiza un abogado con su cliente. El profesional no puede asegurar un resultado en un juicio, a lo que se compromete es a poner todos los medios a su alcance para que el resultado sea lo más satisfactorio posible para su cliente. Lo que se le puede exigir es un deber de diligencia media de un profesional, no un resultado concreto. La realidad es que el arrendamiento de servicios ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial, no pudiendo encontrar una legislación que la regule de forma precisa que indique sus límites.

¿Únicamente profesionales liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc.) pueden llevar a cabo este tipo de contrato? La jurisprudencia ha indicado que no, siendo posible llevar a cabo contratos de servicios con diversos profesionales y dejando claro que no estamos ante un *numerus clausus*, sino ante un *numerus apertus* de profesionales.¹¹

No es baladí la posibilidad de que el crowdfunding de recompensa pueda incluirse o asimilarse a este contrato de servicios. A la hora de soportar el riesgo por causas no

¹⁰ LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Decimocuarta edición, cit, p.227

¹¹ Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha aludido a “la reparación de maquinarias (SAP Coruña, de 13-7-1994); los servicios de limpieza (TS Auto de 13-7-1992; STSJ de Andalucía/Málaga, Sala de lo Social, de 14-10-1997; STSJ del País Vasco de 7-4-1998); los detectives privados (SAP de Palencia de 22-1-1997 [AC 1997, 4]); actuaciones musicales (STS 26-6-1998 [RJ 1998, 5072]); transporte de viajeros por carretera (STS 23-2-1998 [RJ 1998, 990]); gestión de cobro de impagados (STS 24-6-1997 [RJ 1997, 5207]); director general de cajas de ahorro (STS de 30-5-1995 [RJ 1995, 4200]); director de empresa minera (AP de León, de 29-9-1997); decoradores (SAP de Navarra de 24-4-1998 [AC 1998, 4416]); gestores administrativos (SAP de Córdoba de 15-10-1992); profesores (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28-12-1994; STSJ de Andalucía/Granada, Sala de lo Social de 11-7-1994); peritos tasadores (STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 7-7-1997; STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 25-3-1998); contables (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 16-4-1998); novillero (SAP de Toledo de 6-3-1993); fotógrafo periodístico (STSJ de Canarias, Las Palmas, Sala de lo Social, de 15-10-1993 [AC 1993, 4357]); relaciones públicas de local nocturno (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 10-5-1993 [AC 1993, 2576]) “ vid. FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ, “*El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales*”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol I parte estudio (BIB 1999\214)

imputable a las partes este cae sobre el que encarga el servicio, estando el promotor únicamente comprometido a poner los medios.

Pero, aun siendo posible que el promotor pudiese llevar a cabo este tipo de contrato, ¿Era la intención de los mecenas que el promotor llevase a cabo una labor, sin más, siendo el resultado incierto o no pudiendo asegurarse? ¿Era este el objeto del contrato, poner los medios sin asegurar un resultado? Ciertamente no, el resultado era concreto y así se hace ver en todos los proyectos de crowdfunding cuya recompensa es algo material. De hecho los promotores suelen adelantar modelados en 3D de la apariencia final aproximada que va a tener el producto una vez desarrollado, pudiendo diferir mínimamente en ciertas características de lo que es el proyecto finalmente terminado (brillo, textura, ligera variación de forma, etc.). En definitiva, los mecenas cuando hacen sus aportaciones no están solicitando un servicio del promotor, no es esa su intención. Los mecenas **responden a una oferta que hace el promotor de un producto**, de un resultado cierto en un plazo aproximado y hacen su aportación en base a lo que el promotor les oferta, siendo el objeto del contrato un bien material, no la prestación de un servicio. Nos encontraremos pues ante una obligación de obtener un resultado y no de poner unos medios.

2.4 El contrato de obra

Si lo que se ha contratado es un resultado ¿Podríamos estar ante un contrato de obra? Tal como indica el profesor Lasarte en su manual de Contratos, la legislación al respecto del contrato de obra parece que está dirigida a que el objeto sea la construcción de edificios, pero nada impide que la obra a contratar sea cualquiera otro que tenga un resultado material, industrial, científico o artístico, siempre que este sea lícito, posible y determinado.¹²

La definición del contrato de obra la encontramos en el artículo 1544 del CC, donde se indica que una de las partes se “obliga a ejecutar una obra...por precio cierto”. Estamos pues, ante una obligación de hacer, y no de dar como puede ser la de otras instituciones similares (por ejemplo, la compraventa). Bercovitz, en su manual de derecho civil de contratos, hace alusión a una serie de rasgos que permiten diferenciar esta figura de otras y que han sido aportadas por la doctrina con el paso del tiempo:¹³

- Mayor o menor transcendencia del proceso productivo, con prevalencia del hacer o del dar
- La voluntad de las partes antes indicada
- Que el contratista realice la obra bajo criterio propio o bajo las directrices del comitente
- Si la obra es realizada o no según las especificaciones previas de un muestrario

Vamos a intentar responder a estas alguna de estas cuestiones para ver si el crowdfunding de recompensa puede enmarcarse en el contrato de obra

¹² LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Decimocuarta edición, cit, p.293

¹³ RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de derecho civil, Contratos*. Bercal, Madrid, 2011, p. 244

- El primer punto, el **proceso productivo**, seguramente carezca de importancia en un juego de mesa. Más que el hacer o como se haga, el mecenas lo que quiere es el producto, el resultado concreto sin que le preocupe, ciertamente, cuáles han sido los procesos para llegar al resultado mientras, eso sí, tengan una calidad similar a la ofertada por el promotor.
- Respecto a la **voluntad de las partes**, la de los mecenas es en todo momento conseguir la recompensa que se les prometió por la aportación. No hay mayor duda en tanto que llevaron a cabo esa aportación una vez vista la propuesta concreta del promotor. La voluntad de este, por otra parte, habría que deducirla del contexto de lo que podríamos considerar el contrato. Lo más parecido a un contrato es la oferta que haya hecho en la plataforma y que ha sido aceptada por los mecenas y la mayoría de las veces lo que se oferta es un producto concreto al cabo de un tiempo.
- Respecto a las **directrices del proyecto**, estas no van a formarse a partir de una negociación entre mecenas y promotor. El promotor oferta un producto con unas características concretas y va a fabricarlo según su saber hacer y profesionalidad, sin aceptar o requerir ningún tipo de directrices por parte de los mecenas. Los modelos de las figuras son propuestos por el promotor, las reglas, el tablero, etc. Todo es una propuesta del promotor, una oferta hacia los posibles mecenas.

Tras evaluar estas características, podemos ver que el crowdfunding se aleja de lo que es un contrato de obra.

2.5 El Contrato de compraventa

Estudiemos por último el contrato de compraventa y veamos si encaja en este el crowdfunding de recompensa. Nuestro Código Civil define la compraventa en el artículo 1445 con el tenor literal siguiente: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.” En el crowdfunding de recompensa, de forma similar, el promotor se obliga a entregar una cosa determinada, en nuestro caso un juego de mesa, y el mecenas paga por ello un precio cierto, esto es, la aportación económica que haya hecho al proyecto.

Las características del contrato de compraventa son las siguientes:¹⁴

- **Consensual**, se perfecciona por el mero acuerdo de las partes
- **Oneroso**, como es evidente, existe una alteración patrimonial de ambas partes en el contrato de crowdfunding
- **Sinalagmático**, nacen obligaciones para ambas partes, recíprocamente dependientes. Al igual que la anterior, esta también se da en el crowdfunding de recompensa, la obligación de aportar al proyecto hace que nazca una obligación por parte del promotor de entregarle una copia del juego
- **Conmutativo**, al perfeccionarse el contrato la cosa vendida y el precio son determinados o determinables. En el caso del crowdfunding de recompensa es así, el precio es la aportación y lo que se ofrece como recompensa está claramente determinado.

¹⁴ Vid. por todos RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de derecho civil, Contratos*, cit., p. 75

Como vemos, las cuatro características esenciales que definen al contrato de compraventa también son aplicables al crowdfunding de recompensa. Podríamos encontrar un inconveniente en que el bien del que estamos tratando en los crowdfunding de recompensa, en el momento del perfeccionamiento, es un objeto inexistente ¿Es esto un inconveniente para la compraventa? Nada más lejos de la realidad. El objeto según el artículo 1.445 del CC solo pide que sea determinado, pero la diversa jurisprudencia ha hecho pacífica la posibilidad de que el objeto sea también determinable. Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 231/2002 de 8 marzo (RJ 2002\1914) y la Sentencia del mismo tribunal núm. 199/2007 de 23 febrero (RJ 2007\1475)^{15,16}

Estamos, pues, ante un caso de **venta de cosa futura** donde no solo va a pesar sobre el vendedor la entrega de la cosa, sino “también el desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia devenga actual”. Ambas obligaciones, entrega y desplegar esa actividad son comunes, por tanto, a la venta de cosa futura y al crowdfunding de recompensa.¹⁷

3 Legislación aplicable

En definitiva, aunque se denomine contrato de financiación con recompensa o *reward crowdfunding*, de lo que estamos hablando es de una compraventa futura o de una institución suficientemente similar como para que las reglas de esta última sean aplicables a la primera.

3.1 Código Civil

La legislación aplicable sería, por tanto, toda la de la compraventa del Código Civil, art. 1445 y ss.

3.2 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

La duda reside en si es aplicable 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. En este caso en concreto el enunciado nos indica que el promotor se dio de alta en el RETA, siendo evidente que iba a realizar una actividad profesional y que la relación con los mecenas iba a ser en este sentido. ¿Por qué es esto importante? Por el ámbito de aplicación de la ley, el cual queda definido en su artículo 2 en donde podemos leer: “Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.” Respecto al concepto de empresario, el artículo 4 de la misma ley aclara: “se considera empresario 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

¹⁵ “...distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida por las partes en el propio contrato, siendo suficiente, a los efectos del artículo 1273 y, por tanto, del 1445 del Código Civil, que a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos...”

¹⁶ “La jurisprudencia admite que es suficiente la «determinabilidad», la cual hace referencia a una situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero si cabe la determinación posterior, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación”

¹⁷ RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de derecho civil*, cit., p. 78

relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.” En el promotor se dan las características aquí indicadas, persona física, privada, que actúa directamente y el propósito se encuentra relacionado con su actividad, al haberse dado de alta en el RETA con el fin de poder llevar a cabo la venta de juegos de mesa. En el caso concreto que estamos tratando podemos decir que esta legislación también sería de aplicación. Destacar el título III de esta ley que hace referencia a “Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil”. Este título sería de aplicación en la mayoría de los casos de crowdfunding de recompensa y también en este en concreto, al haber sido un contrato celebrado utilizando medios electrónicos.

3.3 Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

Por último, además sería de aplicación la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En caso de que hubiese artículos del Título III de la LGDCU y de la LSSI que fuesen contradictorios, prevalecería la segunda tal como indica el artículo 94 de la LGDCU: “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...”

4 Primera cuestión

1 – ¿Qué legislación sería la adecuada a la hora de proteger a los mecenas para intentar recuperar lo invertido? Evaluar las donaciones, las donaciones onerosas, la compraventa, contrato de servicios (de medios o de resultado)...

Tras el breve repaso que hemos dado sobre los diferentes tipos de contratos que pueden ser comparables a la relación social que estamos tratando, hemos llegado a la conclusión que la más pareja, la que se ciñe prácticamente como un guante por las diversas características en las que la hemos desglosado, es la compraventa. En concreto, hemos llegado a la conclusión de que estamos ante una compraventa futura. La legislación, a tener en cuenta, tal como hemos visto en el apartado 3, sería la siguiente:

- Código Civil (1445 y ss.)
- 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
- La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

II RELACION DE LA PLATAFORMA DE CROWDFUNDING CON EL PROMOTOR Y CON LOS MECENAS

1 Servicio que presta la plataforma

1.1 Al promotor

1.1.1 Revisión formal del proyecto

De cara al promotor, la plataforma lleva a cabo una primera labor que es la de revisar el proyecto que presenta y le da o no el visto bueno. Tal como se puede leer en la página web de Lánzanos, es más una revisión formal que de viabilidad del proyecto. Por revisión formal se refiere a que el material que se va a colgar en la plataforma cumpla unos estándares de calidad de imágenes, videos, etc. Además también revisarán que los diferentes niveles o escalones de apoyo al proyecto sean coherente y que aporten distintos premios o recompensas en función de lo aportado. En todo momento a lo largo de la página web se puede ver que ellos no se hacen cargo en caso de que el promotor no haga entrega de la recompensa pactada.¹⁸

1.1.2 Servicio de cobro

De cara a los posibles mecenas, la plataforma lánzanos va a recoger los pagos a través de cuatro sistemas según se puede leer en su FAQ:

- Paypal
- Tarjeta de crédito
- Transferencia bancaria
- Vales offline

En alguno de estos procesos de pago, por la propia operativa de la plataforma y de la entidad de cobro, Lánzanos no va a recibir los pagos directamente de los mecenas, sino que la entidad de cobro recibirá la totalidad del dinero y posteriormente llevara a cabo dos pagos simultáneos en el momento en que el proyecto haya alcanzado la totalidad de la financiación. Uno de los pagos será la comisión de la plataforma y el otro será el principal cuyo receptor va a ser el promotor del proyecto.

1.1.3 Promoción

Además de proveer al promotor de las herramientas para recibir los cobros y de la revisión formal de proyecto, Lánzanos publica el proyecto en su página web y lo promociona de forma interna por diversos medios. Mostrará en sitios destacados de su web pequeños resúmenes cuando el proyecto comience, cuando queda poco para su finalización o también puede publicar en su página de inicio aquellos proyectos que ellos consideran destacados siguiendo su propio criterio.

¹⁸ LANZANOS (Marzo de 2016): <http://www.lanzanos.com/faq/>

1.2 A los mecenas

Respecto a los mecenas, la labor de Lánzanos es de escaparate de los proyectos publicados por los promotores. Los mecenas visitaran la web y verán la información que ha colgado el propio promotor del proyecto, con las condiciones del mismo y las recompensas, si las hay, que van a ofertarse en función de la aportación que se haga. En el momento que quieran llevar a cabo una aportación, crearán una cuenta de usuario en la plataforma y quedara relacionada la aportación realizada con las credenciales de autenticación.

Al igual que al promotor le ofrece un servicio de cobro, el equivalente para los mecenas será ofrecerles un servicio de pago de esas aportaciones. En alguno de los sistemas de pago (transferencia y tarjeta de crédito) el pago se realizara a cuentas de la propia Lánzanos. En otros (Paypal) Lánzanos nunca tendrá la totalidad de lo recaudado, sino que la gestora de los pagos le transferirá la comisión correspondiente en caso de cumplirse el objetivo del proyecto.

2 *Relación contractual de la plataforma con el promotor*

Ahora que hemos visto los servicios de la plataforma lánzanos y su operativa, vamos a intentar buscar en el mundo ‘analógico’ una figura similar a esta creada en el mundo ‘digital’. La idea es partir de un principio de conservación de las figuras contractuales. Conservación referente a un cambio de medio. De un medio en el que todos los actores son personas, bien físicas o mediante la ficción de la persona jurídicas, a otro donde los actores quedaran difuminados por las herramientas a través de las cuales prestan estos nuevos servicios digitales. Es de vital importancia, como veremos, el contrato entre la plataforma y el promotor, pues a partir de este contrato se deducirán las obligaciones con los mecenas.

Desde que empezamos a hablar de las formas de pago a través de la plataforma Lánzanos hemos repetido una palabra varias veces: comisión. La comisión que estamos tratando aparece dentro del diccionario de la RAE descrita como: “Porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio.” En nuestro ordenamiento jurídico existen diversas figuras que pueden dar al cobro de una comisión. Estudiaremos someramente el mandato, el propio contrato de comisión, el de agencia y el de mediación o corretaje e intentaremos encajar en alguno de ellos la relación existente entre el promotor Ernesto y la plataforma Lánzanos. Una vez que hayamos encontrado la institución adecuada, veremos cómo debe responder Lánzanos frente a los mecenas o adquirientes del producto ofertado.

Vamos a omitir toda referencia al Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, de título Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa, pues como vimos en el punto anterior no es aplicable a este caso por quedar de forma expresa omitido en el preámbulo de esta ley el crowdfunding de recompensa.

2.1 **Contrato de mandato o comisión**

Para tratar el contrato de comisión, empezaremos por el contrato de **mandato**, el cual encontramos definido en el Código Civil en el artículo 1709 con el siguiente tenor literal: “Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.” En esta definición podría encajar la figura que estamos viendo de la plataforma Lánzanos: la plataforma se obliga a prestar el servicio de publicar en su web el anuncio de la existencia de un proyecto a

promocionar. Entre los servicios que ofrece, además de la publicación del proyecto también le dará el servicio de recopilar lo recaudado (si es a través de tarjeta de crédito o transferencia) o de darle apoyo para que lo recaude el propio promotor (pago a través de Paypal)

Tal como se deduce del art. 1.717 del propio CC, el mandatario puede actuar por cuenta propia (esto es, no indicando que gestiona interés ajenos) o en nombre del mandante. Las plataformas de crowdfunding no esconden quien es su supuesto mandante o su cliente, de hecho suele estar en sus condiciones a la hora de publicar un proyecto la prohibición de que este sea anónimo, con lo que estaríamos ante una actuación en nombre del supuesto mandante. Llama la atención también del contrato de mandato que este sea esencialmente gratuito, según se desprende del artículo 1711 del CC el cual indica que “A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.” En el caso de la plataforma Lánzanos esta cobra un 5% de lo recaudado por el proyecto. Pero según se desprende de este artículo 1711, aunque sea esencialmente gratuito, también se puede pactar que no lo sea y este podría ser el caso.

La versión mercantil de este contrato se denomina **contrato de comisión** y lo vemos definido en el art. 244 del Código del Comercio del siguiente modo: “Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.” Con esta definición queda patente que en el caso del enunciado nos moveremos en el ámbito mercantil, más que en el civil, pues estamos ante un acto de comercio (venta y promoción de un producto). Y ya no es que solo sea el comitente o el comisionista comerciante, es que ambos lo son, con lo que, en cualquier caso, el contrato que tendríamos que tratar sería el de comisión. **Las características que tienen ambos contratos (mandato y comisión) y que las alejan de la relación que realmente existe entre el promotor y la plataforma son las siguientes: dependencia, representación y actividad jurídica.**

- **Dependencia**, pues el comisionista tendrá que seguir las instrucciones dadas por el comitente, pudiendo estas ser más genéricas o más concretas, pero en todo caso existirá esa relación de dependencia. La plataforma Lánzanos no tiene esta relación de dependencia respecto del promotor. Tiene su propia estructura y se organiza de acuerdo a ella y a su objeto de negocio, que es la promoción de proyectos de crowdfunding
- **Representación**, el comisionista representará al comitente en sus relaciones con terceros. La plataforma no representa a los promotores, hace de mera intermediaria entre estos y los mecenas.
- **Actividad jurídica**, el comisionista lleva a cabo esa actividad al cerrar los negocios encomendados por su comitente. La plataforma de crowdfunding, por el contrario, no cierra los negocios con los mecenas, los cierra directamente el promotor con ellos

2.2 Contrato de agencia

La definición de este otro contrato de colaboración la podemos encontrar en el art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia cuyo tenor literal es el siguiente: “Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a

promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.”

Las características de este contrato, por tanto son las siguientes:

- El agente es un empresario **independiente**
- La actividad del agente será **promover y concluir** actos u operaciones de comercio
- El agente actúa **por cuenta y en nombre del empresario**, no asumiendo riesgo alguno
- Será un contrato **remunerado**
- La relación es **estable o duradera**

La relación que se establece entre el promotor y la plataforma Lánzanos encaja en las cuatro primeras características. La plataforma es independiente del promotor, se encarga de promover las operaciones, actuará por cuenta del empresario y estamos ante una labor remunerada por la comisión que va a recibir. En cambio, la quinta de las características, la duración del contrato, no la va a cumplir. **La duración es esencial en el contrato de agencia**, este contrato nace para perdurar en el tiempo, de forma definida o indefinida, pero es una relación concebida para producir efectos a lo largo de un periodo de tiempo ya que el fin perseguido con el mismo es duradero, no puede agotarse en un solo acto. Por el contrario, la relación que tiene el promotor con la plataforma será puntual, para un proyecto concreto y por la duración de la campaña de crowdfunding, nada más. Estas campañas suelen estar limitadas en plazos muy breves de tiempo, de alrededor de 30 días.^{19, 20}

2.3 Contrato de mediación o corretaje

La última figura que vamos a estudiar es el contrato de mediación o corretaje. El profesor García-Pita y Lastres define el contrato de mediación de la siguiente manera: “Aquel contrato cuya causa consiste en la promoción ocasional de nuevos contratos, mediante una actividad de aproximación de las partes o de indicación de la oportunidad de contratar, por el cual una de las partes – el Comitente o Principal – se obliga a pagar un premio a la Otra – el Corredor o Mediador -, para el caso de que efectivamente se haya concertado el contrato, pudiendo el Corredor a su vez, obligarse también recíprocamente, a desarrollar la actividad mediadora indicada”^{21,22}

¹⁹ JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho Mercantil de Obligaciones, Contratos Comerciales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 392-393

²⁰ “El contrato de mediación o corretaje... se diferencia del contrato de agencia, en lo que aquí interesa, en la falta de estabilidad de la relación” vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 860/2011 de 10 enero. (RJ 2011\151)

²¹ JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho Mercantil de Obligaciones, Contratos Comerciales*, cit., p. 259

²² esta figura sí la encontraremos definida en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo en el Código Civil Italiano, en su artículo 1754, la cual define con el siguiente tenor literal: “Es mediador aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin hallarse ligado a ninguna de

Las características definitorias del contrato de mediación y que lo diferencian de otros contratos de colaboración son las siguientes:

- Llevan a cabo su labor de forma **independiente**, organizándose según sus propios criterios.
- No representan al principal, llevando a cabo su labor (intermediar) **en nombre propio**.
- Por último, la actividad del mediador es una actividad más material que jurídica, la de **acercar a las partes**, la de hacer de intermediario pero sin concluir los contratos que van a obligar al principal y a sus clientes.

Estas diferencias se han ido definiendo según la diversa jurisprudencia de la cual podemos tomar como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de junio de 1950 (*TOLA.451.333*) y la Sentencia Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1962 (*TOLA.333.776*). De lo visto en ambas, se deduce que ni la dependencia ni la representación son características del contrato de mediación.^{23,24}

Otra de las características definitorias del contrato de mediación es su falta de continuidad y estabilidad. La relación entre las partes se va consumir en casos concretos y puntuales, sin ninguna intención de prorrogar la relación en el tiempo, bien de forma indefinida o con un final establecido.

Por último, y como característica común a los contratos de colaboración que estamos viendo, la remuneración del corredor o mediador consistirá en un porcentaje pactado sobre el negocio concluido.

¿Los servicios prestados por Lánzanos encajan en un contrato de mediación? Aparentemente sí. La labor de Lánzanos es de intermediar entre los mecenas y el promotor con el fin de que el segundo pueda cerrar los contratos directamente con los mecenas. Vamos a comprobar punto por punto algunas de las características que hemos visto del contrato de mediación y su aplicación a la plataforma de crowdfunding:

- La plataforma Lánzanos va a llevar a cabo esta labor de forma **puntual**, los promotores podrán usar esa plataforma o no para posteriores proyectos, pero no se cierra una relación continuada a lo largo del tiempo para todos los proyectos que el promotor vaya a llevar a cabo en adelante, siendo incluso muy probable que el promotor lleve a cabo pocos proyectos financiados por medio del crowdfunding de recompensa a lo largo de su vida como profesional y para cada uno de ellos se establecerá nuevamente el contrato.

ellas por relaciones de colaboración, dependencia o representación” vid. JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES, Derecho Mercantil de Obligaciones, Contratos Comerciales, cit., p. 220

²³ “El contrato de mediación o corretaje es el que tiene lugar cuando la intervención de una persona queda reducida a poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, **sin contratar aquella en nombre propio ni en el de su comitente**”

²⁴ “...merece el carácter de mediador el que pone en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio, **sin estar ligado a ninguna de las dos por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación**, no pudiendo obrar como representante o gestor de negocios o arrendador de obra de uno de los contrayentes”

- Lánzanos va a promover el proyecto con **independencia** y de forma autónoma, no estando su estructura empresarial integrada en modo alguno con la de los promotores de los proyectos
- No va a llevar a cabo labor alguna de **representación**. La labor de la plataforma no es ponerse en el lugar de los promotores y llevar a cabo las ventas. Su labor será la de acercar a las partes y hacer de mero escaparate de los proyectos.
- **No cerrará contratos** ni en su nombre ni en nombre de un tercero, como vimos anteriormente su labor será meramente material, de acercamiento entre las partes.
- Y, por último, su **remuneración** variará en función de lo recaudado por el proyecto. Una comisión sobre esta cantidad es lo que va a recibir en condición de premio o recompensa por los servicios prestados al promotor.

De todo esto deducimos que la labor que lleva a cabo Lánzanos parece que encaja con escasas fisuras con la labor del mediador o corredor.

2.4 Regulación aplicable

¿Qué regulación va a ser la aplicable a este contrato? El contrato de mediación no lo encontraremos definido como tal en nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos ante lo que se denomina contratos atípicos. Para saber el orden de aplicación de las fuentes del contrato de mediación, tendremos que acudir a la jurisprudencia la cual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1999 (RJ 1999\7007) respecto a un contrato de mediación nos indica lo siguiente: “...habrá que recurrir a lo pactado por las partes a tenor de la facultad otorgada por los artículos 1091 y 1.255 del Código Civil , después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil , más tarde a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia pacífica y consolidada establecida por las sentencias de esta Sala; sin olvidar, en su caso, la doctrina científica y derecho comparado, recogidos en dicha jurisprudencia.”

Partiendo de esta base y siguiendo el desglose que ha llevado a cabo Laura Gázquez Serrano, veremos que las fuentes de regulación de este contrato son las siguientes:²⁵

- En primer lugar, la voluntad de las partes según indica el 1.255 del CC siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.
- En segundo lugar, los Títulos I y II del Libro Cuarto del CC. Alguna doctrina indica que debería de ser aplicable preferentemente los art. 51 y siguientes del Código de Comercio dado el carácter mercantil de la actividad desarrollada pero los tribunales no han sido del mismo parecer y viene aplicando preferentemente la legislación del CC.
- En tercer lugar, según los art. 1258 y 1257 del CC, a los usos y costumbres que en este caso adquieren especial relevancia tal como queda patente en la Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de Febrero de 1957 (TOL4.377.562), pero según indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 (TOL1.734.103), recuerda que esta tendrá que ser objeto de prueba por parte de quien la presente.

²⁵ GAZQUEZ SERRANO, LAURA, *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, pp.37-46

- En cuarto lugar, en defecto de disposiciones propias, se regirá por las normas de otros contratos con los que guarda relación, como sería el mandato, la comisión, el arrendamiento de obras y servicios si los preceptos son aplicables por idóneos o semejantes tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de Febrero de 1996 (RJ 1996\1088) y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 174/2010 de 18 marzo de 2010 (RJ 2010\3908)^{26,27}

A continuación desglosaremos que artículos tanto del mandato y comisión como de los contratos de obra y servicios serían aplicables a un contrato de corretaje y, por tanto, a uno entre el promotor y la plataforma de crowdfunding. **Insistir en que estos artículos solo serán de aplicación en caso de inexistencia de cláusulas en el contrato entre ambos que regulen los supuestos establecidos.**

2.4.1 Normas aplicables del mandato

El mandato como hemos visto lo encontramos definido entre los arts. 1709 y 1739 del CC. El TS ha declarado inaplicables al contrato de mediación los artículos 1709, 1711, 1719 y 1728 del CC que hacen referencia a la gratuidad del mandato, la dependencia del mandante y al anticipo de cantidades por ir contra la naturaleza de la mediación.

Sí que serían aplicables al contrato de mediación el resto de artículos, entre los cuales destacaremos:

Art. 1.714 y 1.715, referente a los **límites** del mandato que no pueden ser traspasados por el mandatario. La plataforma de crowdfunding no podría modificar lo indicado por el promotor del producto para intentar hacer más atrayente la oferta a los posibles mecenas, a no ser que de hacerlo supusiese una ventaja para el promotor.

Art. 1718, referente a la **obligación del mandatario de cumplir** el mandato y en caso contrario a resarcir por daños y perjuicios al mandante. En este caso, la plataforma de crowdfunding si acuerda con el promotor publicar el producto en su web, debe de hacerlo. Si no lo hace, este artículo haría posible que el promotor pudiese actuar por daños y perjuicios contra la plataforma

Art. 1.721 y ss, referentes al nombramiento de un posible **sustituto** para realizar el mandato, aunque difícilmente podría darse el caso de que la plataforma de crowdfunding decidiese no publicar el producto en su web y lo hiciese en otra web distinta. En cualquier caso, el promotor podría accionar contra ambos si se dan las circunstancias del 1.721.

Art. 1.727, donde se indica que el **mandante debe cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído**. En este caso, el promotor que ha utilizado la plataforma de crowdfunding estaría obligada a hacer o entregar lo pactado con los mecenas que hayan adquirido el servicio o producto a través de la misma.

Art. 1.732, referente a la **finalización del mandato**. A las causas indicadas en este artículo habría que añadir una propia de los contratos de mediación, el de la conclusión

²⁶ ...de corretaje o comisión, no regulado expresamente en leyes civiles, si bien con sustantividad propia, innominado " facio ut des ", a quien alcanza la regulación de las obligaciones y contratos del Código civil y de manera subsidiaria la regulación del contrato de mandato de los artículos 1.709 a 1.739 del Código civil...

²⁷ "el contrato de mediación...se rige...en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil..."

del negocio para el cual el mediador se hubiese comprometido. Recordemos que la extinción del contrato de mediación en actos únicos era una de las características que diferenciaba a este contrato de otros similares, como el de agencia.

Art. 1.736, referente a la posibilidad que tiene el mandatario de **renunciar al mandato**. La plataforma de crowdfunding notificara al promotor que va a dejar de publicar el producto en su página y le tiene que dar tiempo a que este comience la campaña en otra plataforma. Eso si, tendrá que responder de los perjuicios causados al promotor a no ser que la renuncia se funde en la imposibilidad de continuar con la mediación sin grave detrimento de la plataforma.

2.4.2 Normas aplicables de la comisión mercantil

La encontraremos definida en los arts. 244 y ss. del Código de Comercio. Tendremos en cuenta estas normas preferentemente a las ya vistas en el mandato cuando alguna de las partes del contrato (comitente y comisionista) pueda ser considerada comerciante. Además, tendremos en cuenta que los artículos referentes a la dependencia entre comitente y comisionista (245 y ss.) y las provisiones de fondos (250 y ss) tampoco serán de aplicación al igual que no lo eran las equivalentes del mandato. Aquellas otras en las que trata de las ventas directas que hace el comisionista tampoco serán de aplicación por no darse nunca ese caso en el corretaje, pues el mediador nunca cierra los contratos sino que se cierran directamente entre promotor y los clientes finales. Por último, habrá otros artículos que sean de dudosa aplicación, como el art. 267 referente a la adquisición de los productos o servicios por el propio comisionista. Tiene sentido en la comisión al haber un conflicto de intereses evidente y pudiéndose dar el caso de autocontratación al poder firmar tanto como comprador y vendedor el comisionista. En el caso de la mediación esto no se va a dar y aún menos en el caso del crowdfunding, donde el promotor lo que busca es financiación para llevar a cabo un producto o servicio. En cualquier caso, destacaremos frente a los ya vistos para el mandato los siguientes artículos:

Art. 252, referente a la **responsabilidad** del comisionista por los daños provocados en caso de no llevarse a cabo lo pactado.

Art. 256, referente a proceder por parte del comisionista de forma **contraria a lo acordado** expresamente por el comitente. Similar a lo visto a los límites del mandato.

Art. 259, referente a la obligación del comisionista de **limitar su actuación a lo establecido en las leyes y reglamentos**. La plataforma de crowdfunding tendrá que atenerse a lo indicado en estos preceptos bajo riesgo de considerarse responsable junto con el promotor de su incumplimiento, aunque hubiese seguido las indicaciones de este.

Art. 262, referente a la **delegación o sustitución** por parte del comisionista. Similar a los visto para el mandato.

Art. 279, referente a la posibilidad que tiene el comitente de **revocar la comisión** en cualquier momento. El promotor en este caso podrá cancelar la promoción del producto o servicio en la plataforma pero ateniéndose a lo indicado en este artículo, esto es, liquidar las gestiones ya practicadas por la plataforma antes de la cancelación

2.4.3 Normas aplicables de los contratos de obras y servicios

Ambos los encontraremos definidos en el art. 1.544 del CC y están regulados en los arts. 1.583 y ss. del propio código. La regulación del contrato de servicios existente es

completamente anacrónica pues únicamente hace referente al servicio de criados y trabajadores asalariados, con lo que únicamente tendremos en cuenta lo indicado en los art. 1588 y ss. en donde se regulan los contratos de obra.

Art. 1.590, donde se indica que quien se obliga a poner solo su trabajo no puede reclamar estipendio alguno si se **destruye la obra** antes de haber sido entregada. El equivalente en el crowdfunding es que la plataforma que promociona el producto no puede pedir al promotor cobrar su comisión si la plataforma queda destruida o inutilizable antes de acabar el periodo de promoción.

Art. 1.594, nuevamente hace referencia al posible **desestimiento** por parte del contratante pero indemnizando al contratado por las labores ya realizadas. Este es equivalente a lo ya visto para mandato y comisión.

Art. 1.595, referente a la **extinción del contrato por muerte del contratado** si la obra había sido encargada por razón de las cualidades del mismo. El equivalente en el crowdfunding podría darse cuando una plataforma cierra y pretende negociar y vender la promoción de los proyectos que actualmente se encuentran en ella a terceras personas. En este caso, el promotor podría cancelar el proyecto sin obligación de indemnizar a la plataforma.

3 Relación de la plataforma con los mecenas

La relación entre los mecenas y la plataforma y sus obligaciones recíprocas se derivaran de la relación anterior que hemos visto, esto es, del contrato de corretaje entre la plataforma y los promotores. Sendas sentencias de las audiencias de Málaga y San Sebastián han declarado que en los contratos de corretaje el mediario (en este caso los mecenas) tiene la calificación de tercero. Estos terceros en el contrato de corretaje serán posteriormente principales en el contrato que el promotor cierre con ellos, pero hasta ese momento **en lo referente al contrato de corretaje son terceros.**^{28,29}

Fuera de esta relación, que podemos entender como la principal en el caso que estamos viendo, la labor de la plataforma Lánzanos es la de ser un proveedor de servicios. Estos están regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que se creó para transponer la Directiva 2000/31/CE. El art. 16 de dicha Ley indica que **los prestadores de un servicio de intermediación no serán responsables por la información allí almacenada** siempre que no se tenga constancia de que se está realizando una actividad ilícita. En el segundo párrafo de dicho artículo indica que tendrán constancia a partir de que exista una notificación judicial. Partiendo de estas premisas, deduciremos que Lánzanos no tiene ninguna obligación respecto de los mecenas, salvo las que se deduzcan de los términos

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de Octubre de 2000 (JUR 2001\44576) definiendo el contrato de mediación. "...aquél en virtud del cual una persona - comitente- encarga a otro - corredor o mediador- que le informe de la ocasión u oportunidad de **concluir un negocio jurídico con un tercero -mediario-...**"

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 29 de Mayo de 2000, (ECLI:ES:APSS:2000:754) indicando que el tercero en el contrato de corretaje es el principal en el contrato posterior con el comitente "Los acuerdos sobre el pago del corretaje a que puedan llegar el oferente y **el mediario (tercero que interviene como parte principal en el contrato mediado)** son ajenos al corredor."

de uso de la propia web y en los que, tras su lectura, no se compromete a nada con ellos.³⁰

4 Segunda cuestión

2 - ¿Cuál es la posición jurídica de la plataforma Lánzanos? ¿Podría ser demandada por los mecenas? (contrato de corretaje, comisión...). ¿Tendría que devolver la comisión cobrada si el producto no se entrega?

En primer lugar hemos llevado a cabo una revisión de la relación jurídica que une a la plataforma Lánzanos con el promotor. Tras compararlo con diversos tipos (comisión, agencia, etc) hemos llegado a la conclusión que dicha relación es una **relación de mediación o corretaje**. Habiendo centrado finalmente tanto la figura jurídica como la legislación que le es de aplicación a este contrato atípico a falta de pacto entre las partes, pasemos a centrarnos en los sujetos del mismo para ver el grado de responsabilidad que tiene el mediador o corredor frente a ellos.

Por una parte tenemos al promotor y por otra parte al mediador. Estos son los dos actores principales y entre los que se lleva a cabo el contrato de corretaje. ¿Qué pasa con la relación entre el mecenas o mediatario y el mediador (Lánzanos)? Tal como hemos visto, **los mecenas serán terceros respecto al contrato de corretaje**. Al estar frente a un tercero y siendo la comisión por la intermediación parte esencial del contrato que existe entre el promotor y la plataforma, si los mecenas quieren recuperar la comisión **tendrían que solicitársela con el resto del pago al promotor directamente**, que es con el que han cerrado el contrato posterior de adquisición del producto.

Es importante resaltar lo siguiente respecto a lo aportado por los mecenas: la aportación que realizan al proyecto no es el precio de un producto al que se le añade la comisión de Lánzanos. **Lo aportado por los mecenas y entregado al promotor es el valor del producto íntegro**, al cual posteriormente el promotor le tiene que retirar una cantidad que es la que le paga al intermediario en concepto de comisión por el contrato de corretaje y el servicio de intermediación.

Respecto a una posible demanda de los mecenas a la plataforma para **intentar recuperar la comisión, no prosperaría**, pero como veremos en el siguiente apartado sería posible abordar una responsabilidad extracontractual de la plataforma.

³⁰ TÉRMINOS DE USO DE LA WEB LANZANOS, (6 de Junio de 2016), <http://www.lanzanos.com/terminos/>

III PREPARACIÓN DE LA DEMANDA

1 *Las partes del proceso*

En primer lugar tendremos que discernir cuales pueden ser los litigantes en el asunto, Tendremos que tener en cuenta la **capacidad** de los mismos (para ser parte y procesal) y la **legitimación**.

1.1 **Capacidad para ser parte**

Partiremos del art. 6 de la LEC, de título **Capacidad para ser parte**. La capacidad para ser parte es el equivalente a la capacidad jurídica del Derecho Civil, pero centrado en el ámbito procesal. Se refiere a la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que se derivan de la relación jurídica que es el proceso. ¿Quiénes pueden ser titulares de estos derechos y obligaciones? El propio art. 6 lo indica en diversos apartados, pero para nuestro caso nos vamos a centrar en el 1,3 y 7 del citado artículo:

- Las personas físicas
- Las personas jurídicas
- Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados

Los mecenas serán, en su mayoría, **personas físicas** cuya capacidad surgirá según lo indicado en los arts. 29 y 30 del CC y que básicamente se refieren a nacer con vida. El promotor, Ernesto, también cumplirá este requisito de ser una persona física con capacidad para ser parte.

Respecto a las **personas jurídicas**, tendremos que tenerlas en cuenta si lo que se pretende es demandar por alguna razón a la plataforma Lánzanos, pues como se puede leer en su página web en el apartado de términos de uso, nos encontramos ante una Sociedad Limitada. La capacidad para ser parte se deduce del art. 38 del CC, el cual le da la capacidad para “contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.”³¹

Por último, respecto a los **grupos de consumidores**, habrá que tener en cuenta los requisitos que indica el citado punto séptimo:

- Que la acción se ejercite en virtud de un hecho dañoso
- Que los individuos que integren el grupo estén determinados o sean fácilmente determinables.
- Que se integre el grupo con la mayoría de los afectados.

1.2 **Capacidad procesal**

Distinta de esta capacidad para ser parte es la capacidad procesal. Es el correlativo a la capacidad de obrar del Derecho Civil y se define como la aptitud para realizar

³¹ LANZANOS (Marzo de 2016): <http://www.lanzanos.com/terminos>

válidamente actos procesales por uno mismo o bien por representante designado. El art. 7 de la LEC nos indicara que características tienen que cumplirse para poder tener esta capacidad procesal:

- El punto primero nos indica que las personas requieren estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Esta remisión al Código Civil lo que viene a indicarnos es que estarán capacitados procesalmente los mayores de edad en los que no concurra ninguna causa de incapacidad declarada judicialmente.
- El punto cuarto hace referencia a la capacidad procesal de las personas jurídicas. En este caso Lánzanos podrá ejercitar sus acciones a través de quien legalmente la represente.
- Por último, el punto séptimo en referencia a los grupos de consumidores afectados por un hecho dañoso, indica que “comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros” de tal forma que, en caso de llevarse a cabo la demanda por un colectivo de afectado, estos tendrán que elegir a un representante que actúe en su nombre.

1.3 Legitimación

Hasta aquí hemos discernido la capacidad para ser parte en cualquier proceso de forma general. Ahora vamos a ver la capacidad en un caso concreto. Nos encontramos ante lo que se denomina legitimación. Podemos definir la legitimación como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada. Es decir, ser titular de un derecho subjetivo privado (legitimación activa) o de un deber u obligación (legitimación pasiva). Con la legitimación nos encontramos ante un tema no de forma, como la capacidad, sino de fondo y como tal es de vital importancia, pues de ella depende el acogimiento o no de la demanda. El artículo 10 de la LEC hace referencia a la legitimación al definir a las partes legítimas con el siguiente tenor literal: “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.” Por lo tanto, distinguiremos dos tipos de legitimación:

- La legitimación **activa**, que es la posición habilitante para formular la pretensión y que consiste en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material
- La legitimación **pasiva**, esto es, la imputación de la titularidad de las obligaciones.

La legitimación activa podrá ser ejercida en el caso que estamos tratando por los mecenas, que serán los titulares de la relación jurídica. Bien de forma individual o de forma colectiva, pues como reza el art. 11.2 de la LEC, los grupos de usuarios perfectamente determinados estarán legitimados para la tutela de la defensa de sus intereses colectivos.³²

³² Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un **grupo de consumidores** o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la **legitimación para pretender la tutela de esos intereses** colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a **los propios grupos de afectados**.

La legitimación pasiva o demandados serían, en este caso, por una parte y sin ninguna duda quien tuviese la obligación de entregar el producto, esto es el promotor Ernesto Gutiérrez. Además, como ya veremos algunas líneas más abajo, habría posibilidad de que la plataforma Lánzanos pudiese tener algún tipo de responsabilidad de naturaleza extracontractual.

2 *Demanda contra Ernesto Gutiérrez (promotor)*

2.1 **Fundamentos de derecho**

En el primer caso estaríamos ante un **incumplimiento de contrato** por parte del promotor. Incumplimiento pues su obligación frente a los mecenas era la entrega del producto en el plazo pactado. La legislación a aplicar sería el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, denominado Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El artículo 2 de este RD nos indica que su ámbito de aplicación será la relación entre consumidores o usuarios y empresarios. En su artículo 3, la definición de **usuario** vemos que encaja con la de los mecenas y la actividad que han realizado, pues considera usuario a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. En este caso, los mecenas son personas físicas actuando de forma particular y no profesional. Respecto al concepto de **empresario**, el artículo 4 nos indica que considerará empresario “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.” En este caso, Ernesto Gutiérrez cumple estas características, es una persona física, actúa en nombre propio y su propósito está relacionado con su actividad comercial que es la venta de juegos de mesa.³³

El artículo en que los mecenas basarán su posible demanda será el artículo 66 bis apartado 2, el cual hace referencia a la entrega de los bienes comprados mediante un contrato de compraventa: “2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.” El primer plazo de entrega según indica en el propio artículo 66 bis apartado uno, será lo acordado por las partes y en caso de que no se hubiese acordado nada 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. La fecha pactada por las partes sería lo ofertado en la campaña de crowdfunding por parte del promotor, esto es, las Navidades de 2014. ¿Por qué esa fecha aunque no estuviese expresamente pactada en un posible posterior contrato? El artículo 61 del propio TLRGDCU nos indica lo siguiente: “El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los

³³ Habría que tener en cuenta la posible excepción de aquellos mecenas profesionales que hubiesen participado en el proyecto con intención de revender posteriormente varios de los productos adquiridos. No es extraño que en diversos crowdfunding de recompensa de juegos de mesa algunos de los mecenas sean profesionales de la venta de estos juegos que atraídos por el posible descuento que suelen promocionar a aquellos que intervengan en los mismos hagan su aportación con esta intención, el de adquirir el producto para su posterior reventa al público en general. Este caso habría que tratarlo en otra legislación, en concreto estaríamos dentro del Código del Comercio sus artículos 325 y ss. complementado con el Código Civil y sus artículos 1445 y ss.

consumidores y usuarios, **aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado** o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.” Con lo que el contenido de lo publicado en la web Lánzanos como oferta pasará a ser exigible por los mecenas, estando entre este contenido la posible fecha de entrega publicitada por el promotor.

El procedimiento para poder ejercitar esta acción de incumplimiento de contrato por no cumplir con la fecha requiere una **notificación previa** por un medio fehaciente en derecho instando al promotor a que cumpla en un nuevo plazo. Un burofax para cumplir este requisito sería suficiente, además de esperar el nuevo plazo otorgado al promotor para cumplir con sus obligaciones.

2.2 *Petitum*

Respecto al *petitum* o lo que se pide nos moveremos al libro segundo Título III, cuyo título hace referencia a los contratos a distancia y fuera del establecimiento. El **ámbito** de este título viene indicado en el artículo 92 y en concreto podemos leer lo siguiente: “Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax.” En este Título, en el artículo 110 se dispone que en caso de falta de ejecución del contrato a distancia, **el consumidor deberá ser notificado de la falta del producto y recuperar sin ninguna demora** lo que se hubiese abonado por el mismo. En caso de que hubiese un retraso injustificado en la recuperación de lo abonado, se podrá reclamar el doble del importe adeudado, además del derecho a solicitar daños y perjuicios en la cantidad que exceda a la cantidad solicitada. De esta manera, los afectados solicitarían lo invertido en el crowdfunding de forma inmediata y en caso de que se produjese retraso injustificado en la devolución, solicitarían el doble de lo invertido. Además de esta cantidad, se solicitarían los intereses correspondientes a la misma, pero únicamente desde el segundo plazo dado para la entrega del producto.

Respecto a los daños y perjuicios que les hubiese provocado la no entrega del producto en la fecha pactada, lo omitiremos pues estos daños tendrían que ser probados por quien los pida y no creo que haya una forma sencilla de cuantificar los daños sufridos por el incumplimiento en la entrega de un juego de mesa. Además, habría que tener en cuenta que en caso de que no se aceptasen todos los *petitum* por parte del tribunal, sería mucho más probable que las costas del proceso recayesen en ambas partes o incluso solo en el demandante, con lo que gran parte de lo recuperado se diluyese en el pago de estas costas.

3 *Demanda contra plataforma Lánzanos*

Recordemos que según la cuestión anterior, la plataforma Lánzanos se encuentra relacionada con el promotor por un contrato de mediación. Entre los mecenas y la plataforma Lánzanos no hay una relación contractual, tienen consideración de tercero. ¿Es esto impedimento para que la plataforma sea parte en el proceso como demandada? La responsabilidad que los mecenas puedan intentar reclamar a la plataforma sería una responsabilidad extracontractual.

3.1 *Fundamentos de derecho*

La responsabilidad extracontractual no tiene su razón de ser en un contrato o pacto entre las partes, sino que se produce por el daño que causa una persona por culpa o negligencia (1.902 del CC), si necesidad de mediar pacto alguno entre el causante del

daño y la víctima. La importante diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual desde el punto de vista procesal es que mientras que la contractual se produce directamente al incumplir el demandado su obligación en el contrato y corresponde al demandado demostrar que ha cumplido el contrato según lo pactado, en la extracontractual corresponde al demandante probar la culpa o negligencia del demandado, siendo esta una posición mucho más complicada que la anterior. A su vez, esta responsabilidad extracontractual puede ser subjetiva u objetiva.

La responsabilidad **subjetiva** está regulada en el 1.902 CC y exige que el causante del daño haya sido culpable o negligente. En este caso, la plataforma podría haber sido culpable o negligente a la hora de elegir al promotor o de vigilar al promotor en su tarea. Estamos ante lo que se conoce como culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*. Ambas culpas las tendría que probar el demandante, pues estamos ante elementos constitutivos de los hechos por los que se demanda. A estos se refiere el art. 217 de la LEC e indica sin ningún tipo de ambigüedad que la carga de la prueba de estos elementos incumbe tanto al demandante como al actor reconveniente. Es evidente la dificultad que tendría para los mecenas probar que se hubiese producido alguna de ellas e incluso de la segunda, la de vigilar al promotor una vez empezado el proyecto, seguramente ni exista por parte de la plataforma Lánzanos.

La **objetiva**, por otra parte, no requiere esta negligencia o culpa y son *numerus clausus* en nuestro ordenamiento. Ninguna de las existentes tendría cabida en el caso que estamos tratando. No solo eso, sino que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, respecto a la responsabilidad de los proveedores de servicios exonera a estos de la misma por los datos allí almacenados si no son conscientes de que se está llevando a cabo una actividad ilícita, según reza el art. 16 de esta Ley y que ya vimos en la cuestión número II.

3.2 *Petitum*

Respecto al *petitum*, en este caso correspondería pedir los daños ocasionados por la responsabilidad extracontractual. Los daños más evidentes serían el desembolso realizado por parte de los mecenas en el juego, incrementado con los intereses correspondientes.

4 *Jurisdicción, competencia y tipo de proceso*

Hasta aquí hemos desarrollado los actores, los hechos, los fundamentos de derecho y el *petitum*. Lo único que nos quedaría por dilucidar es ante que jurisdicción y que juzgado presentar la demanda.

4.1 *Jurisdicción*

Nos encontramos dentro del orden **civil**, y al respecto el artículo 9.2 de la LOPJ nos indica lo siguiente: “Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.” Recordemos que en el orden civil las materias que le son propias son aquellas del Derecho civil y del mercantil

4.2 *Competencia*

La competencia la podemos entender desde dos puntos de vista: para los tribunales será el conjunto de asuntos o procesos en que un Juzgado o Tribunal puede ejercer su jurisdicción conforme a Derecho, en cambio, desde la perspectiva de los litigantes, les

permitirá conocer ante qué concreto Juzgado o Tribunal podrá o habrá de ejercer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Nos centraremos en la competencia objetiva y la territorial

4.2.1 Objetiva

Hace referencia a qué órgano se va a hacer cargo de un asunto concreto. Un órgano será competente en razón del objeto del proceso propuesto por el actor en la demanda. Para resolver dentro de los distintos órganos cual es el que tiene la competencia, habrá que dar un primer paso, que es saber si la demanda se va a hacer de forma individual o colectiva. Si cada mecenas presenta su demanda de forma **individual** habrá que determinar la cuantía del proceso. Para ello atenderemos a lo indicado en el art. 251.1ª de la LEC, el cual nos dice que si se reclama una cantidad de dinero concreta (como es este el caso), la cuantía de la demanda vendrá determinada por dicha cantidad. Entenderemos, con idea de simplificar el supuesto, que la aportación mínima de cada mecenas fue de 100 Euros, siendo esta la cuantía del proceso si cada mecenas se presenta de forma individual. En este supuesto, el juzgado que corresponde será el de Primera Instancia según indica el art. 85 de la LOPJ: “En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales.” Si por el contrario se decide hacer de forma **colectiva**, la LOPJ en su art. 86 ter 2.d indica lo siguiente respecto a la competencia objetiva de los juzgados mercantiles: “Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios” con lo que sería competente un juzgado mercantil

4.2.2 Territorial

Habiendo deducido el órgano competente objetivamente, se da el caso de que estos órganos tienen su ámbito de acción limitado a un área geográfica determinada. Para el ámbito territorial es importante saber dónde se considera celebrado el contrato. Para ello en este caso concreto, en donde se ha llevado a cabo la contratación a través de internet, tenemos que acudir al art. 29 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico la cual nos indica que en los contratos celebrados por vía electrónica donde una de las partes sea un consumidor, se entenderán celebrados donde este tenga su residencia habitual. Por otra parte, el art. 50 de la LEC, al respecto del fuero de las personas físicas (recordemos que en este caso el demandado, Ernesto Gutiérrez es una persona física) indica en su apartado 3 que los empresarios y profesionales podrán ser demandados en el lugar donde desarrollen la actividad. Relacionando ambos preceptos, tenemos que el fuero territorial podrá ser, en los casos de venta a través de internet, **el del demandante** con los consiguientes beneficios para este.

4.3 Tipo de proceso

Recordemos que los procesos declarativos como el que estamos tratando pueden ser verbales u ordinarios. Entrarán dentro del ámbito del juicio verbal, según el 250.2 de la LEC, aquellos cuya cuantía no excedan de los 6.000 Euros, que será el caso que nos ocupa si se presenta de forma individual Si se presenta de forma colectiva estaríamos

ante un proceso ordinario, pues la cuantía del proceso sería lo recaudado por el promotor o incluso podrá ser el doble según vimos en el art. 110 del TLRGDCU.³⁴

5 Tercera cuestión

3 - ¿Cuál sería el procedimiento a seguir por los mecenas en la demanda? ¿Sería posible una demanda colectiva o tendría que hacerlo cada uno de forma individual? Razonar el tribunal competente y jurisdicción.

La demanda la hemos dejado concretada en los puntos anteriores definiendo por un lado las **legitimaciones** de las partes, correspondiendo la legitimación activa a los mecenas y la pasiva al promotor. Además también hemos visto que desde la perspectiva de una posible responsabilidad extracontractual la plataforma Lánzanos también podría ser demandada.

Por otro lado, definimos las **acciones** a llevar a cabo, siendo la acción de incumplimiento de contrato basada en la no entrega del producto en la fecha acordada la que se ejecutaría contra el promotor y una de responsabilidad extracontractual basada en una posible culpa en *eligendo* o *vigilando* contra la plataforma Lánzanos.

Las demandas se podrían hacer de forma **individual** o tal como indica el art. 6.7 de la LEC, también podrá ser presentada de forma **colectiva** si se constituye un grupo formado por la mayoría de los afectados.

Respecto al tribunal competente y la jurisdicción hemos llegado a la siguiente conclusión: Juzgado de lo **mercantil** si se presenta de forma colectiva o de **primera instancia** si se presenta de forma individual.

El fuero será el del **domicilio del demandante**

El **proceso** será verbal por la cuantía si se presenta de forma individual u ordinario si se presenta de forma colectiva

³⁴ “En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.”

IV PROTECCION DE LOS COMPONENTES DEL JUEGO

1 Diferenciación de los componentes

Para conocer la posibilidad que tiene el promotor del nuevo juego de utilizar los recursos previamente utilizados en la versión de los años 80, tenemos que enumerar los diferentes componentes del mismo y ver qué derechos asisten a los creadores y diseñadores de los mismos. Podremos observar, en cualquier juego de mesa, los siguientes dos componentes básicos:

- Reglas del juego
- Tablero y miniaturas

2 Reglas y libro de misiones

El juego que nos atañe, según el enunciado, tiene dos componentes que podríamos denominar literarios o de texto puro: el libro de reglas y el libro de misiones. Ambos serán documentos, más o menos extensos, donde se nos indicarán:

- En el primero las normas que van a regir a la hora de la interacción de los distintos jugadores con los componentes del juego y entre ellos mismos. Aquí es donde podríamos leer que los personajes que representan a los jugadores se van a desplazar tirando un dado o usando los puntos de movimiento indicados en una carta de personaje, el daño que hacen al combatir entre ellos...
- En el segundo, el libro de misiones, se va a indicar la disposición precisa de los componentes del juego sobre el tablero a la hora de comenzar una partida, así como una breve introducción que indique a los jugadores los objetivos en ese escenario concreto.

2.1 Las patentes

Lo primero que se nos viene a la mente a la hora de proteger creaciones susceptibles de comercialización es la idea de la patentes y de la propiedad industrial. A este respecto nuestra legislación cuenta con la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, la cual ya deja fuera de su ámbito cualquier posibilidad de patentar las reglas de los juegos. Indica esta norma que es requisito imprescindible para que algo sea patentable que sea considerado una invención (art. 1) y el artículo 4 de esta ley indica que no será considerado invención, en concreto: “Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores.” Con lo que vemos que una posible protección de los derechos sobre las reglas no va a venir por parte de la propiedad industrial y sus patentes.

2.2 La propiedad intelectual

Tendremos que movernos al ámbito de la propiedad intelectual y de la protección de los derechos que tienen los autores sobre su obra, los cuales se rigen por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, sobre Propiedad Intelectual. La Propiedad Intelectual podremos definirla como: “Aquella rama del derecho que estudia los derechos de autor y aquellos otros derechos de carácter similar a los de autor y denominados derechos afines, vecinos o conexos, entre los que se incluyen los de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, las entidades de

radiodifusión, los realizadores de meras fotografías, los divulgadores y editores de determinadas producciones editoriales y los fabricantes de bases de datos”³⁵

La LPI, en su artículo 10, nos indica que son el objeto de su protección: “...todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...” Esta primera clasificación como obras literarias, artísticas o científicas, podría llevarnos a la errónea idea, tal como indica el Manual de Propiedad Intelectual dirigido por Bercovitz, de que la obra tiene que estar incluida dentro de uno de estos tres tipos. Tal clasificación lo único que pretende es recordar que tiene que ser algo producido por el ser humano.³⁶

El requisito imprescindible para que una obra esté protegida por la propiedad intelectual es que esta sea original. Los textos de las reglas de los años 80 consideraremos que cumplían este requisito de originalidad, esto es, que no eran una copia de otro texto. La calidad de las mismas, su destino y otras características son indiferentes en lo que a la ley concierne para concederle la protección.

2.2.1 El registro de las obras

La propia ley menciona en su Título II (arts. 144 y 145) la existencia de un registro donde podrán ser objeto de inscripción todas las obras susceptibles de protección. ¿Es imprescindible que el autor de una obra la registre para poder hacer valer sus derechos? Para nada, su registro solo demuestra su existencia en el momento de la inscripción. Los derechos sobre la obra original lo da el hecho de su creación por parte del autor según indican los arts. 1 y 5 LPI y tal como ha constatado el TS, sin requisito alguno de carácter formal ni de capacidad. En el caso que estamos tratando, la fecha de su creación vendrá dada, en el peor de los casos, por la fecha en que salieron a la venta los juegos originales en los años 80, momento en el cual queda evidenciado la existencia de las reglas sin ninguna duda.³⁷

2.2.2 Los derechos

Los derechos que asistirán a los autores de las obras originales tendrán una doble vertiente, patrimonial y moral.

- Los **derechos patrimoniales** de explotación los encontraremos entre los art. 17 al 23 de la LPI e incluirán, entre otros, los de reproducción, distribución, comunicación pública, transformación y colección. La propia ley indica que no es una lista cerrada.

³⁵ Vid. por todos PASCUAL BARBERÁ MOLINA, *Manual práctico de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid 2010, p.15

³⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Dir), *Manual de propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 47 y 48

³⁷ “La existencia de la obra y la atribución de derechos sobre la misma no deriva de la inscripción registral sino del hecho mismo de su creación por parte de su autor (artículos 1 y 5 de la LPI), operando el registro como medio de prueba de que tal creación existía al tiempo de su presentación al Registro. Pretender atribuir otro eficacia al hecho de la inscripción en materia de propiedad intelectual supone desconocer la regulación básica en esta materia.” Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 190/2007 del 11 de Octubre de 2007 (JUR 2008\4548)

- Los **derecho morales** los encontramos enumerados en el art. 14 de la LPI y son los derechos exclusivos que tiene el autor sobre decidir si la obra tiene que ser divulgada y de qué forma, determinar si se debe hacer con seudónimo o con su nombre, exigir reconocimiento de autor, etc.

La actividad que pretende el promotor de distribuir los nuevos juegos con una copia de las reglas anteriores, vulneraría los derechos de reproducción y distribución, definidos en los art. 18 y 19 de la LPI de la siguiente forma:

- Reproducción -> “la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”
- Distribución -> “la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.”

Por último, también tendríamos que tener en cuenta el tiempo que las obras susceptibles de protección llevan a disposición del público. A este respecto, el art. 26 de la LPI indica que las obras estarán **protegidas por un plazo de 70 años** tras el fallecimiento del autor.

3 Tablero y miniaturas

3.1 La patente

La patente la descartaremos nuevamente, pues uno de los requisitos de las patentes según señala la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, es el de tener aplicación industrial (art. 4.1), siendo este un requisito imprescindible y que no existe ni en el tablero ni en las miniaturas.

3.2 El modelo de utilidad

Podemos considerar al modelo de utilidad una institución regulada para proteger lo que se podrían considerar invenciones menores, donde el requisito de innovación esencial para las patentes se tiene en cuenta de forma más laxa. En el caso del modelo de utilidad, la innovación debería de consistir en una nueva forma o configuración o estructura de un objeto que le confiere al mismo alguna ventaja practica para su uso o fabricación. Vamos a descartar el modelo de utilidad como una institución susceptible de proteger tanto el tablero como las miniaturas pues no cumple con este requisito de innovación, además de tampoco cumplir el de aplicación industrial, necesario al igual que en las patentes.

3.3 El diseño industrial

El diseño industrial lo encontraremos regulado en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, así como en el Real Decreto 1937/2004, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial. El diseño es la apariencia conferida a un producto para diferenciarlo de otros productos competidores. La definición de producto la dará la propia LDI en su artículo 1.2 b) al indicar que se considera producto: “todo artículo industrial o artesanal, incluidas, entre otras cosas, las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos, con exclusión de los programas

informáticos.” En nada va a afectar que estemos ante un dibujo en dos dimensiones o un modelo en tres dimensiones. En ambos casos si tienen la capacidad de diferenciación de otros productos de la competencia, son susceptibles de protección por la LDI. La característica de novedad que la va hacer susceptible de protección tendrá que venir referida exclusivamente a la forma, tal como deja patente la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 junio 2010 (RJ 2010\5305)³⁸

Tal como indica la doctrina, haremos mención a otro par de requisitos que tiene que cumplir los productos que pretendan su protección como diseño industrial. Estamos en este caso ante requisitos absolutos y son los siguientes:³⁹

- **Visibilidad** -> el producto tiene que ser visible para el usuario final durante la utilización normal del producto (art. 8.1 a) de la LDI)
- **Función no técnica de la apariencia** -> esto es, que el diseño no venga dado por la función técnica que el producto cumple (art. 11.1 LDI)

3.3.1 El registro del diseño industrial

Tanto el requisito relativo, referente a la diferenciación de otros productos, como los requisitos absolutos, de visibilidad y función no técnica de la apariencia, son cumplidos por las miniaturas y por el tablero. ¿Significa esto que, al igual que con los derechos de autor con la simple autoría ya van a estar protegidos los derechos de su creador? No, a diferencia de las obras protegidas con derechos de autor en este caso sí que va a ser necesario, para que un diseño industrial este protegido, que quien lo haya realizado lleve a cabo su **inscripción** en la OEPM. Tal como indica el art. 2 de la LDI es requisito imprescindible para su protección que el diseño haya sido registrado válidamente en el Registro de Diseños.

3.3.2 Los derechos del titular del diseño

La inscripción en el registro va a conferir al titular los derechos indicados en el Título VI de la LDI (art. del 45 al 57). El propio art. 45 indica que el titular tendrá derecho exclusivo de utilizar y prohibir la utilización del diseño sin su consentimiento, pero teniendo en cuenta las excepciones que indica al art. 48 referente a utilización del diseño en el ámbito privado, con fines experimentales, etc. El art. 45 aclara lo que significa exactamente utilizar: **fabricar, ofertar, comercializar, importar, exportar o usar** un producto que incorpore el diseño protegido, así como el almacenamiento del producto con alguno de estos fines. La duración de este derecho será de 5 años desde la presentación de la solicitud, renovable por uno o varios periodos de 5 años hasta un **máximo de 25 años** (art. 43 LDI).

3.4 La propiedad intelectual

El tablero y las miniaturas son susceptibles de una doble protección. Por una parte, según vimos en el apartado anterior referente a las reglas del juego, cumplirán los requisitos de originalidad y creación por parte del ser humano, requeridos por la LPI en su artículo 10. Las miniaturas son pequeñas figuras modeladas en resina, plomo o

³⁸ “...no debiendo olvidarse que el objeto propio de protección del modelo industrial son las formas externas del producto comercializable...”

³⁹ Vid. por todos BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 490, 491

cualquier otro material maleable. Estos modelados tienen una carga de creatividad que hace posible su protección por la LPI. El tablero, al igual que las miniaturas si se encuentra especialmente trabajado con dibujos y grafías originales creadas por el autor del mismo, también va a cumplir estos requisitos de originalidad y creatividad.

Que una obra esté cubierta por la LPI, no significa que no pueda también protegerse por algún otro derecho. A este respecto nos indica que art. 3 de la LPI que los derechos de autor son independientes, acumulables y compatibles con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. A esta potencialmente doble protección también hace referencia la disposición adicional 10 de la Ley de Diseño Industrial, al indicar que son compatibles ambas siempre que el diseño “presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual”

Los derechos que rigen sobre estos componentes del juego y protegidos por la LPI serán los mismos que los vistos en el apartado 2.2.2, tanto los morales como los patrimoniales.

4 Cuarta cuestión

4 – Respecto al desarrollo del juego ¿podría utilizar Ernesto el mismo libro de reglas, misiones, tablero, etc. junto con el nombre de Cruzada Estelar sin ningún problema?

Como hemos visto en el desarrollo del punto 2.1, las reglas vendrán protegidas por los derechos de propiedad intelectual, al ser una obra original. Los autores tendrán los derechos que le otorga los art. 17-23 y el 14, entre ellos el derecho a que no se reproduzca la obra sin que el autor de su consentimiento. De esta manera, **las reglas no podrán ser publicadas con la misma redacción que tenían en el juego original de los años 80**, al menos por el plazo que vimos que estaban protegidos los derechos de autor, esto es, 70 años desde el fallecimiento de su creador.

Pero hay que tener en cuenta, tal como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 190/2007 del 11 de Octubre de 2007 (JUR 2008\4548), respecto a la protección que solicitaba el creador de unas reglas de un juego de azar respecto a otro juego similar publicado por la ONCE, que esta protección “...ciñe el ámbito de protección a la forma de expresión externa de la creación y no a la idea que está detrás de ella.” Con lo que es **posible para el promotor del juego crear unas reglas similares a las anteriores** pero que no estén expresadas de la misma forma, es decir, que el texto difiera del original aun tratando la misma idea.

Respecto a copiar el tablero y las miniaturas, tal como desarrollamos en el punto 3.4 estos van a tener, como mínimo la protección de los derechos de autor al poder considerarlos una obra original y creativa. Opcionalmente, estos componentes también podrían haber estado protegidos como diseño industrial, si en el momento de su puesta en el mercado en los años 80 se hubiesen registrado válidamente en el Registro de Diseños. En cualquier caso, de haberlo hecho y de haber sido renovados cada 5 años, como máximo habría estado protegido hasta 25 años después de su registro por el titular, con lo que **entendemos que no estaría protegidos en la actualidad como diseño industrial.**

En definitiva, **la copia exacta de todos estos componentes no sería posible por el promotor del juego en la actualidad**, pues estarían protegido por derechos de autor

durante un plazo de 70 años tras el fallecimiento de su creador y su copia exacta sería considerada un plagio. Respecto a donde está el límite entre copia e inspiración, la jurisprudencia suele tomar como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1995 (RJ 1995\387), la cual indica que será considerado plagio: “...todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.”

V PROTECCION DE LA MARCA

En los siguientes puntos vamos a tratar las distintas protecciones que puede haber sobre una marca y las acciones susceptibles de proteger la misma. En función de la protección que se solicite, veremos que las partes legitimadas para ejercer las acciones variarán. Podrá ser bien el dueño de la marca registrada el que se oponga a su uso por un tercero o también el autor de algún elemento digno de ser considerado original, cuyo origen sea el ser humano y que pueda probarse la autoría del mismo.

1 La Marca

1.1 Concepto de marca

La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, indica en su artículo 1 que su ámbito de protección para el caso que nos ocupa va a ser las marcas. En el artículo 4.1 da una definición de marca que es la siguiente: "...todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras." Deducimos por tanto que las características fundamentales de una marca son las siguientes:

- Por una parte estamos ante un **signo o medio** que se aplica a un objeto para distinguirlo de otros.
- Por otra parte, su **función, va a ser distinguir** los productos o servicios de una empresa de los ofrecidos por otra empresa distinta.

Por lo tanto, la marca no va a ser solamente un signo, sino un signo que se relaciona con un producto determinado dentro del mercado para distinguirlo e identificarlo.

1.2 Función de la marca

La función principal de la marca va a ser identificar y distinguir los productos a los que se aplica, según se deduce de la definición que acabamos de ver en el apartado anterior. La doctrina tradicional ha defendido que la marca también sirve para asegurar que los productos tienen el mismo origen empresarial, pero esto hay que matizarlo, pues no siempre los productos que utilicen una misma marca van a tener este origen común al ser posible su utilización bajo licencia por varias empresas distintas. En la actualidad esta homogeneización de orígenes en los productos ha quedado desvirtuada.

Esta función va a tener una doble vertiente de protección, por una parte **la del titular de la marca**, el cual queda protegido de cualquier uso que de la misma pueda hacer un tercero sin su consentimiento con el fin de aprovechar el reconocimiento de la marca. Por otra parte, también **los consumidores** van a estar protegidos, en la medida que les va a permitir identificar el origen de los productos que se ofrecen en el mercado pudiendo elegir entre ellos. Pero esta protección de los consumidores la LM y el RMC la defienden en un segundo plano, al ser subsidiario del derecho que pueda tener el titular de la marca a permitir el registro y uso de una marca similar a la registrada por el previamente. Esto queda evidenciado por la revisión de oficio que lleva a cabo la Oficina Española de Patentes y Marcas en el momento del registro: únicamente llevarán a cabo esta revisión de oficio de las prohibiciones absolutas indicadas en el art. 5 y 9.1 b). El resto de causas, las relativas, serán causas de denegación de acceso al registro y

no de prohibición, y solo podrán hacerse valer por vía de oposición del tercero perjudicado.⁴⁰

1.3 Nacimiento del derecho y legitimación activa para proteger la marca

El derecho a la protección de la marca estará supeditado al correcto registro de la misma en el registro de marcas de la OEPM dependiente del Ministerio de Energía, industria y turismo. Recordemos que además del registro el titular de la misma tiene la obligación de utilizar la marca, tal como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 12/2000 de 22 enero. (RJ 2000\60). Nos centraremos únicamente en su registro a nivel nacional, pues el caso indica que el promotor del crowdfunding hizo su registro en España, obviando la marca Europea y su posible registro en la oficina de marcas de Alicante, que le daría a la marca una protección a nivel Europeo^{41,42}.

El conjunto de personas susceptibles de llevar a cabo el registro de una marca nos la indica el art. 3 de la LM y es de carácter muy amplio, incluyendo a los nacionales, los domiciliados y a aquellos con establecimiento industrial o comercial en un gran número de países. Así mismo, tampoco tienen estos que cumplir ninguna condición especial, siendo posible para cualquier persona natural o jurídica llevar a cabo el registro.

Respecto a la legitimación para ejercitar las acciones de protección de la marca, el art. 40 de la LM indica que **será el titular de la marca el que pueda ejercitar las acciones civiles y penales dirigidas a proteger la misma**, pero también puede ejercer este derecho el concesionario de una licencia o el titular de un derecho real de uso o disfrute (art. 46.2 LM): Las acciones que podría entablar el titular de la marca serían la de cesación y la de daños y perjuicios según se desprende del art. 41 LM.⁴³

1.4 Derechos sobre la marca

El efecto que va a tener el registro de la marca va a ser la concesión de ciertos derechos sobre la misma. En concreto el art. 34 de la LM indica que le conferirá a su titular el **derecho a utilizarlo de forma exclusiva** en el tráfico económico, siendo esta la vertiente positiva del derecho. La vertiente negativa está indicado en el mismo artículo a continuación, estableciéndose de forma genérica la **prohibición de la utilización de la marca a terceros** sin consentimiento del titular de la misma.

⁴⁰ "...acrecienta el riesgo de confundir al público consumidor, que tiene derecho a recibir veraz y adecuada información sobre los productos, como base indispensable para posibilitar una libre y consciente decisión de compra" vid. Sentencia del TS 314/1994 del 6 de Abril de 1994 (RJ 1994\2941)

⁴¹ "El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley." Art. 2 de la LM

⁴² "...derecho de exclusiva que ostenta el titular de la marca, obliga a éste frente a la comunidad social y posibles competidores (derechos paralelos que protegen intereses convergentes dignos de protección) a un comportamiento debido, a un "facere", consistente en el uso obligatorio de la marca registrada..."

⁴³ "...un tercero ajeno al pacto pueda comerciar productos con la marca legítima y por lo tanto fabricados por el cedente, sin que a ello pueda oponerse la constancia registral o toma de razón de la licencia de uso de tal signo distintivo, **aunque sí legitimarán a los concesionarios para combatir** la fabricación en territorio nacional de los aparatos y máquinas diferenciados con la marca..." vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 852/2001 de 28 septiembre. (RJ 2001\8718)

1.5 Caducidad de la marca

En el enunciado del caso, se indica que Ernesto Gutiérrez se da cuenta de que la marca ha perdido su vigencia. Esto se debe a que la duración de los derechos que asisten al titular, como hemos visto, están supeditados a la correcta inscripción en el registro. **La inscripción es necesario renovarla cada 10 años para poder mantener los derechos** sobre la marca según indica el art. 31 de la LM. La no solicitud de la renovación en el plazo establecido provocará la cancelación de la inscripción en el registro y la extinción del derecho sobre la marca, quedando esta disponible para cualquiera que la quiera utilizar e incluso registrarla. El anterior titular, al haber dejado extinguir el registro de la marca, habrá perdido todo derecho sobre la misma y no podrá accionar basándose en un hipotético derecho sobre la marca por la utilización que de la misma haga el nuevo titular.⁴⁴

2 La Competencia Desleal.

2.1 Comparación y diferente objeto respecto a la marca y la Ley de Marcas

Junto con la protección de la marca como objeto de la Ley de Marcas, tenemos otra ley muy relacionada con la anterior que es la 2 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. El objeto de esta ley, según su artículo 1 es “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado.” Tan relacionadas están estas dos leyes que se producen diversos puntos de fricción entre ambas. Reflejo de esta fricción son los art. 6 y 12 de la LCD, en la cual se tratan los actos de confusión y la explotación de la reputación ajena, los cuales son temas que también trata de forma directa la propia LM al indicar que las marcas tienen ese valor diferenciador entre las distintas empresas que operen en el mercado.⁴⁵

2.1.1 La confusión en la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal

El art. 6 de la LCD entra directamente en conflicto con el art. 34 de la LM el cual nos indica que el titular de una marca podrá prohibir que terceros sin su consentimiento utilicen la marca por el registrada. Algunos autores han visto en este conflicto una forma de distinguir aquellos que son específicos de la marca debidamente registrada, que serán tratados por la LM, de aquellos otros donde se da una posibilidad de confusión, que serán tratados por la LCD cuando no cumplan los requisitos de la LM. Por ejemplo cuando se da la confusión entre marcas que no han sido registradas debidamente. Otra diferencia entre ambos artículos es que la confusión de la LM es a nivel puramente normativo, sin necesidad de la utilización efectiva de los signos en el mercado. En la LCD, por el contrario, es necesaria una confusión práctica, para lo cual los signos tienen que ser utilizados efectivamente en el mercado y con una implantación mínima en el mismo.⁴⁶

⁴⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Comentarios a la Ley de Marcas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 482

⁴⁵ GIMENO-BAYÓN COBOS, R., *Derecho de Marcas*, Bosch, Navarra, 2003, pp. 303 y ss.

⁴⁶ MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p.82

2.1.2 La explotación de la reputación ajena

La LCD hace referencia a la explotación de reputación ajena en su art. 12, donde considerara desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de la reputación adquirida por otro. En concreto considera desleal “el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares.” Como vemos, la LCD no impide únicamente el uso de la marca ajena, sino que impide también su utilización para hacer publicidad de los productos propios utilizando la marca ajena.

2.2 Los participantes en el mercado: legitimación activa

Tal como vimos, el objeto de la LCD va a ser la protección de todos los participantes en el mercado. En definitiva, va a tener en cuenta múltiples intereses, “el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado.”⁴⁷

A diferencia de la Ley de Marcas, que se iba a ocupar principalmente de la defensa de los derechos de los titulares de la marca y solo de forma subsidiaria de la defensa de los consumidores, en la LCD vamos a encontrar como ambas se encuentran al mismo nivel. La principal consecuencia de esto y la que nos va a interesar para nuestro caso práctico, va a ser que mientras que en la LM la legitimación activa para ejercitar las acciones de cesación de utilización de la marca era ejercitadas por el titular de la misma o por quien tuviese el derecho legítimo sobre la misma, **en la LCD la legitimación activa la van a poder ejercer diversos agentes**, tal como indica el art. 33: las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, el Instituto Nacional del Consumo y otros competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, la asociaciones de consumidores y usuarios e incluso el Ministerio Fiscal. El elenco de actores se ha multiplicado en sobremanera. Las acciones que podrán ejecutar variaran de unos a otros pero en líneas generales serán las indicadas en el art. 32 de la LCD, entre ellas la de declaración de conducta desleal, la de cesación de la conducta desleal, la de remoción de efectos producidos por conducta desleal, daños y perjuicios, etc.

2.3 Consecuencias del uso de misma grafía y nombre

Cuando un posible comprador del juego Cruzada Estelar se acerque a la estantería de una tienda de juegos y vea en ella una caja de unas dimensiones similares a la caja de los años 80, que tenga escrito en la misma grafía y colores el nombre de ‘Cruzada Estelar’ y con los mismos diseños que tenía aquella caja. ¿Qué supone que está comprando? Lo que supone que está comprando es el mismo juego de los años 80, con las mismas reglas y con las mismas figuras y componentes de aquel. Pero tal como hemos visto en la cuarta cuestión, referente a los derechos de autor sobre las reglas y los diseños de tablero y figuras, estos no podrán ser exactamente los mismos. Una variación sobre los diseños de las figuras, si cumplen la misma función, podría no ser demasiado importante, pero una variación sobre las reglas del juego sí que podría hacer que el adquirente del producto no quedase satisfecho. Estamos ante un ejemplo de confusión del artículo 6 de la LCD, el cual nos indica a este respecto que será considerado desleal todo comportamiento que resulte idóneo para provocar confusión con la actividad,

⁴⁷ALONSO SOTO, R., “*Derecho de la Competencia (II)*”, en MENENDEZ, A / ROJO, A (Dirs.) Lecciones de derecho mercantil, Volumen I, Thomson Reuters, Navarra, 2013

prestación o establecimiento ajeno. Por confusión entenderemos el riesgo de asociación por parte del consumidor respecto de la procedencia de la prestación, dicho de otro modo, la dificultad para la identificación del empresario, establecimiento mercantil o el producto.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2010 (RJ 2011\1407) aclara que “el tipo del artículo 6 responde a la necesidad de proteger la decisión en el mercado del consumidor, ante el peligro de que sufra error sobre el establecimiento que visita, la empresa con la que se relaciona o los productos o servicios objeto posible de sus contratos, como consecuencia de la apropiación, la aproximación o la imitación de los medios de identificación utilizados por otros participantes”. La copia exacta del logotipo de Cruzada Estelar puede provocar el error de un consumidor sobre el producto objeto de su contrato, al pensar que lo que se lleva a casa es un juego con una reglas y unas características concretas y realmente se esta llevando otro que puede ser más o menos similar, pero nunca el mismo.

3 Propiedad Intelectual

No repetiremos en este punto lo ya visto en el punto 5.2.2 de la cuestión IV acerca de la Propiedad Intelectual y su protección. Sí recordaremos que para que una obra pueda ser considerada protegida por Ley de Propiedad Intelectual, tiene que cumplir los requisitos de ser creada por el ser humano y originalidad. Una grafía o fuente sí que es susceptible de cumplir estos dos requisitos. Cumpliendo ambos, la fuente estará protegida de su uso sin permiso del autor por 70 años tras la muerte del mismo. También recordaremos que para que esta protección sea efectiva no es necesario que el autor haya inscrito su obra en registro alguno, la mera autoría de la misma es suficiente para que sus derechos estén cubiertos.

Se podría dar la posibilidad de que el autor de la fuente de la marca Cruzada Estelar pudiese demostrar que la misma era una obra original creada por él a finales de los 80. A este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 250/2013 de 16 septiembre (JUR\2013\313786) indica la posibilidad de que una determinada fuente sea susceptible de ser protegida por derecho de autor: “En ese sentido, la idea de producir un alfabeto con una grafía que evoque las pistas utilizadas en el juguete al que anteriormente se hizo referencia supone sin duda un determinado grado de capacidad creativa, sin que a la realización concreta en la que se materializó se le conozca parangón. Por ello, no descubrimos motivo para negar a la creación del apelante el carácter de objeto de propiedad intelectual.” Reconocido el derecho, las acciones que podría ejecutar el autor serían las indicadas en el art. 138 de la LPI, “podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados”. ¿Dónde estaría el caballo de batalla para el posible demandante? Demostrar la originalidad y que fue el autor de la misma. Recordemos que la carga de estos dos requisitos corresponderá al actor y al demandado reconveniente tal como se desprende del art. 217 de la LEC, al ser ambos elementos constitutivos del derecho que reclama. Deducimos, por lo tanto, que si el promotor del juego utilizase la misma fuente siendo esta susceptible de protección por la LPI, estaría arriesgándose a una posible demanda del autor de la misma.

4 Quinta cuestión

5 – Respecto al registro en la OEPM. La marca caducada era un registro considerado mixto, esto es, una denominación (cruzada estelar) y una grafía concreta con una combinación de colores. ¿Podría utilizar Ernesto además del

nombre también esta misma grafía y los demás elementos que formaban la denominación caducada?

Tras el breve repaso que hemos dado a las distinta legislación susceptible de proteger tanto la marca como cada uno de los componentes que la forman (denominación, grafía, colores...) podemos deducir que lo más conveniente para Ernesto es intentar en la medida de lo posible evitar el uso de la misma grafía.

La Ley de Marcas no permitiría accionar al anterior registrador de la marca, pues al haber dejado caducar su inscripción en el registro habría perdido con ello cualquier posibilidad de presentarse como actor en una posible demanda por vulneración de su derechos, pues además de no tener derecho alguna ya sobre la marca, la LM solo permite accionar al titular de la marca y a aquellos licenciatarios de la misma en determinadas circunstancias.

La Ley de Competencia Desleal, por otra parte, si abriría una posible vía a una reclamación por el uso de misma grafía y elementos gráficos. Los potenciales consumidores podrían errar a la hora de elegir el juego pensando que al contar con los mismos elementos identificativos estarían adquiriendo exactamente el juego de mesa de los años 80, cuando realmente están adquiriendo uno con las reglas modificadas. Como desarrollamos anteriormente, estaríamos ante un problema de confusión del art. 6 de la LCD que se daría por la dificultad para identificar el producto.

Por último, la **Ley de Propiedad Intelectual** también protegería al posible creador de la grafía, siempre que esta pudiese considerarse original y que fuese demostrable su autoría. Esta protección tiene una duración de 70 años tras el fallecimiento del autor y permitiría al mismo ejecutar acciones de cesación del uso de la grafía e incluso solicitar daños y perjuicios por el uso que hubiese hecho de ella el infractor.

En consecuencia, Ernesto no debería de usar la misma grafía con el fin de imitar el logotipo antiguo, pues aun no vulnerando la Ley de Marcas al estar la misma registrada a su nombre, sí que podría vulnerar otras leyes, como hemos visto.

VI LA ESTAFA Y OTROS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Cuando abordamos la cuestión de un ilícito penal, lo principal a tener en cuenta además del acto en sí, será dilucidar cuál es el bien jurídico protegido por el tipo que vamos a abordar. El delito de estafa lo encontramos descrito en el art. 248 del Código Penal, el cual se incluye dentro del Título XIII del mismo Código denominado “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, indicando claramente que el patrimonio va a ser el bien protegido por dicho título.

1 *Concepto de patrimonio*

El patrimonio a efectos de este Título XIII podemos entenderlo como un “conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero.” Se deduce de esta descripción que el valor económico es esencial para ser considerado patrimonio⁴⁸.

Según indica Francisco Muñoz Conde, mencionando a Huerta Tocildo, el concepto penal de patrimonio es un concepto mixto jurídico-económico en el que habrá que tener en cuenta tanto el valor de la cosa como la protección jurídica que se haga de la misma. Contará este concepto mixto de las siguientes características^{49, 50}:

- El **objeto material** de un delito patrimonial solo pueden serlo aquellos bienes dotados de valor económico
- El **sujeto pasivo** del delito además de tener una relación fáctica con la cosa, es preciso que esté relacionado con la misma en virtud de una relación protegida por el OJ
- Por perjuicio patrimonial habrá que entender toda **disminución**, económicamente evaluable, del patrimonio que jurídicamente le corresponde a una persona

2 *Concepto de estafa*

La estafa en nuestro ordenamiento la encontramos definida en el artículo 248 del CP, la cual define el tipo básico en su punto 1 con el siguiente tenor literal: “1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilicen engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.” De esta descripción deducimos que una de las primeras características que presenta este tipo penal es que estamos ante un **delito patrimonial de enriquecimiento**, frente a los que no procuran ningún enriquecimiento del autor y que solo buscan la destrucción del patrimonio (daños). Además, no discrimina los tipos de patrimonio ni a quien pertenezcan, con lo que se protegerá todo el patrimonio privando, tanto el perteneciente a personas físicas como jurídicas.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 352

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, cit., p. 353

⁵⁰ HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980, pp. 35 ss.

3 Elementos objetivos de la estafa

3.1 Engaño

Nos encontramos ante la característica más definitoria del delito de estafa, el engaño. Podremos definirla como **manifestación externa contraria a la verdad**. Toda maniobra o maquinación cualquiera que sea su modalidad y la forma que pueda actuar. Los requisitos del engaño son los siguientes:

- Debe recaer sobre los hechos
- Incluye los comportamientos que tengan algún sentido en el tráfico económico (pongamos el caso de una persona que se ponga tras un mostrador haciéndose pasar por el tendero de una tienda)
- Tiene que ser un engaño bastante para la efectiva consumación del fin propuesto. La idoneidad del engaño habrá de referirse tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto engañado. Los elementos para valorar esta idoneidad los encontraremos definidos en diversas sentencias (no engaños burdos, circunstancias personales, márgenes de riesgo, etc)^{51 52}.

3.2 Error

El engaño anterior tiene que causar un error en el sujeto pasivo del tipo penal. El error podemos definirlo como la falsa apreciación de la realidad provocada con sus maquinaciones por el sujeto activo. Habrá que tener en cuenta la matización de que en caso de que el sujeto pasivo sea un sujeto incapaz, estaremos ante un hurto y no frente a una estafa. No actúa con error quien tiene dudas, puesto que tiene una cierta consciencia de que la realidad puede no ajustarse a lo indicado por el sujeto activo.

3.3 Disposición patrimonial

El error tiene que hacer que el engañado lleve a cabo una disposición patrimonial. Esta disposición tiene que ser necesariamente posterior al engaño. Es imprescindible el nexo causal de la disposición provocada por el engaño.

3.4 Perjuicio patrimonial

La disposición llevada a cabo por el sujeto pasivo tiene que repercutir necesariamente de forma negativa en su patrimonio. No estaríamos ante un delito de estafa en caso de que el engaño y error produjesen un incremento del patrimonio del sujeto pasivo.

4 Elementos subjetivos de la estafa

Son dos, el dolo y el ánimo de lucro. El **dolo** tiene que ser concurrente al momento del engaño y previo al desplazamiento patrimonial, hecho que lo diferenciara de otro tipo, como la apropiación indebida. La “teoría de los negocios criminalizados” ha intentado diferenciar un dolo civil, que sería un mero incumplimiento de contrato y un dolo penal. La diferencia entre ambos la encontraremos en la finalidad pretendida por el sujeto

⁵¹ “aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial” vid. Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de Octubre de 2001 (TOL4.976.365, Num Roj STS 8061/2001, ECLI:ES:TS:2001:8061)

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo 1024/2007 del 30 de Octubre de 2007 y Sentencia del Tribunal Supremo 270/2010 de fecha 26 de Marzo de 2010 (TOL1.818.684)

activo. Si el engaño es previo, esto es, el autor pese a la manifestación contractual no tiene ninguna intención de cumplir, estamos ante un dolo penal. En cambio, si es posterior, estaremos ante un dolo civil y un mero incumplimiento de contrato.⁵³

El **ánimo de lucro**, a su vez, lo encontramos claramente definido por la jurisprudencia de la siguiente manera: “...entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado...” Vemos que para que exista el ánimo de lucro es suficiente con la mera pretensión de obtenerlo y que no es necesario que haya una relación equivalente entre la ventaja pretendida y el daño causado, pudiendo ser la ventaja patrimonial ínfima respecto al daño⁵⁴.

5 Incardinación del caso en el tipo penal de estafa

Procederemos a continuación a estudiar cada una de las características que hemos visto como esenciales para el tipo penal de la estafa y veremos si se corresponden con los hechos del caso que estamos estudiando.

En primer lugar, la aportación de los mecenas es fácil considerarla como **patrimonio** de los mismos, al ser un derecho evaluable económicamente. Tan evaluable es económicamente esta aportación, que ha sido hecha en moneda de curso legal cuyo valor coincide exactamente con lo aportado. De esta manera, al haberse visto variado su patrimonio estaríamos ante un posible delito del Título XIII.

Respecto a los **elementos objetivos** de la estafa habrá que tener en cuenta lo siguiente:

- El primero de los elementos, el **engaño**, recordemos que es una manifestación de la realidad por parte del sujeto activo contrario a la verdad. En este caso la manifestación hecha por el promotor será lo publicado en la plataforma Lánzanos. Indicaba este que iba a llevar a cabo los procedimientos adecuados para producir el juego y remitírselo a los mecenas. Para poder considerar engañosa esta actuación, tendría que darse el caso de que el promotor en ningún momento intentase llevar a cabo el proyecto. Existiría engaño, por ejemplo, si hubiese utilizado la publicación para recaudar el dinero y se hubiese fugado con él.
- El **error** estará claramente condicionado por el engaño bastante del elemento anterior. Bajo error o sin él, es indudable que los mecenas actuaron condicionados por la presentación realizada por el promotor en la plataforma Lánzanos.
- Es obvio que ha habido una **disposición patrimonial** por parte de los mecenas, estos han entregado un dinero al promotor. Esta entrega de dinero ha provocado un **perjuicio del patrimonio**, pues lejos de verse compensado esta entrega con un producto de igual o superior valor, los mecenas no han recibido producto alguno ni ninguna otra compensación equiparable a lo entregado, con lo que su patrimonio se ha visto devaluado.

Y, en referencia a los **elementos subjetivos**:

⁵³ IGNACIO GALLEGO, J. “Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de defraudación”, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Derecho Penal parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 450 y 451.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/1998 de 24 marzo. (RJ 1999\1848)

- El **dolo** existirá, relacionado con el engaño, si el promotor no tuvo intención en momento alguno de entregar el producto. En este caso el promotor parece que llevo a cabo lo que se podría considerarse que son los pasos necesarios para intentar sacar el producto adelante. En el enunciado se nos indica que el promotor, en un par de entrevistas que concedió a algunos particulares, dio una explicación de que problemas estaba teniendo y el por qué no había enviado los productos. Indicó que se había puesto con la fabricación de las figuras pero diversos problemas técnicos hicieron que el proyecto se aplazase de forma indefinida. Para aclarar si estamos ante un engaño o no podría hacerse una simple visita a los talleres del promotor, donde se supone que se está llevando a cabo las tareas de diseño y montaje del juego de mesa. Si en esa inspección se confirma que el promotor adquirió las máquinas para producir las figuras, tiene a gente trabajando en el proyecto y se comprueba el hecho de que el promotor trabajo en el proyecto desde el principio, no podrá considerarse que haya habido engaño. También sería importante aclarar si realmente ha llegado a producir alguno de los componentes del juego o no. Si por el contrario, el promotor no puede justificar en que ha estado invirtiendo el tiempo pasado y el dinero de los promotores y no se encuentran en sus instalaciones indicios suficientes que indiquen que ha llevado la actividad para la cual se entregó el dinero, sí que estaríamos ante un acto de engaño susceptible de encajar en el tipo penal de la estafa.
- El segundo elemento subjetivo, el **ánimo de lucro**, estará presente de forma evidente, pues el promotor no llevaría a cabo el proyecto si no pretendiese un incremento de su patrimonio, hecho que así ha acontecido al existir esa transferencia de patrimonio de los mecenas hacia el promotor del juego.

6 Otros delitos

6.1 La administración desleal

Este tipo queda definida en el art. 252 de la siguiente manera: “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para **administrar un patrimonio ajeno**, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado” Se basa este artículo en la administración de un **patrimonio ajeno**. En el caso que nos ocupa el promotor no ha gestionado un patrimonio ajeno, sino que gestiona su propio patrimonio. Recordemos que al haber deducido en la primera cuestión del caso que estamos ante una compraventa futura, el dinero obtenido por el promotor se recibe en concepto de pago del producto con lo que pasa a ser de su propiedad. Este será el motivo por el que desecharemos este tipo penal, por no ser un patrimonio ajeno el gestionado sino el suyo propio.

6.2 La apropiación indebida

El art. 253 del CP nos hace mención a la apropiación indebida con el siguiente texto: “los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que **hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia**, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.” Como vemos, los títulos idóneos para poder aplicar este tipo penal son aquellos que no comportan traslado de la propiedad, sino que llevan a cabo un mero traspaso de la

posesión. Nuevamente, desecharemos este tipo por la misma causa que el anterior, los mecenas traspasaron la propiedad del dinero al promotor, no la posesión.

7 Sexta cuestión

6 – Algunos mecenas, llevados por el desencanto, proponen denunciar a Ernesto por estafa o por fraude ¿Tiene esto alguna base? ¿Tendría Ernesto algún tipo de responsabilidad penal, al margen de la civil?

Tras la evaluación llevada a cabo de los hechos y su acomodo dentro del tipo penal de la estafa que acabamos de ver en el punto 7.5, vemos que **la apreciación o no del engaño y el dolo va a ser esencial** para poder incardinar los hechos en el tipo penal de la estafa. Si se confirma que el promotor no tuvo intención de llevar a cabo el producto en ningún momento, estaríamos ante una estafa. Si por el contrario el promotor puede demostrar que ha estado trabajando en el proyecto y que sencillamente no ha sido capaz de sacarlo adelante por una mera negligencia profesional, no podríamos calificar los hechos como propios del delito de estafa.

Respecto a otros tipos penales que pudiesen acomodarse de una u otra forma a la conducta desplegada por el promotor, no se puede apreciar ningún otro tipo penal en donde se puedan incardinar los hechos del enunciado.

VII CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se han ido dando posibles respuestas a las cuestiones planteadas. En el caso de las dos primeras cuestiones se trataba de abordar la naturaleza jurídica de la nueva institución del crowdfunding. Se trató el tema partiendo de figuras existentes en el ordenamiento jurídico actual y se buscaron puntos comunes entre estas instituciones clásicas y la nueva figura del crowdfunding desde dos perspectivas. En la primera cuestión se trató la **relación del promotor con los inversores** y tras comparar los compromisos, obligaciones y derechos de unos y de otros se llegó a la conclusión que estábamos ante una compra venta aplazada, figura que evidentemente cuenta con amplio desarrollo legislativo y jurisprudencial (Código Civil, Ley de consumidores y usuarios, etc.). En la segunda pregunta se trató la **relación contractual existente entre el promotor y la plataforma** de crowdfunding, Lánzanos. Nuevamente se estudiaron diversas instituciones conocidas y de las características comunes entre estas y la relación estudiada se llegó a la conclusión de que estábamos ante un contrato de mediación o corretaje. En la medida en que dicho contrato es asimismo atípico, nos ha llevado a estudiar la amplia jurisprudencia y doctrina que nos indican cómo abordar las lagunas de este segundo contrato. De esta forma vimos que el contrato de corretaje viene atendiendo, desde hace más de 25 años, a lo indicado en otros como el de mandato, comisión y los de contratación de obra y servicios.

Las conclusiones de estas dos primeras cuestiones fueron de vital importancia para abordar la tercera cuestión, pues las **obligaciones del promotor del juego y de la plataforma Lánzanos con los inversores** dependen de los contratos existentes entre todos ellos. A la conclusión que se llegó fue que la responsabilidad del promotor frente a los inversores partía de la propia relación contractual que media entre ellos, que calificamos de contrato de compraventa. Por otra parte, la responsabilidad de Lánzanos frente a los inversores sería de naturaleza extracontractual, pues el producto no fue vendido en modo alguno por la plataforma, siendo la única labor desarrollada por Lánzanos la de mediar o acercar a las partes para que estas cerrasen el acuerdo.

En la cuarta de las cuestiones en primer lugar hubo que definir cuáles eran los componentes del juego que podrían contar con algún tipo de cobertura, centrándonos en las miniaturas y las reglas del juego. Una vez definidos se abordó el tema desde la doble vertientes de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual. **La propiedad industrial quedo descartada** para ambos. En el caso de las reglas del juego porque no podían cubrirse de ningún modo y en el caso de las miniaturas porque la cobertura posible habría venido de la mano del diseño industrial y su registro, el cual hubiese caducado en el mejor de los casos al cabo de 25 años tras su inscripción en el registro adecuado y ya habrían pasado. En cambio en la **propiedad intelectual sí que encontramos cierta cobertura** en el texto de las instrucciones si el autor del texto pudiese demostrar su originalidad.

La quinta cuestión trataba el tema del derecho marcario y nuevamente nos movimos a una posible triple protección de la marca. Las dos primeras son las más habituales y vienen dadas por la **Ley de Marcas** y por la Ley de Competencia Desleal. Respecto a la primera vimos que únicamente podrían accionar por usurpación de la marca los titulares de la misma o quienes tuviesen algún derecho sobre ella (concesionarios, licenciarios, etc.) con lo que el nuevo poseedor de la marca estaría a salvo de cualquier reclamación hecha en este sentido por anteriores propietarios de la misma, al haber perdido su derecho por no contar ya con la titularidad de la marca. Respecto a la segunda, la **Ley de Competencia Desleal** amplía el abanico de actores que pueden actuar para

protegerse, entre otras cosas, del riesgo de confusión que puede provocar en los usuarios y consumidores el uso de una marca por quien está produciendo el productos con otras características y distinto origen. El punto más controvertido lo tendríamos en una posible protección de la marca de forma indirecta por la **Ley de Protección Intelectual**. Indirecta porque lo que protegería dicha ley es la originalidad de la grafía o fuente con la que fue realizado la parte grafica de la marca. Si el autor de la grafía puede probar el requisito de originalidad de la misma, vimos que podrá evitar el uso sin su autorización hasta setenta años tras su muerte, imposibilitando la marca con la misma representación gráfica con la que contaba anteriormente.

En la última de las cuestiones nos salimos de la jurisdicción civil y mercantil para meternos en la penal y la **posible responsabilidad** que el promotor del juego tenga en caso de que este no salga adelante. La posibilidad que se trató de forma más detallada fue la de una posible estafa, pero esta quedaría supeditada a que el promotor del juego hubiese actuado con dolo y engaño en la recaudación del dinero. Este engaño se habría producido si no hubiese destinado el dinero al proyecto, sino a cualquier otra cosa. Con los datos que teníamos del enunciado y dando por cierto lo afirmado por el promotor en diversas entrevistas que concedió, se deduce que lo que hubo por su parte fue una negligencia al llevar a cabo el proyecto, la cual podría ser punible en la vía civil pero nunca en la vía penal.

En definitiva, hemos visto como las posibles dudas legislativas que pudiésemos tener sobre una nueva figura, como es esta del crowdfunding de recompensa, se les pueden dar respuesta por vía de la analogía con la legislación existente. Es aparentemente innecesario crear legislación *ad hoc* para esta institución y de esta forma se evita el grave problema que estamos padeciendo actualmente de agrandar la ya de por si enorme biblioteca de códigos y leyes existente en nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid 2011; JORGE SIRVENT GARCÍA, “La donación remuneratoria”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 29, Julio-Diciembre 2012; FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ, “El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* vol. I parte estudio; RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de derecho civil, Contratos*. Bercal, Madrid, 2011; JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho Mercantil de Obligaciones, Contratos Comerciales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011; GAZQUEZ SERRANO, LAURA, *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007; PASCUAL BARBERÁ MOLINA, *Manual práctico de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid 2010; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Dir), *Manual de propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Navarra, 2014; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. ,*Comentarios a la Ley de Marcas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003; GIMENO-BAYÓN COBOS, R., *Derecho de Marcas*, Bosch, Navarra, 2003; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid,1999; ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II)”, en MENENDEZ, A / ROJO, A (Dir.) *Lecciones de derecho mercantil, Volumen I*, Thomson Reuters, Navarra, 2013; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980; IGNACIO GALLEGU, J. “Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de defraudación”, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Derecho Penal parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.