



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

**Campaña
de crowdfunding para
un juego de mesa y los
incumplimientos en la
entrega del producto**

Isabel Vivero Acción

V. Bº.:

Tutora: Prof.^a. Dr.^a Pilar Álvarez
Barbeito

**Grado en Administración y Dirección de Empresas y
Derecho**
Año 2016

Índice

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Introducción | 4 |
| I. Supuesto y cuestiones | 5 |
| II. Fundamentos de Derecho | 6 |
| II.1 El crowdfunding y sus tipos | 6 |
| II. 2 Las relaciones jurídicas entre las partes | 8 |
| II. 2. 1 Relación entre plataforma y promotor | 13 |
| II. 2. 2 Relación entre plataforma y mecenas | 17 |
| II. 2. 3 Relación entre promotor y mecenas | 22 |
| II. 3 Normativa aplicable | 22 |
| II. 3. 1 TRLGDCU | 22 |
| II. 3. 2 LSSI | 24 |
| II. 3. 3 LCGC | 25 |
| II. 3. 4 Normativa fiscal | 25 |
| II. 4 Acciones legales a disposición de los mecenas | 26 |
| II. 4. 1 Incumplimiento del contrato o retraso | 26 |
| II. 4. 2 Posibles acciones | 29 |
| II. 4. 3 Procedimiento y competencia | 31 |
| II. 5 El uso del nombre, libro de reglas, tablero, misiones... idénticos al del juego original | 34 |
| II. 6 La caducidad y el registro de la marca | 39 |
| II. 7 La responsabilidad penal | 42 |
| II.8 El caso Asylum | 47 |
| Conclusiones | 48 |
| Bibliografía | 50 |
| Jurisprudencia | 51 |

Abreviaturas

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CP: Código Penal

IRNR: Impuesto sobre la Renta de No Residentes

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

IS: Impuesto sobre Sociedades

ISD: Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido

LCD: Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LFFE: Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial

LM: Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

LPI: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

LSSI: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

OEPM: Oficina Española de Patentes y Marcas

PFP: Plataforma de Financiación Participativa

RETA: Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TRLGDCU: 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.

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

Introducción

El supuesto presentado introduce las dificultades de categorización jurídica y subsunción en una única normativa los supuestos de financiación mediante *crowdfunding*. Introducido en España aproximadamente en el año 2010, se trata de una forma de recaudación para proyectos sociales o empresariales cada vez más eficiente y extendida. Sólo a través de la plataforma Lánzanos, empleada en el caso, se han logrado más de 5,5 millones de euros de financiación para más de 560 proyectos desde su fundación en 2010. Kickstarter, plataforma americana y una de las más importantes a nivel mundial, apareció en el año 2009 y ya ha sido soporte para la recaudación de unos 260 mil millones de dólares para 260 mil proyectos¹.

La casuística es, de momento, escasa tanto en España como en el extranjero, lo que dificulta la resolución del caso a falta de una normativa específica y con la imposibilidad de conocer cuál será el futuro criterio de los tribunales. Sin embargo, las cifras antes citadas y los problemas que se han surgido en numerosas campañas (supuestos fraudes, faltas de entrega, retrasos injustificados...) ponen de manifiesto que las relaciones jurídicas entre mecenas, promotores y plataformas de *crowdfunding* son un punto de potenciales conflictos que terminarán en procedimientos judiciales. Además de la resolución de las cuestiones planteadas, este trabajo pretende poner de manifiesto la necesidad de una normativa concreta y adaptada a las particularidades de estas relaciones, analizando sus necesidades particulares y ofreciendo una pequeña introducción a las ofrecidas de momento en otros países.

Tras la exposición del caso, se pasa a la resolución de las cuestiones en función a la legislación, jurisprudencia y literatura existente. En determinados casos, para poner de manifiesto algunos aspectos del *crowdfunding* o de sus problemáticas comunes al caso, se proponen como ejemplos alternativos supuestos reales en España o del extranjero, ya resueltos o no ante los tribunales.

Con el objetivo de hacer una argumentación más hilada, no se sigue el orden original de las preguntas en la exposición, que se transcriben a continuación del supuesto de hecho.

El primer apartado de los fundamentos se dedica a la definición del *crowdfunding* y a la delimitación de los distintos subtipos existentes, necesaria para centrar después el supuesto en el ámbito de aplicación de determinadas normas. A continuación se analizan por separado las distintas relaciones existentes entre mecenas, promotores y la plataforma, haciendo una mención especial a los términos de uso como contrato y a los distintos tipos de contratos a los que se podrían asimilar dichas relaciones. El tercer apartado se dedica al ámbito de aplicación de determinadas normas, como las de consumo o venta por Internet. El cuarto expone las distintas acciones a disposición de los mecenas ante el retraso o falta de entrega de la recompensa. A partir del quinto el foco se traslada a la reedición del juego, analizando primero los derechos sobre la marca y la propiedad industrial por parte de los creadores del Cruzada estelar original, las acciones a su disposición y la concreta circunstancia del registro mixto. En el séptimo

¹ <<http://www.statista.com/statistics/310218/total-kickstarter-funding>>

apartado se valora la posibilidad de que el supuesto pueda encajar en los tipos penales de estafa y delito contra la propiedad intelectual. Por último, se analiza un caso similar ocurrido en Estados Unidos.

I. Supuesto y cuestiones

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.

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)...

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?

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.

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

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?

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.

II. Fundamentos de Derecho

II.1 El crowdfunding y sus tipos

El *crowdfunding* o micromecenazgo (del inglés *crowd*: “multitud” y *funding*: “financiación”) según la definición original dada en 2006 por Michael Sullivan², se trata de “una convocatoria abierta, fundamentalmente a través de Internet, para solicitar recursos financieros, ya sea en forma de donación o a cambio de algún tipo de recompensa y/o derechos de voto, con el fin de apoyar proyectos específicos o nuevos negocios”. Se encaja, en definitiva, en la tendencia más amplia del crowdsourcing (sourcing: “acto de adquirir algo, especialmente productos o materiales, de un sitio

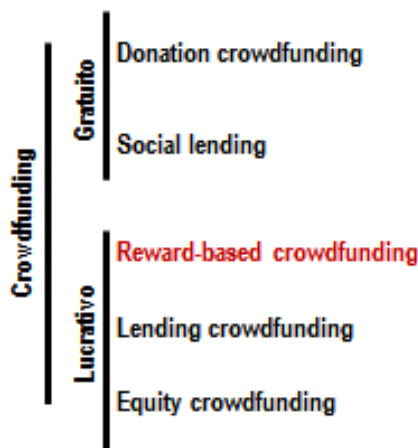
² ALEMANY, LUISA; BULTÓ, INÉS.: “Crowdfunding: nueva forma de financiación para emprendedores” *Harvard Deusto Business Review* , Nº 237 , noviembre 2014, pp. 6-18.

concreto”³) proceso mediante el cual se comparten conocimientos, recursos, experiencia o tiempo a través de la red.

La definición anterior ya adelanta algunas de las dificultades de encajar en una sola normativa el *crowdfunding*, puesto que en función de si se adquieren bienes o derechos a cambio del mecenazgo o si se trata de una disposición totalmente gratuita para promover un proyecto la relación entre plataforma, mecenas y promotores es muy diferente.

Para simplificar, puede acudirse a la clasificación de los tipos de *crowdfunding* entre gratuitos y lucrativos de Hernández Sainz⁴, respectivamente más aproximados a la donación y a la inversión.

Figura 1. Tipos de *crowdfunding*.



Fuente: Elaboración propia

Como puede observarse en la figura 1, en el *crowdfunding* gratuito pueden encontrarse el *donation crowdfunding* o *crowdfunding* de donación y el *social lending* o préstamo social. El primero se trata de meros donativos y el segundo de préstamos colectivos sin interés alguno. En ambos casos, suele tratarse de pequeñas aportaciones individuales a causas benéficas o culturales.

El *crowdfunding* lucrativo presenta tres modalidades esenciales. En primer lugar, en el *reward-based crowdfunding* o *crowdfunding* basado en recompensas, el mecenas recibe algo a cambio de su financiación, bien sea el producto futuro que se pretende crear, un servicio u cualquier otra modalidad de “premio”. A este subtipo, por ser el apropiado al caso, se le dedica especial atención posteriormente.

En segundo lugar, el *lending crowdfunding* o *peer-to-peer lending* (préstamo de igual a igual), caracterizado porque las inversiones adquieren forma de préstamo con

³ < <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sourcing> >

⁴ HERNÁNDEZ SAINZ, ESTHER.: “La transparencia como instrumento de protección de los inversores en PYMEs y start-ups a través de plataformas electrónicas de financiación participativa (*crowdfunding* de inversión)”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores (LA LEY)*, N° 16, 2015, pp. 8 y ss.

interés, pero entre particulares (inversores profesionales o no) a través de la web, sin intervención de entidades financieras.

Por último, con el *equity crowdfunding* el mecenas adquiere una participación en el capital del proyecto, valores negociables u otros instrumentos financieros representativos de deuda.

La diferencia entre unos tipos y otros es evidente. Los principales elementos comunes son la multitud de participantes en el mecenazgo y el riesgo inherente a todo proyecto en origen de no salir adelante. Sin embargo, las consecuencias para el mecenas son radicalmente distintas cuando la aportación es un pequeño donativo a una causa cultural o cuando se trata de una aportación sustancial a un negocio, por ejemplo, tecnológico, a cambio de acciones o participaciones. El último supuesto no deja de ser una inversión de capital riesgo, agravada por el fácil acceso a través de Internet por parte de los no profesionales y el potencial anonimato y falta de seguridad de la red.

Resultan relevantes las diferencias que pueden encontrarse en el propio crowdfunding de recompensas. En efecto, la característica principal es que existe contraprestación, aunque el valor de la misma varía en cada recaudación. Resulta común, por ejemplo, el regalo de camisetas u otro merchandising a cambio de las aportaciones. Para los casos en los que la recompensa es, como en tal ejemplo, simbólica en relación con lo aportado, puede afirmarse que la verdadera satisfacción que reciben los mecenas es el hecho de apoyar un proyecto y formar parte del mismo.

Esta diferencia puede constatarse incluso dentro de una misma campaña, puesto que es común que el promotor ofrezca distintas recompensas según tramos de aportaciones. Carecemos de información concreta sobre la campaña del caso, sabiendo sólo que existía la posibilidad de recibir el juego reeditado. Por ello, pongamos por ejemplo una campaña imaginaria pero de esquema habitual en el que la aportación de 1 € tiene como recompensa una mención de agradecimiento en la página web del promotor, la de 15 € una camiseta con el logotipo de la empresa y la de 30 € el producto que pretende crearse, por ejemplo el juego de mesa. En el primer supuesto nos encontramos con una contraprestación meramente simbólica, en el segundo con una contraprestación de menor valor que la aportación y en el último caso un producto a cambio de una contribución económica de valor asimilable. El *crowdfunding* de donación y el de recompensa, por lo tanto, aparecen muchas veces de la mano.

El *crowdfunding* es una realidad cada vez más extendida y arraigada. Sin embargo, por su novedad, carece de momento de una normativa propia y definida, e incluso es difícil encontrar casuística y literatura relacionada, tanto dentro como fuera de España.

II. 2 Las relaciones jurídicas entre las partes

El supuesto analizado responde bien al esquema típico del *reward-based crowdfunding*. En él, los promotores emplean la plataforma para promocionar su campaña por los mecenas, que a su vez realizan el pago a través de la plataforma. Los

mecenas reciben a cambio sus recompensas, y la plataforma una comisión sobre lo recaudado.

Lánzanos, la plataforma, tiene dos grupos de clientes diferenciados: los promotores de los proyectos y los mecenas. A su vez, las obligaciones que surgen para el promotor son distintas en relación con la plataforma y los financiadores.

Realmente en el *crowdfunding* de recompensa participan cuatro categorías de actores: el público dispuesto a aportar fondos, los creadores del proyecto, la propia plataforma y el sistema de pago (Kickstarter suele emplear Amazon, por ejemplo, siendo Paypal también común) a través del cual se realizan las transferencias monetarias y que cobra comisión por ello.

En Lánzanos es posible emplear tarjeta de crédito (con una comisión del 0,9% más 30 céntimos por transacción), Paypal (3,4 %), transferencia bancaria a través de Trustly (2%) y vales offline (que son emitidos por la propia lánzanos para los casos de los mecenas que no desean introducir sus datos bancarios en Internet y por los que la plataforma no cobra a los promotores ni deduce comisión adicional sobre lo recaudado sobre la habitual del 5%). En ese supuesto no considero relevante entrar a valorar su posición, puesto que el servicio que ofrecen de sistema de pago y su contraprestación no son una cuestión controvertida, y además carecen de responsabilidad de control sobre el proyecto o los promotores.

Los términos de uso

Lo que delimita el alcance de estos servicios son los términos de uso, que es el documento en el que la plataforma delimita sus obligaciones y lo que ofrece a sus usuarios, tanto promotores como mecenas. Además, es lo que hace referencia también a la relación que rige entre ellos. Por lo tanto, es necesario saber hasta qué punto los términos de uso impuestos por la web y aceptados por sus usuarios, tanto promotores como mecenas, funcionan como contrato y delimitan la relación jurídica entre unos y otros.

Lánzanos abre los suyos⁵ afirmando que *“El uso de este sitio web implica la aceptación, por parte del usuario, de las obligaciones legales estipuladas en estas condiciones de uso y la aceptación de actuar de acuerdo con estas condiciones y con el resto de cláusulas aplicables. Si el usuario no acepta estas condiciones de uso u otras cláusulas aplicables, éste no debe hacer uso del sitio web.”*

La Audiencia Provincial de Barcelona⁶, ante un supuesto en el que una compañía aérea reclamaba que una empresa que recopilaba datos de sus vuelos para incluirlos en su propia web de comparativa de precios que tal actividad incumplía la obligación que tenía según los términos de uso que aceptaba por su mera utilización, afirmaba, entre otras consideraciones, que no existe contrato, ya que la aerolínea no supedita el acceso a su página web a la prestación de un consentimiento a unas determinadas condiciones

⁵ < <http://www.lanzanos.com/terminos/> >

⁶ SAP BARCELONA 17 de diciembre de 2009 (Aranzadi AC 2010\1849)

generales de uso, descartando así la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Sin embargo, Lánzanos sí requiere expresamente en el momento del registro (en las dos modalidades que admite, bien directamente o vinculando la cuenta a Facebook) que se acepten los términos de usuario, y dicho registro es indispensable para realizar donativos o incluir campañas, con independencia de que después lo primero pueda hacerse de manera anónima (lo cual solo implica que el nombre no se hace público, aunque su información es conservada tanto por plataforma como promotor, para hacer la entrega de la recompensa). Por ello, no surge en este caso la común polémica de la aceptación del contrato por la mera navegación por la web (*browse wrap*), en lo que en ocasiones se considera perfección por aceptación tácita.

También se dice que la web de la aerolínea abre al público en general su página web, en la que ofrece una información, lo cual tampoco ocurre en el presente supuesto, al ser necesario, como se ha dicho, el registro para participar en la actividad.

Por lo tanto, los términos de uso son un contrato que los usuarios aceptan y con los que quedan vinculados a la plataforma y que regirán las condiciones del servicio que esta ofrece y la remuneración que obtendrá a cambio.

En este caso, la ya mentada comisión del 5% y los servicios de intermediación y pago.

Entre las condiciones impuestas se encuentran las siguientes:

- *Lánzanos no es responsable de la puesta en marcha de los proyectos.*
- *Lánzanos no es responsable de cualquier daño que se pueda sufrir durante la realización de un proyecto.*
- *Lánzanos no está obligado a mediar en disputas entre Creadores de Proyectos y Financiadores.*

Además, según el apartado de preguntas frecuentes, “*en caso de no recibir la recompensa, Lánzanos actúa de intermediario informativo entre ambas partes, pero en ningún caso adquiere la responsabilidad por los retrasos o la no entrega*”.

De manera muy similar, Kickstarter⁷ (cuya redacción es mucho más amplia y pormenorizada) también especifica que los promotores tienen una obligación legal de entregar las recompensas y excluye toda responsabilidad suya, incluida la obligación de mediar o participar en pleitos entre ellos.

Ahora bien, esto rige claramente entre plataforma y usuarios, pero, ¿y entre ellos? La relación entre mecenas y promotor es completamente distinta a la que mantienen con la plataforma, que se ocupa de no inmiscuirse más allá de su intermediación en la financiación.

Respecto a esto, las condiciones de usuario de Lánzanos especifican: “*El Creador de Proyecto cuyo proyecto se considere financiado en su totalidad dentro de Lánzanos,*

⁷ < <https://www.kickstarter.com/terms-of-use> >

contrae con el Financiado, desde el momento del ingreso de la cantidad recaudada en la cuenta de PayPal o en su cuenta bancaria, la obligación de cumplir con las recompensas que se detallan en su proyecto. Cumpliendo con las recompensas en las mismas condiciones que se explican en el apartado recompensas de la página de proyectos. Ajustándose siempre a la descripción que proporcionó. El plazo de envío deberá ceñirse rigurosamente a la descripción de cada proyecto, no superando nunca el año natural, salvo especificación explícita y visible fácilmente en la descripción del proyecto.” Delimitando por tanto el momento en el que se contrae la obligación (en realidad, estableciendo una condición), el plazo de entrega y las condiciones del producto.

Kickstarter va más allá: especifica, antes de exponer algo similar a lo antes reproducido de Lánzanos, que lo que trata en ese apartado de los términos de usuario es la relación entre mecenas y creadores y sus responsabilidades, a las que cada usuario se somete al crear o financiar un proyecto de la plataforma. Añade que esa relación es un contrato entre ambos, que Kickstarter no forma parte del mismo y a continuación expone las condiciones que lo rigen.

Podría plantearse la cuestión de si es potestad suya establecer las condiciones de las contrataciones entre sus dos ramas de "clientes". No creo que la cuestión pueda crear mayor problema, debiendo suponer a falta de casuística relevante en este contexto. Es cierto que hay un contrato entre mecenas y promotor, sea compraventa o alguna de las otras alternativas antes valoradas. Ambos aceptan el mismo mediante un mecanismo electrónico aceptando las condiciones impuestas por la página con plena posibilidad no hacerlo: no encuentro diferencia alguna a que dicho contrato hubiera sido redactado por un jurista u otro profesional en su despacho. Lo relevante es la aceptación de ambos y la existencia del contrato.

En definitiva, los términos de uso son el contrato que rige tanto entre la plataforma y los dos grupos de usuarios como entre promotores y mecenas, pero se trata de tres relaciones contractuales bilaterales distintas, sin que la plataforma participe en la que media entre promotores y mecenas.

En los apartados siguientes, con el objetivo de delimitar la legislación de aplicación a cada caso, se expone para cada relación las obligaciones de las partes, los distintos tipos de contratos en los que podrían encajarse y por último si entran en el ámbito de aplicación de normas concretas, como las de consumo.

Dicho esto, conviene mencionar antes la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial, por ser el primer esfuerzo en nuestro país para dotar de normativa propia al micromecenazgo.

Su título V, en referencia al *crowdfunding*, define las plataformas de financiación participativa (es decir, las páginas web donde las recaudaciones se llevan a cabo), impone una reserva de la actividad a las entidades debidamente autorizadas y explica cómo se desarrollará su normativa y registro. Partiendo de la idea de que este tipo de inversión entra claramente en el capital riesgo, se busca la seguridad de los inversores y la estabilidad del propio mercado financiero.

Sin embargo, la Ley no regula el *crowdfunding* en un sentido amplio⁸, sino solo las modalidades de más riesgo: el *equity crowdfunding* y el *crowdlending*.

Según su artículo 46.2 “2. No tendrán la consideración de plataformas de financiación participativa (...) cuando la financiación captada por los promotores sea exclusivamente a través de: a) Donaciones. b) Venta de bienes y servicios. c) Préstamos sin intereses.”

Es decir, que el *reward-based crowdfunding* en toda su amplitud y el *social lending* quedan completamente excluidos. Aunque como se ha expresado anteriormente, la justificación radica en el menor perjuicio económico que los inversores pueden sufrir en estas variedades respecto a las que sí están reguladas, no debe olvidarse que son, sin embargo, las más utilizadas, y que el volumen de capital que mueven es enorme y no deja de crecer. En una economía tan dependiente del sistema bancario como fuente de financiación, parece criticable que no se otorgue mayor seguridad jurídica a nuevas formas de captación de fondos que tanto bien podrían hacerle al sistema.

De momento, la única plataforma que consta autorizada, desde octubre de 2015, es “Bolsa Social”⁹, de *equity crowdfunding*.

El panorama jurídico en otros países

La situación de falta de regulación situación en otros países es similar. La también reciente versión norteamericana de la LFFE, Jumpstart Our Business Startups Act (conocida como “*the JOBS’s Act*”), hace la misma exclusión y sus medidas aún no están implantadas.

En Europa, la ausencia de regulación es lo más común y los pocos países que han legislado al respecto lo han hecho en la misma línea que España y E.E.U.U., excluyendo el *crowdfunding* de donación y recompensa. Italia, pionera en la materia, tiene normativa específica para el *equity crowdfunding* y Reino Unido exige que las plataformas se encuentren autorizadas, así como la mayoría de edad de los mecenas¹⁰. Francia limita también la regulación al *crowdfunding* de préstamos y valores y da distinto tratamiento a cada uno. Austria se centra en el *equity crowdfunding*, al contrario de Alemania que sólo tiene regulación para los casos de *lending*. Portugal, que sí se ocupa de la donación y recompensa, aún no ha reglamentado la normativa que creó al respecto en 2015, por lo que aún no se aplica. La Comisión Europea¹¹, que sigue de cerca el *crowdfunding* y su evolución en la Unión, excluye también de su último informe el micromecenazgo de donación y recompensa, a pesar de hacer expresa referencia a su importancia. En 2015, según dicho documento, el *crowdfunding* de recompensa alcanzó en la UE 96,899,235 euros de financiación a través de 127 plataformas, con una media de 4,573 euros por proyecto. Aunque no es el tipo de

⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, SEGISMUNDO.: “La propuesta de regulación de la inversión en masa o equity crowdfunding”, *Diario La Ley*, Nº 8320, 2014.

⁹ < <https://www.bolsasocial.com/blog/> >

¹⁰ Vid nota nº2, p.6.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA.: “Crowdfunding in the EU Capital Markets Union”, *Commission staff working document*, Bruselas, 2016, p.8 y ss.

crowdfunding a través del que más se recauda, sí que es para el que existe un mayor número de plataformas. De hecho, el 30% de las plataformas de *crowdfunding* activas trabaja con la modalidad de recompensa.

II. 2. 1 Relación entre plataforma y promotor

Aunque el supuesto de *crowdfunding* contemplado esté excluido de la LFFE, la lógica de las plataformas sobre las que se organizan los tipos de *crowdfunding* que sí regula es muy similar. Por eso, considero relevante que en la exposición de motivos se refiera a ellas como “*un novedoso mecanismo de desintermediación financiera*”, e interesante volver a sacar a colación la afirmación de que la norma solo se refiere a los tipos de *crowdfunding* en los que prima el componente financiero, lo que a *contrario sensu* implica que excluye completamente que las plataformas de *crowdfunding* de recompensa y donación sean intermediarios financieros, por mucho que, estrictamente, intervengan en la puesta en contacto entre promotores e inversores/mecenas.

De la definición de PFP que ofrece en el art. 46 “*empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa, denominados promotores*” eliminando las notas del rendimiento dinerario que esperan los inversores y de la necesidad de que la entidad se encuentre autorizada, sí que pueden mantenerse los siguientes aspectos:

La PFP de recompensa:

- Su actividad consiste en poner en contacto, mediante medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen aportaciones dinerarias, denominados mecenas, a personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio (los promotores) que ofrecen a cambio una recompensa de valor asimilable a lo aportado.
- Realiza la misma de manera profesional.

Las PFP de la LFFE son mecanismos de contratación regulados del mercado primario en el *equity crowdfunding* e intermediarios en el *lending crowdfunding*¹². Aunque esto no aplica a las plataformas de la modalidad *reward-based*, los servicios establecidos en el art. 51 sí coinciden:

a) *Recepción, selección y publicación de proyectos de financiación participativa.*

b) *Desarrollo, establecimiento y explotación de canales de comunicación para facilitar la contratación de la financiación entre inversores y promotores.*

¹² ZUNZUNEGUI, FERNANDO.: “Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (crowdfunding)”. *Revista de derecho del mercado financiero*, Working Paper 3/2015.

(...)d) *La puesta a disposición de las partes de los modelos de contratos necesarios para la participación en los proyectos.*

Los servicios que Lánzanos ofrece en concreto a los promotores son los siguientes;

- Soporte web para la exposición y promoción de su proyecto, interacción con los usuarios.
- Gestión de los datos y cobros a los mecenas.
- Transferencia de los fondos a la entidad en el momento en el que se alcanza el total de financiación.

Además, ofrece servicios adicionales como los mencionados vales offline y el servicio Lánzanos pro, que es un servicio de apoyo, consultaría y de proveedor tecnológico para proyectos que excede del supuesto presente.

Según prensa online, el Juzgado de Primera Instancia de Rubí dictó en 2013 la primera Sentencia referida a una plataforma de *crowdfunding* AUA (Apadrina a un Artista) Music¹³. En ella se responsabilizaba a la misma, pero el supuesto era sustancialmente diferente, ya que trataba de la no transmisión del dinero entre los mecenas y promotores, incumpliendo por lo tanto sus propias obligaciones.

La plataforma no es, desde luego, una institución de inversión colectiva. Además de carecer de la forma social especial requerida a estas entidades (sociedad anónima especial- sociedad o fondo de inversión), su actividad no consiste en captar fondos del público para invertirlos colectivamente: no es la plataforma la que toma la decisión de inversión (es el propio mecenas), el financiamiento que se hace desde ellas no es agrupado previamente por las mismas y, en definitiva y según la LFFE, ni siquiera es inversión.

Amparándonos de nuevo en la LFFE y en su exclusión del *reward-based crowdfunding*, se pueden descartar de entrada los contratos de servicios de inversión, pues, siguiendo a Menéndez y Rojo¹⁴ (también para la teoría general de los contratos enumerados a continuación), estos consisten en la gestión burocrática o administrativa de valores, normalmente cotizados o en la intervención profesional en su compraventa, lo que desde luego encajaría mucho más en el *equity crowdfunding*.

No tratándose de una colaboración estable y duradera, con representación y actuación constante por cuenta ajena, se descarta también de entrada el contrato de agencia.

La comisión

En la versión mercantil del mandato, un principal encarga a un agente una determinada gestión, de carácter mercantil objetiva o subjetivamente (al ser comitente o comisionista empresario, en este caso, aunque el promotor aun no realizase actividad alguna, lo sería la plataforma). Aún pudiendo encajar la orden de pago o cobro de

¹³ < <http://www.universocrowdfunding.com/primera-sentencia-sobre-crowdfunding-en-espana/>>

¹⁴ MENÉNDEZ, AURELIO; ROJO, ÁNGEL (dir.): Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp.75 y ss.

alguno de los dos tipos de usuarios en un mandato, éste no se hace en nombre propio y por cuenta ajena: tanto promotor como mecenas tienen en todo momento control de sus acciones. Lánzos no intermedia en el sentido tradicional de localizar, negociar y contratar “en nombre de”, no realizando, en definitiva, actos jurídicos: simplemente ofrece soporte logístico y realiza gestiones de un carácter casi administrativo. Difícilmente se consideraría comisionista a quien ofreciese un local físico en el que mecenas y promotores se encontrasen cara a cara y sus únicas tareas fuesen encargarse del registro de entrada y, cumplida la condición de alcanzar el total de la financiación requerida, gestionar el cobro.

Lo que sí es común entre el supuesto y la configuración habitual de la comisión es el 5% sobre el valor de lo recaudado que Lánzos cobra por sus servicios de realizarse efectivamente la financiación.

El arrendamiento de obra y/o servicios

El arrendatario se compromete a realizar en servicio del arrendador una obra, actividad o trabajo, durante un tiempo determinado o sin fijación de plazo, a cambio de una remuneración proporcional al tiempo o a la cantidad de trabajo producido.

Tiene como contraprestación un precio cierto que no es esencial en la comisión.

Su objeto es la realización de actos materiales. De nuevo, cabe destacar que el soporte web que ofrece y los actos concretos de gestión que realiza asimilan más a esto que a los actos jurídicos propios de la comisión.

Existe en efecto el precio cierto (la comisión del 5%) y la duración temporal (la de la campaña) y la plataforma despliega la actividad de almacenamiento de la campaña y gestión informática de la misma y del pago, así como el registro de los usuarios.

En cuanto a la distinción entre la obra y el servicio, a falta de acuerdo doctrinal, se puede buscar la diferencia en que en el contrato de obra se desarrolla una actividad intelectual de manera libre e independiente por el profesional y en el de servicios una prestación de naturaleza material, normalmente subordinada al criterio del arrendador; el primero un contrato de resultado frente al contrato de medios. Al barajarlo respecto a otros contratos propios de Internet, la falta “materialidad” de la prestación en el contrato de obra se presenta en muchos casos como obstáculo, aunque realmente no impide que se apliquen sus normas, puesto que el resultado se produce igualmente, aunque no sean de aplicación detalles concretos que si exigen esa materialidad como las referidas a la destrucción de la obra o a los vicios de construcción. Las obras intelectuales o virtuales no tienen por qué quedar completamente excluidas¹⁵. En este caso concreto, por las prestaciones que la plataforma ofrece y que se enumeraron antes, creo que encaja mejor en el de servicios, aunque depende de la actividad concreta y la distinción no está muy clara en ninguno de los contratos que afloran en la red¹⁶.

La anticuada y escueta regulación del Código Civil, definitivamente no pensada para los retos actuales de la contratación por Internet, lleva a que muchos contratos de

¹⁵ YANGUAS GÓMEZ, ROBERTO.: *Contratos de conexión a Internet, “hosting” y búsqueda*. Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 68 y ss.

¹⁶ LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA.: *e-Contratos*. Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2004, p.29.

actividad sean atípicos, en especial nuevas formas de contratación en el que los resultados son virtuales, como el después mencionado contrato de hosting y como parece que por sus especiales características también el contrato realizado entre la plataforma y el promotor.

La mediación o corretaje

En este contrato atípico, el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero que habrá de buscar al efecto.

La comisión del 5%, la facilitación y el contrato entre el promotor y un tercero existe efectivamente, pero la nota esencial de la búsqueda y promoción de ese tercero no existe, ya que los mecenas buscan y escogen financiar por sí mismos, sin actividad ni incentivo alguno por parte de la plataforma más allá del soporte web. La finalidad propia del contrato es la actividad mediadora, que no está en ningún caso clara. Como explica Menéndez, la actividad propia es material (no jurídica como en la comisión) y consiste en aproximar a dos futuros contratantes.

Contrato de hosting

Contrato atípico (asimilado a veces al de obra) en el que el prestador de servicios se obliga al uso de cesión de espacio de memoria en su servidor para que la otra parte, el cliente, almacene allí su sitio web, a cambio de un precio¹⁷. Incluye la conexión a Internet de dicho sitio y el mantenimiento de ésta y el propio servidor y en ocasiones el nombre de dominio.

Lánzanos aloja la campaña en su propia página web, habilitando en la misma una sección específica para el proyecto y remitiendo a ella desde su interfaz inicial e índices.

Entiendo que no puede calificarse como contrato de hosting en tanto en el mismo se aloja una página web y en el presente supuesto se publica información en una página web. La lógica informática es distinta (la plataforma podría carecer de servidor propio, pues la publicación de la campaña la hace en su propio espacio, que posiblemente tenga contratado a terceros) y en todo caso, el resto de la actividad (cobro de la recompensa, registro de los mecenas...) excede completamente de dicho contrato.

Contrato de edición y contrato de publicidad

Siguiendo el razonamiento de que la plataforma aloja la campaña en su propio espacio para darla a conocer, podría valorarse que se tratase de una mera publicación o una actividad publicitaria.

Sin embargo, dado que el objeto del contrato de edición es una obra artística, literaria o científica y el de publicidad la creación, preparación o programación de la

¹⁷ SÁNCHEZ LERÍA, REYES.: *El contrato de hospedaje web*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 69.

publicidad y, de modo particular, su ejecución¹⁸, la actividad de gestión y alojamiento de la campaña no encaja en ninguno de los dos.

Contrato atípico

En definitiva, lo más adecuado parece considerar la relación un contrato de actividad atípico, como es el caso de muchas de las relaciones jurídicas que actualmente se dan vía Internet.

Si se lo considerase un contrato atípico, le resultarían de aplicación las normas generales de los contratos (arts. 1254 a 1314 CC) y, por analogía, las normas de contratos de una naturaleza similar o que puedan considerarse semejante en lo esencial, en este caso el arrendamiento de servicios u obra.

II. 2. 2 Relación entre promotor y mecenas

Pasando ahora a la relación entre promotor y mecenas, debe recordarse que son los términos de uso de la plataforma web de *crowdfunding* los que rigen la relación entre promotor y mecenas, con las especificaciones de la oferta determinada del promotor en cuanto a recompensas y entregas que realiza en la página de la campaña. Partiendo de que el pago solo se realiza cuando un número de mecenas realizan una aportación bastante para alcanzar al menos el 100% de financiación (lo cual constituye una condición, sea cual sea el tipo de negocio), las obligaciones entre ambos pueden resumirse de la siguiente manera:

El promotor:

- En el momento de registro, acepta los términos de uso.
- En el momento de crear una campaña, establece los términos de su oferta.
- En el momento en el que recibe el pago, surge su obligación de entregar la recompensa.

El mecenas:

- En el momento del registro, acepta los términos de uso.
- En el momento de realizar una aportación, acepta la oferta del promotor y queda obligado a realizar el pago al final de la campaña si esta alcanza el total de recaudación.

Se analizan a continuación distintas alternativas en las que encajar dicho contrato. Se baraja la donación (pura y en su modalidad onerosa), la compraventa (con especial atención a la venta de cosa futura en sus dos modalidades, *emptio rei speratae* y *emptio spei*) y los contratos atípicos. Se sigue en general la doctrina sobre contratos expuesta por Bercovitz¹⁹, señalando expresamente las tesis correspondientes a otros autores.

¹⁸ Diccionario jurídico <<http://aranzadi.aranzadidigital.es/>>

¹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO.: *Manual de Derecho Civil, Contratos*, Bercal S.A., Madrid, 2016, pp. 75 y ss.

Donación

La gratuidad o gran aproximación de las recompensas más simbólicas las asimila a una donación. El Código Civil, en el art. 618, las define como un “*acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*”.

En palabras de Albaladejo²⁰, se trata de un “*empobrecimiento efectivo del donante y correlativo empobrecimiento del donatario*”. En este caso, la salida de dinero del patrimonio del mecenas y entrada en el del promotor como financiación para el proyecto.

En cuanto a la forma de las donaciones de cosa mueble (en este caso dinero), puede ser verbal o escrita, no requiriéndose en este último caso que la entrega sea simultánea. La oferta y aceptación mediante los formularios web de Lánzanos con las confirmaciones correspondientes serían suficiente para cumplir la forma, por lo tanto.

Se perfecciona, según el art. 623 CC, desde que el donante conoce la aceptación del donatario (por ejemplo STS 25.10.1993²¹ y STS 17.04.1998²² que habla de la irrevocabilidad una vez aceptada la donación).

Resulta de interés que según el art. 10.7 del CC se regirán por la Ley nacional del donante. Siendo Lánzanos una plataforma española a la que pueden acceder personas de todas nacionalidades, este precepto podría adquirir relevancia.

El carácter esencial de gratuidad encaja bien con el *donation crowdfunding* o con el *reward-based* en tanto las recompensas sean irrisorias o meramente simbólicas. Sin embargo, no encaja siempre y cuando la contraprestación sea de entidad tal que el contrato pase a ser oneroso.

Donación onerosa

En cuanto a la donación onerosa o modal del art. 170, en ella se impone al donatario un gravamen que puede ser o no de carácter económico. No es una condición (es decir, suceso futuro y objetivamente incierto que supedita el negocio jurídico a su ocurrencia) sino modo, es decir, una obligación accesoria a la principal por la que el beneficiado por la liberalidad debe realizar una prestación determinada. Un ejemplo es la imposición del destino del bien donado. En este caso, dado que la aportación de los mecenas queda atribuida al proyecto, podría considerarse como tal en ese sentido.

Según la Jurisprudencia, el gravamen impuesto (carga o modo) tiene que ser de valor inferior al de la donación, ya que si fuese igual o mayor el contrato sería oneroso, al perderse la gratuidad y el ánimo de liberalidad (STS 08.03.2016²³). Ese ánimo queda manifiesto en la diferencia de valor entre donación y contraprestación (STS

²⁰ ALBALADEJO, MANUEL.: *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Edisofer, S.L., Madrid, 2011, pp.489 y ss.

²¹ STS 25 de octubre de 1993 (Aranzadi RJ 1993\7654)

²² STS 17 de abril de 1998 (Aranzadi RJ 1998/2983)

²³ STS 8 de marzo de 2005 (LA LEY 1313/2005)

15.06.1995²⁴). Considerado acto mixto, en virtud del art. 622 CC se le aplican las reglas de los contratos hasta donde alcance el valor de la contraprestación y las de la donación en la parte que exceda del mismo.

Siguiendo todavía a Albaladejo²⁵, la STS 28.07.1997²⁶ comete un error al hablar de la donación modal como negocio jurídico del que se derivan obligaciones recíprocas y ha de hacerse hincapié en que no hay contraprestación, sino una carga accesoria impuesta por el donatario al donante. Insiste en que no se trata de un contrato oneroso, ni siquiera en la cuantía excedente del valor (en ese sentido las SSTS 11.03.1988²⁷ delimitando la donación modal y 06.04.1999²⁸ haciendo hincapié en la accesoriidad).

La clave está en la diferencia entre contraprestación y carga, siendo esta última una merma en el valor de lo donado, de carácter completamente accesorio (imponer, como se dijo, el destino de lo donado; pagar las deudas vinculadas; el abono de impuestos...). Independientemente de que la obligación modal pueda ser de dar, considero que en estos casos estamos bien ante una donación normal, modal si se tiene en cuenta la vinculación del importe donado por el mecenas al proyecto, en los casos en los que no hay recompensa o esta es irrisoria, y que la figura queda excluida en los casos en el que el valor de la recompensa es de entidad tal para que pueda considerarse verdadera contraprestación de valor equivalente y el ánimo de donar queda sustituido por el de adquirir la recompensa a cambio de la financiación.

Por último al respecto, mencionar que la donación modal es revocable por incumplimiento del gravamen. Aunque excede del caso expuesto, resulta interesante por la situación que podría presentarse en los casos de *donation crowdfunding* si el promotor emplease la financiación para algo distinto al proyecto anunciado o incluso si no llegase a hacer efectivo dicho proyecto.

Compraventa

Queda entonces por determinar en qué clase de negocio encaja el *crowdfunding* de recompensa de valor similar al de la aportación del mecenas.

El art. 1445 CC define la compraventa como aquel contrato en el que uno de los contratantes (vendedor) se obliga a entregar una cosa determinada y el otro (comprador) a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

Aunque no se explicita en el supuesto, la práctica común del *crowdfunding* permite asumir que en la web se hace explícito el importe concreto por el cual se recibirá la recompensa, lo que podría considerarse precio cierto. La cosa a entregar es ciertamente determinable, puesto que su descripción consta detalladamente en la página web, lo que constituirá las condiciones contractuales en cuanto a las condiciones de la cosa. Además, como se analizará a continuación, en base al art. 1271 CC, la inexistencia presente de la cosa no es óbice para que la compraventa pueda llevarse a cabo.

²⁴ STS 15 de junio de 1995 (Aranzadi RJ 1997\2889)

²⁵ Vid. Nota pp. 607-608

²⁶ STS 28 de julio de 1997 (Aranzadi RJ 1997\5809)

²⁷ STS 11 de marzo de 1988 (Aranzadi RJ 1988\1960)

²⁸ STS 6 de abril de 1999 (Aranzadi RJ 1999\2656)

La concurrencia de voluntades (de nuevo a través de los formularios de la plataforma) perfeccionaría el negocio (también con la condición de alcanzar el 100% de la financiación), momento a partir del cual surgiría la obligación de entregar la cosa para el vendedor.

No hay una regulación legal sobre el plazo de entrega. La obligación existe desde el momento de perfección del contrato (con la concurrencia de consentimientos sobre cosa y precio, siendo la entrega una obligación del vendedor a partir de ese momento).

Compraventa de cosa futura

El artículo 1271 CC especifica que las cosas futuras pueden ser objeto de compraventa, es decir, que no existen en el momento de celebración del contrato pero que existirán de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos. Muchos casos de *crowdfunding* se refieren a productos totalmente inéditos de los que puede ni siquiera existir prototipo, aunque la experiencia demuestra que gran parte de los proyectos llegan a buen término. La posibilidad de la prestación, en todo caso, es un requisito, que deberá analizarse caso a caso. En el presente supuesto, siendo una reedición tales cuestiones no suscitan mayor discusión.

Todas las normas aplicables a la compraventa que presuponen la existencia de la cosa (por ejemplo, la carga del riesgo por la pérdida) se aplican sólo desde el momento en el que ésta goce de existencia actual.

Si no llega a existir, la obligación al pago desaparece. El problema de subsumir el *crowdfunding* en este supuesto es el necesario prepago, asumido por el mecenas, para que el producto llegue a existir. Además, surge el derecho a reclamar una indemnización por incumplimiento contractual.

Jurisprudencialmente se impone la obligación al vendedor de desplegar la actividad necesaria para que la cosa llegue a existir (STS 18.09.1996)²⁹. En palabras del Tribunal Supremo, el contrato “*presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que esta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar*” (STS 17.02.1967³⁰ y 30.10.1989³¹ entre otras) y los términos de usuario de Lánzanos no hacen especial referencia a la diligencia exigible al promotor para intentar llevar a cabo un proyecto, pero otras páginas como la de Kickstarter sí insisten en sus deberes y en especial añaden (contractualmente) deberes de información muy específicos para que la otra parte (los mecenas) puedan tener constancia de que realmente se intenta hacer efectivo el proyecto con la diligencia debida.

Luego existe un precio cierto y una obligación de entregar una cosa aún inexistente pero determinable y que existirá según el curso normal de los acontecimientos. Considero que la entrega de una reedición del juego por una aportación sustancial (téngase en cuenta que 15.000 donantes sumando un total de 700.000 euros implican

²⁹ STS 18 de septiembre de 1996 (Aranzadi RJ 1996\1914)

³⁰ STS 17 de febrero de 1967 (Aranzadi RJ 1967\735)

³¹ STS 30 de octubre de 1989 (Aranzadi RJ 1989\7384)

una donación individual, al menos de media, de 47 euros, vendiéndose las ediciones originales de segunda mano en Internet por 70 o 100 euros³²) entra en tal categoría.

La compraventa de cosa futura de la que se viene hablando hasta el momento es la modalidad *emptio rei speratae*, contrato conmutativo, según, entre otras, las SSTs 26.06.2008³³, 17.02.1967³⁴ y 10.06.2013³⁵, es decir, que genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes.

Una modalidad especial de compraventa de cosa futura es la *emptio spei*, contrato atípico de carácter aleatorio en la que la obligación al pago es independiente de que llegue a existir la cosa, siendo el riesgo de su inexistencia completamente asumido por el comprador.

Surge entonces la cuestión de si el mecenas está aceptando realmente el riesgo de que la cosa no llegue a existir, puesto que conoce perfectamente el ámbito emprendedor e innovador, con sus inherentes riesgos, típicos del *crowdfunding*. Sin embargo, puede considerarse que él está asumiendo ya un prepago y un plazo normalmente elevado de entrega, carece de la misma información que la empresa y el ánimo de liberalidad de llevar un producto nuevo al mercado y apoyar un proyecto de interés general pierde fuerza en supuestos de recompensas de valor asimilable a lo aportado. No creo que fuese coherente con la línea general de protección al consumidor tipificar en esta línea el contrato en caso de crear una regulación específica, y desde luego que sin ser aceptación expresa no puede darse por hecha por las meras circunstancias que rodean al *crowdfunding*, puesto que cuanto más extendida se hace la práctica, más desconocimiento potencial hay entre los consumidores y a la vez más confianza en que los proyectos lleguen a buen puerto.

La Comisión Europea, con ocasión de informar a otras instituciones sobre la situación y posibilidades del *crowdfunding*, define directamente el *crowdfunding* en el que los mecenas reciben a cambio de su aportación un producto desarrollado y elaborado con los fondos recaudados como “preventa”³⁶, lo que junto a la mención de “compraventas” que hace la LFFE en sus exclusiones, presumiblemente refiriéndose al *reward-based crowdfunding*, apoya las consideraciones anteriores.

Contrato atípico

Dicho todo lo anterior, cabe hacer hincapié de nuevo en que el riesgo inherente a los proyectos, la lógica de la inversión (que exige el pago adelantado y dificulta en extremo la protección posterior del mecenas) y la dualidad de causa onerosa y lucrativa separa en algunos elementos esenciales la relación jurídica con origen en el *crowdfunding* de todos los contratos antes mencionados.

³² <<https://www.milanuncios.com/juegos-en-madrid/cruzada-estelar.htm>>

³³ STS 26 de junio de 2008 (LA LEY 79039/2008)

³⁴ STS 17 de febrero de 1967 (Aranzadi RJ 1967\735)

³⁵ STS 10 de junio de 2013 (Aranzadi RJ 2013\4975)

³⁶ COMISIÓN EUROPEA.: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la Unión Europea», Bruselas, 27.3.2014, COM(2014), p. 3.

En este caso las normas aplicadas por analogía, sobre todo si se considera la modalidad de venta de cosa futura emptio spei, serían las de la compraventa.

II. 2. 3 Relación entre plataforma y mecenas

La relación entre plataforma y mecenas es la menos conflictiva, sobre todo en casos concretos como el presente de plataformas que excluyen su responsabilidad de los posibles incumplimientos de los promotores.

Los servicios que la plataforma ofrece a los mecenas son los siguientes:

- Soporte web para búsqueda y consulta de información sobre los distintos proyectos ofertados.
- Posibilidad de incluir contenido como comentarios, cuestiones, etc.
- Gestión de su aportación dineraria, con el control de que no será cargada hasta que el proyecto no alcanza el total de financiación.

A cambio, el mecenas ofrece su atención y apoyo al proyecto y su única responsabilidad es hacer un uso correcto de la página.

En apartados anteriores se mencionó que en la web de Lánzanos se dice en el apartado de preguntas frecuentes, *“en caso de no recibir la recompensa, Lánzanos actúa de intermediario informativo entre ambas partes, pero en ningún caso adquiere la responsabilidad por los retrasos o la no entrega”*. Se trata de una mera afirmación en la página, sin compromiso alguno en los términos de uso, por lo que no creo que se le pudiese exigir a Lánzanos dicha intermediación o una determinada actividad en el caso.

El hecho de que el contrato sea gratuito podría dificultar asimilarlo al de obra o servicios y convertirlo en atípico, aunque algunos autores consideran que esto no es obstáculo para que surja una verdadera obligación para la plataforma, siendo la única consecuencia de la gratuidad la facultad de moderación otorgada a los tribunales por el art. 1103 CC a la hora de establecer las indemnizaciones por responsabilidad.

En particular, el mandamiento de pago gratuito que el mecenas hace a la plataforma de que gestione su aportación si se logra el 100% de financiación podría ser un mandato, aunque el servicio en general conlleva más que eso y me remito a las consideraciones hechas para la comisión.

II. 3 Normativa aplicable

II. 3. 1 TRLGDCU

Es importante también valorar la aplicación del 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 cuestión es si el promotor encaja en la definición de empresario de la Ley y el mecenas en la de consumidor o usuario, de manera que la relación entre ambos quede dentro del ámbito de aplicación de la Ley. Según el art. 3, “*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”. Aunque no hay obstáculo alguno para que personas jurídicas empleen plataformas de *crowdfunding*, es claro que en el presente caso sería de extrañar que financiaran la reedición del juego de mesa, frente a casos más razonables de donaciones a causas sociales, etc. El art. 4 define empresario como “*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*”. Los particulares pueden ser promotores, pero hablamos de un empresario autónomo con una marca registrada y realizando ventas, por lo que encaja también en la definición.

En cuanto a la aplicación de la legislación de consumo a la relación entre plataforma y usuarios, cabe mencionar que es clara en el caso de las PFP incluidas en la LFFE. Tanto mecenas como promotores son considerados clientes de la plataforma y el artículo 85 establece explícitamente esa sujeción y los preceptos siguientes algunas especialidades³⁷.

En el caso particular, siendo la plataforma web propiedad de Logic-Lanzanos, una sociedad limitada española con domicilio social en Madrid, que realiza de manera habitual la actividad de servicios a mecenas y promotores a cambio de su comisión, no hay obstáculo en considerarla empresario en los términos del TRLGDCU.

Las consecuencias de la aplicación son en general unos deberes de información muy estrictos (por ejemplo, sobre el plazo de entrega, ejecución del contrato y proceso de reclamación en la propia oferta comercial, según el art. 20), en especial cuando las cláusulas contractuales son generales y no negociadas particularmente (art. 80) y una protección especial del consumidor como parte débil del contrato. Entre otros, el art. 8 menciona alguno de los derechos que se les otorgan y que aplican al caso: la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contrato, la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos, la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión...

Contrato celebrado a distancia

Con independencia del tipo de contrato, es claro que entra en el ámbito de aplicación de los contratos celebrados a distancia según el art. 92 del TRLGDCU. Ya que Internet es una de las técnicas de comunicación a distancia que se requiere para la celebración del contrato (en concreto la plataforma web Lánzanos).

Esto añade una serie de especialidades relativas a la tutela del consumidor antes mencionada, como deberes especiales de información y entre las más relevantes, el

³⁷ MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS.: “Crowdfunding, intermediarios de crédito y préstamos al consumo en la Ley 5/2015”. *Diario La Ley*, Nº 8575, 2015.

derecho a desistimiento y devolución. Dado que la cosa en la venta a distancia no puede ser examinada por el consumidor previamente, se establece el derecho a desistir libremente del contrato en los catorce días naturales siguientes a la recepción en el caso de las ventas (art.102.1) sin motivo alguno. El art. 76 establece la obligación del empresario a devolver las sumas abonadas por el consumidor que ha ejercido su derecho de desestimiento sin retención de gastos en el plazo de 14 días.

Ambos derechos son completamente contrarios a la lógica del *crowdfunding*, como compraventa de cosa futura y como método de financiación. El mecenas desea obtener la cosa determinada según la oferta hecha en la página web y tiene derecho a que las especificaciones se vean cumplimentadas correctamente, sin embargo, la suerte de derecho a examinar la cosa que implica el desestimiento, sin tener que dar razón alguna, sería tremendamente gravosa para el promotor, especialmente si se tiene en cuenta el carácter financiador de las aportaciones, puesto que podrían ser revocadas en cualquier momento. Ha de tenerse en cuenta que las cláusulas que renuncien al derecho de desestimiento son nulas, por lo que el pacto entre las partes en contrario a través de los términos de uso, por ejemplo, carecería absolutamente de validez.

Lo razonable sería no aplicar estas normas del contrato celebrado a distancia pero, obviamente, admitir la posibilidad de que el mecenas reclame si la recompensa finalmente entregada no se corresponde por lo anunciado por el promotor (por ejemplo, la polémica al rededor del reloj inteligente Kreyos de la plataforma Indiegogo, cuyas características a la hora de la entrega no coincidían con las ofertadas³⁸) lo cual puede hacer por simple incumplimiento contractual. En cualquier caso, la colisión de la normativa de consumo con la lógica del *crowdfunding* podría dar lugar a problemas futuros sin una regulación explícita.

El *crowdfunding* no encaja en ninguna de las excepciones del art.103, cuyo objeto general es no caer en una sobreprotección del consumidor a costa de un perjuicio injustificado al vendedor³⁹.

II. 3. 2 LSSI

Según la exposición de motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, los “servicios de la sociedad de la información” que regula engloban “*además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), (...) así como cualquier otro servicio (...) siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico*”.

³⁸ < http://www.quesabesde.com/noticias/kreyos-reloj-inteligente-indiegogo-problemas_12143>

³⁹ DÍEZ GARCÍA, HELENA (dir.): *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Editorial Reus, S.A., Madrid 2014, p. 411.

Realizando Lánzanos su actividad empresarial a través de un portal, suministrando información y prestando el servicio antes definido, encaja sin dificultad en tan amplio ámbito de aplicación. La actividad de los promotores, en tanto contratación de bienes por vía electrónica, entiendo que también.

Respecto a los efectos de la Ley en el caso, ésta establece que la aceptación se entiende realizada, así como su confirmación, cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello (art. 28) y que si en el contrato participa un consumidor el mismo se entiende celebrado en el lugar donde tenga su residencia habitual.

Cabe destacar también que establece que el previo acuerdo sobre el empleo de medios electrónicos entre las partes no es necesario para la validez del contrato por vía electrónica y que si la Ley exige que el contrato conste por escrito, bastará con que lo haga en soporte electrónico, según el artículo 23. Adicionalmente, se establecen deberes de información para con el usuario.

II. 3. 3 LCGC

Respecto a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, el artículo 1 de la misma afirma que, “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”. En efecto, un tercero o parte (la plataforma) redacta las cláusulas (los términos de uso) que rigen para la pluralidad de contratos entre los mecenas y los promotores y la propia plataforma, por lo que nos encontramos en el ámbito de aplicación objetivo de esta Ley. Subjetivamente, se requiere (y se cumple en este supuesto) que el predisponente actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, pudiendo ser el adherente persona física o jurídica, profesional o no.

La consecuencia es la aplicación de las normas específicas de esa Ley sobre la incorporación e interpretación de las cláusulas con la intención de proteger al consumidor. No me extendiendo más en este punto, al no darse en los términos de uso ninguna cláusula conflictiva en lo que respecta al supuesto.

II. 3. 4 Normativa fiscal

Otra cuestión de interés es la de la tributación de estas importantes cantidades, para la que de nuevo hay que remitirse a la diferencia entre los tipos de *crowdfunding*. La Administración Tributaria se ha pronunciado al respecto del *crowdfunding* de donación, aclarando que tratándose de personas físicas y donativos sin contraprestación el supuesto encaja sin dificultades en el hecho imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. La problemática aparece, de nuevo, en el *crowdfunding* de recompensa y en las diferencias de valor entre lo aportado y la contraprestación recibida. Algunos autores sugieren que la valoración ha de hacerse en cada caso atendiendo al producto (apareciendo entonces el problema de asignar un valor de mercado a un producto antes

inexistente en muchos supuestos) y al ánimo de liberalidad⁴⁰ que es claro en los supuestos en los que la recompensa es una mención honorífica en el proyecto o un elemento de poco valor, pero discutible en muchos otros. Si el valor es sustancial pero menor al de la aportación, coexisten la causa onerosa y la lucrativa, y podrá ser necesario que parte tribute por ISD y parte por IRPF, IS o IRNR según proceda. En el caso concreto del *crowdfunding* de recompensa es necesario además tributar por IVA, sin que sea discutible que existe una actividad económica. Al no exigirse habitualidad en ella, la financiación de un proyecto concreto con este método queda sujeta a dicho impuesto.

La dificultad añadida es que la relación transcurre entre particulares, que habitualmente desconocen la necesidad de tributar o cómo gestionar dichos impuestos.

En general, la postura de la Administración Tributaria confirma las intuiciones sobre el *crowdfunding* de recompensa y donación y los límites entre ambos.

II. 4 Acciones legales a disposición de los mecenas

Concluí en apartados anteriores que estamos ante una compraventa de cosa futura de características especiales, en la que el mecenas ya ha realizado el pago y el promotor tiene pendiente la entrega de la cosa.

El primer punto a tratar es si el retraso efectivo supone un incumplimiento contractual y lleve la situación al ámbito de aplicación del art. 1.124 CC, según el cual en caso de incumplimiento por una de las partes, el perjudicado podrá solicitar “*el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*”

A continuación se valoran las distintas acciones a disposición de los mecenas en caso de que existiese incumplimiento y por último se tratan las cuestiones procesales de dicho procedimiento.

II. 4. 1 Incumplimiento del contrato o retraso

¿Hay incumplimiento por parte del promotor? Para que exista incumplimiento, y no simple retraso, éste debe hacer imposible la prestación o convertirla en inservible para el acreedor. La obligación de entrega de la cosa derivada del contrato entre mecenas y promotor en este caso concreto se materializa en un juego de mesa reeditado que no pierde su utilidad por el paso de un año, que es aproximadamente el retraso acumulado según las fechas del caso.

Jurisprudencialmente, en el ámbito de las compraventas de cosa futura, se interpreta que el retraso en la entrega no supone por norma general un incumplimiento lo suficientemente sustancial como para motivar una resolución unilateral (STS

⁴⁰ SANZ GÓMEZ, RAFAEL.: “Implicaciones tributarias del crowdfunding o financiación colectiva”, *Quincenal Fiscal*, N°9, 2015.

20.01.2015⁴¹). La excepción es en el caso bastante habitual actualmente de las compraventas de vivienda futura o en construcción, puesto que se les aplica su normativa específica, en la que el retraso sí equivale al cumplimiento (como en la sentencia que se acaba de citar, que interesa en este caso por tratar el supuesto de la vivienda como una excepción a la norma general).

Además, dadas las especiales características de la compraventa de cosa futura, lo que se le exige al vendedor es una determinada diligencia a la hora de cumplir la cosa, y, contractualmente en algunos casos de *crowdfunding*, unos estrictos deberes de información para comprobar que esa diligencia se aplicó en efecto.

El retardo da lugar a mora, pero solo si el deudor es responsable del mismo. Como en los términos de uso nada se dice al respecto, en principio el promotor no responde en caso de fuerza mayor o fortuito. Esto se desprende del art. 1105 CC, puesto que si no responde el que en tales circunstancias no puede cumplir, tampoco es responsable el que se retrasa en el cumplimiento de su obligación por ellas.

Además, por el art. 1100 CC, para que la mora sea efectiva la obligación debe ser reclamada judicial o extrajudicialmente, ya que no hay disposición legal alguna que establezca la mora automática ni el plazo de entrega fue elemento sustancial en el contrato.

Adicionalmente, al encontrarnos ante una obligación recíproca se requiere que la otra parte haya cumplido su parte del contrato, lo que en el caso se cumplimenta al producirse el pago adelantado.

Por lo tanto, el incumplimiento del plazo inicialmente señalado de las navidades del 2014 se trata de un retraso material, que no pasa a ser retraso jurídico hasta que los mecenas reclaman judicial o extrajudicialmente sus recompensas. Los términos de uso sólo establecen que *“El plazo de envío [de las recompensas] deberá ceñirse rigurosamente a la descripción de cada proyecto, no superando nunca el año natural, salvo especificación explícita y visible fácilmente en la descripción del proyecto.”* Lo cual no ayuda en especial a la defensa del mecenas, ya que lo que aplica es la especificación hecha en la página de la campaña que como ya se explicó funciona como oferta.

Una vez hecho esto (lo cual no se puede saber con seguridad si se dio o no en el caso analizado) los efectos de la mora serían la obligación de indemnizar el daño causado al acreedor (STS 28.09.2000⁴²) y que la responsabilidad del deudor se extiende al caso fortuito o la fuerza mayor.

En el caso propuesto, la recompensa prometida es perfectamente posible (ha de tenerse en cuenta que en algunos casos de *crowdfunding*, podría ocurrir que el proyecto fuese inviable o el producto imposible) ya que se trata de una reedición.

En los hechos se relata que la explicación del promotor es que la resina, material empleado para las figuritas del juego, produce mucha suciedad en la maquinaria, lo que

⁴¹ STS 20 de enero de 2015 (LA LEY 6314/2015).

⁴² STS 28 de septiembre de 2000 (Aranzadi RJ 2000\7533)

lleva a un mantenimiento muy elevado origen del retraso. Si esto es cierto, el promotor está trabajando en la entrega con la diligencia debida y el retraso se debe a causas ajenas a su voluntad.

El TS, con ocasión de analizar los límites entre el incumplimiento y la mora, añade a la inutilidad para el acreedor por el retraso los supuestos en los que la *“inobservancia temporal del deudor se prolonga excesivamente, por comportar una dilación que por su exagerada duración es contraria a la buena fe, y también es determinante para el acreedor de un sacrificio que rebasa lo normalmente previsible y lo razonablemente tolerable”* y *“cuando hay hechos o circunstancias que exteriorizan de manera inequívoca una persistente voluntad del deudor de no cumplir”*⁴³.

El fin definitivo de la campaña, con la entrega de la financiación al promotor por parte de la plataforma es el 23 de diciembre de 2013. El plazo previsto de entrega era de un año, en las navidades del 2014, y el retraso es, al menos, de un año, a febrero de 2016.

En la cita anterior se hace expresa referencia a la exagerada duración del retraso por ser manifestación de una vulneración de la buena fe. Si bien es cierto que el retraso es otro tanto del plazo inicial (por lo que la creación del juego está llevando más del doble de lo previsto) si la causa alegada por el Sr. Gutiérrez es cierta y efectivamente el retraso no es voluntario ni por su culpa, la buena fe no se ve vulnerada.

Sin embargo, carece de sentido aparente que los gastos de envío fuesen exigidos de acuerdo con el plazo normal si las dificultades ya debían haber aparecido por entonces. Ese cobro adicional y la falta de información a los promotores, si se probase que el alegado motivo de retraso no existe, podría dar lugar a valorar no solo un retraso voluntario o un incumplimiento, sino incluso un fraude, lo que se analizará posteriormente.

En síntesis, si el promotor no tiene causa ajena a él y justificada para el retraso, incurre en mora, con el deber de indemnizar el perjuicio causado a los mecenas. Los requisitos para esta indemnización son que haya un perjuicio efectivo, consecuencia del retraso y que éste sea responsabilidad del deudor. Ejemplos son la SAP MADRID 29.11.2010⁴⁴ otorgando indemnización (si bien no muy sustancial) por el retraso injustificado en la entrega de unos muebles más de un año después de la fecha aproximada de entrega que se había fijado. La SAP ZARAGOZA 23.01.2007⁴⁵, en contra, la desestima también para el retraso en la entrega de unos muebles ya que no se probó la estancia de los compradores en el inmueble donde habían de instalarse, por lo que no considera suficientemente acreditados los supuestos perjuicios. En este caso, la no entrega está más que acreditada. La SAP MADRID 28.05.2010 hace hincapié en la necesidad de que el retraso sea relevante, desestimando el caso en el que el retraso de la entrega (también de muebles) era de unos meses. La misma audiencia en Sentencia de 2009 aprecia incumplimiento en un retraso de dos meses en la entrega de una mesa bajo

⁴³ STS 19 de febrero de 2002 (LALEY 3517/2002)

⁴⁴ SAP MADRID 29 de noviembre d .2010 (LA LEY 291208/2010).

⁴⁵ SAP ZARAGOZA 23 de enero de 2007 (LA LEY 1984/2007)

pedido. En general, se desprende que ha de atenderse al caso concreto en relación al tiempo y que se aprecia perjuicio y mora en casos de falta o retraso en la entrega.

La falta de culpa del deudor, según la Jurisprudencia, requiere (vid STS 5.12.2002⁴⁶) que se hayan tomado las medidas razonables para no infringir la obligación, lo que nos devuelve a la diligencia. No es necesario que el deudor actúe de mala fe, sino simplemente que no sea lo suficientemente previsor. En este caso, habría que valorar si los problemas del mantenimiento de la maquinaria eran razonablemente previsibles o solventables.

Según Albaladejo⁴⁷, cuando la obligación no se cumple como se debía se presume la culpa del deudor pero éste puede probar que la causa era ajena a él, pero considero que esta presunción no opera en el supuesto del retraso, pues carecería de sentido.

Otra cuestión valorable es la de la imposibilidad sobrevenida. Si no hay dolo ni culpa por parte del Sr. Gutiérrez, podría plantearse si las dificultades alegadas podrían ser tales que se equiparasen a la imposibilidad de realizar la prestación, lo cual tendría como efecto (por los arts. 1182 y 1184) la extinción de la obligación de entrega de la recompensa. Con todo, si tal imposibilidad solo fuese transitoria y no culpa del acreedor sería el deudor el que debiese soportar el retraso.

En todo caso, la dificultad en la creación del juego tendría que descompensar desproporcionadamente la obligación del vendedor, no simplemente complicar su actividad o reducir su beneficio. En el presente supuesto, si la solución fuese incrementar los empleados, la maquinaria o modificar el material empleado, considero que no se darían circunstancias tan exageradas como para que se pudiese entrar en el ámbito de la revisión del contrato.

II. 4. 2 Posibles acciones

Como ya se ha dicho, los mecenas podrían solicitar, para la mera demora en la entrega, indemnización.

Si finalmente el retraso fuese lo suficientemente sustancial, el juego perdiese su utilidad o se demostrase que el incumplimiento es doloso o culpable, al acreedor le queda la posibilidad, si la prestación todavía es posible, de buscar la ejecución procesal voluntaria, donde la sentencia condena al deudor a realizar la prestación (art. 1096 CC, arts. 571 y ss., arts. 699 y ss.). Los efectos de esta declaración en este caso no serían particularmente útiles, pues si el promotor no creaba deliberadamente los juegos a pesar del contrato es probable que siga sin hacerlo aunque exista una sentencia que lo condene a ello. Por otra parte, tratándose de cosa futura que aún no existe y que solo el promotor puede crear, un posterior embargo en ejecución de sentencia tampoco tendría sentido, puesto que ni la cosa puede salir del patrimonio del deudor ni puede realizar otro la prestación, en principio.

⁴⁶ STS 5 de diciembre de 2002 (Aranzadi RJ 2002\10432)

⁴⁷ Vid nota 20, p. 19.

Queda entonces analizar las posibilidades existentes si el promotor no puede o no quiere realizar la prestación. En este caso siempre tiene prioridad la reparación *in natura* (vid. STS 21.10.1987⁴⁸), pero en su defecto cabe la indemnización.

Como se ha dicho, en este caso es prácticamente imposible lograr el juego de otro modo, puesto que aún no existe, y por otra parte, es imposible obligar al promotor a crearlo si se niega. En general, lo correcto procesalmente sería solicitar la sentencia declarativa de la obligación para intentar provocar la ejecución procesal voluntaria y, fallida ésta y sin que exista la posibilidad de la ejecución forzosa, sustitutiva o a costa del deudor, solicitar la indemnización. Sin embargo, al tratarse de una obligación recíproca en la que el mecenas, como parte, cumplió su obligación (realizando el pago), el art. 1.124 CC antes expuesto le otorga la opción entre la solicitud del cumplimiento o, directamente, de la indemnización.

A mi juicio, lo recomendable para los mecenas sería solicitar el cumplimiento y subsidiariamente la indemnización. Uno de los motivos por los que muchos casos de retrasos en *crowdfunding* no llegan a los tribunales o tardan en hacerlo es por el miedo de los mecenas a que un proceso judicial retrase todavía más la entrega o incluso la imposibilite definitivamente (es un comentario habitual, por ejemplo, cuando se lee en la red sobre el caso Heroquest, que se mencionará más tarde). Dado que el juego no puede ser logrado de otro modo, y como ya se ha dicho el incumplimiento, para que pueda demandarse, ha de ser por culpa del deudor, estaríamos presumiendo que es la falta de diligencia o deseo de cumplir del Sr. Gutiérrez lo que retrasa excepcionalmente o impide la entrega, podría interesar intentar solicitar el cumplimiento como medida coercitiva para incentivar a cumplir al promotor en la medida de lo posible, y, si finalmente el incumplimiento es completo y definitivo, solicitar la indemnización. La ventaja es que esto supone un intento final de obtener el juego y la desventaja es el posible mayor coste procesal y el tiempo en recibir la indemnización si finalmente el promotor persiste en su empeño de incumplir. Recordemos que el juego se trata de una reedición, por lo que se adquiriría una caja completa y completamente nueva, algo muy difícil de conseguir en el mercado del Cruzada Estelar de segunda mano, única alternativa, por no mencionar si reclamasen tal solución los 15.000 mecenas.

Cabe mencionar que el Sr. Gutiérrez es autónomo, por lo que su responsabilidad como empresario no está limitada por una forma societaria. Habida cuenta de que la indemnización debida rondaría los 700.000 euros de financiación supuestamente ya invertidos, podría ser difícil lograr satisfacción por mucho que éste, en virtud del art.1911 CC, responda con todos sus bienes presentes y futuros.

En cuanto a la cuantía de la reclamación, el TS, en supuestos como el hipotético, en los que no se puede ejecutar una sentencia previa, manda la entrega del equivalente pecuniario de la prestación debida y considera ésta el valor de la prestación en el momento en el que haya de ser entregada al acreedor (por ejemplo STS 4.11.1985⁴⁹). Los perjuicios adicionales, como el lucro cesante o los gastos derivados del incumplimiento no aplican en este caso, dado que el único perjuicio es la no tenencia

⁴⁸ STS 21 de octubre de 1987 (LA LEY95663-NS/0000)

⁴⁹ STS 4 de noviembre de 1985 (LA LEY 66381-NS/0000)

del juego y no hay un valor de mercado de la cosa, entiendo que habría devolverse al mecenas la aportación, pues fue el precio que se había fijado como su valor.

Tales acciones prescriben, según el art. 1.964 CC, a los quince años.

Recordemos que no nos encontramos ante una acción de cesación del art. 53 del TRLGDCU, ya que el objeto no es “obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura”.

La alternativa sería una solución extrajudicial, con un arbitraje quizás se lograra un acuerdo con el promotor en cuanto a la entrega del juego en plazo distinto, la devolución del precio o la opción de cada mecenas entre ambas. Sin embargo, teniendo en cuenta de nuevo la hipótesis del incumplimiento voluntario por parte del promotor, es dudoso que aceptase comprometerse a ello o aceptase después el laudo arbitral, y ha de tenerse en cuenta que posteriormente los tribunales no podrán conocer sobre el mismo tema. En concreto, cabría la opción de acudir al Sistema Arbitral de Consumo previsto en el TRLGDCU.

II. 4. 3 Procedimiento y competencia

Resultando de aplicación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en atención a su art. 11.2, siempre que todos los afectados por el hecho dañoso realizado por el empresario (en este caso todos los mecenas, a los que no se les ha entregado su recompensa) estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación corresponde:

- A cada individuo afectado.
- A las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos.
- El propio grupo de afectados.

En cuanto a esa determinación o determinabilidad, ha de tenerse en cuenta que resulta posible hacer donaciones anónimas a través de lánzos. Plataforma y promotores conocen perfectamente los datos, sin embargo, puesto que la primera los mantiene en un fichero de datos (según los propios términos de uso, de acuerdo con la Ley de Protección de Datos) y a la segunda se le notifican con la intención de que éstos puedan hacer entrega de las recompensas.

Los usuarios pueden ejercer su derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición con un simple correo electrónico a la empresa, con lo que se podría dar la circunstancia de que no se encontrasen todos todavía en la base de datos antes mencionada.

El número de aportaciones es en todo caso público, pues forma parte de la información periódica que la web aporta durante la recaudación y que permanece en ella cuando los proyectos han finalizado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 15.1, se dispone que si un grupo de afectados o una plataforma legalmente constituida promueven un proceso para la

protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, “*se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual*”. Para ello, el Juzgado podría requerir a plataforma o a promotor la lista íntegra de afectados y, según el mismo artículo, dicho llamamiento se hará por el Letrado de la Administración de Justicia “*publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses*”.

Si fuesen determinados o fácilmente determinables los perjudicados, el demandante o demandantes tienen la obligación previa de anunciar a todos los interesados su intención de presentar dicha demanda, según el art. 15.2.

Para el caso de que esa determinación de la pluralidad de los perjudicados fuese de difícil o imposible determinación, el art.11.3 TRLGDCU impone que los únicos legitimados serán las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

El art.15.3 LEC, establece, para el supuesto de difícil determinación de los perjudicados, que se suspenderá el proceso por un máximo de dos meses para realizar el llamamiento a los perjudicados (plazo determinado por el Letrado de la Administración de Justicia en función de la dificultad de la determinación y localización de los perjudicados), y que una vez reanudado no se admitirá la personación individual de consumidores o usuarios que no hubiesen atendido al llamamiento.

En un caso similar ocurrido en el Estado de Whashington, en E.E.U.U (que se relata en el último apartado de este trabajo) se hace referencia, a la hora de aplicar la legislación de consumo, a que la actuación de los promotores afecta al interés público, pues la actuación de los promotores tuvo la capacidad de engañar a un número sustancial de consumidores y de manera afectiva afectó a la compra de docenas de consumidores.

En efecto, el correcto funcionamiento del *crowdfunding*, en tanto susceptible de afectar a un número muy elevado de consumidores en cada campaña, puede corresponder bien con el interés colectivo y difuso al que se refiere el TRLGDCU.

Al respecto puede resultar interesante analizar el caso de la campaña de *crowdfunding* Heroquest 25 aniversario, un intento de reedición de un juego de mesa clásico que también será de utilidad posteriormente al hablar de los conflictos sobre los derechos de marca. También en Lánzos, la campaña alcanzó un 1172% de recaudación, con 12052 apoyos que en total supusieron 680.037 euros. La campaña suscitó gran polémica en la red, puesto que las recompensas, anunciadas para la navidad de 2014, aún no han sido entregadas ni existe una fecha prevista para ello.

Muchos mecenas se quejan de desinformación, aunque el taller admite visitas al mismo. Según la información publicada en Internet por algunos de los mecenas, en abril de este año, ya con 16 meses de retraso en la entrega, Lánzos, tras comunicarse repetidamente con el promotor, decide solicitar de la empresa una visita al taller, con

varios mecenas como testigos, para comprobar el estado y viabilidad del proyecto. Especifica que la deseada “auditoría de producción” requiere el consentimiento del promotor. Anuncia, también, que tras consultar a los mecenas realizaría las posteriores acciones que se acordasen, corriendo con los gastos⁵⁰. Se dieron noticias, también, de que la plataforma planeaba reunir a los mecenas para interponer una demanda colectiva.

En efecto, al erigirse como mero mediador en los términos de uso, sin influir en modo alguno en la relación entre mecenas y promotor, Lánzanos carece en principio de legitimación para inmiscuirse en un pleito entre ambos. Su interés en participar, organizar a los mecenas o cubrir los costes es meramente empresarial, pues el mal funcionamiento del proyecto afecta a su imagen y al valor de su servicio de soporte.

Como diferenciaban los términos de uso de Kickstarter, la plataforma no participa en el contrato entre mecenas y promotor, y según los de Lánzanos, la obligación de entregar la recompensa es realmente contraída con el Financiado. Por lo tanto, entiendo que la plataforma, siguiendo el concepto de parte procesal legítima del art. 10 LEC, queda excluida del proceso, puesto que no es titular de la relación jurídica u objeto litigioso.

De esa manera, no puede ser codemandada de Ernesto Gutiérrez ni demandar al mismo, puesto que la entrega de la recompensa forma parte de la relación entre éste y los mecenas y no de la que mantiene con Lánzanos.

Procedimiento

En cuanto al tipo de procedimiento, se tratará de un juicio ordinario o verbal en función de la cuantía (arts. 249.2 y 250.2 LEC), por lo que si suficientes mecenas demandan conjuntamente y alcanzan los 6.000 euros, se tratará de un juicio ordinario, y abreviado si no es el caso.

A pesar de la existencia de condiciones generales de contratación y de la aplicación de la normativa de consumo, dado que no se trata de un caso de cláusulas abusivas ni de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

Competencia objetiva

Corresponderá en principio al juzgado de primera instancia, vía art. 85.1º LOPJ., al no encuadrarse el supuesto en la competencia específica de ningún otro juzgado o tribunal según las normas específicas, salvo que finalmente los mecenas canalizasen sus pretensiones en una acción colectiva en cuyo caso aplicaría el art. 86 ter .2 d) y la competencia recaería en el juzgado de lo mercantil.

⁵⁰ < <https://www.youtube.com/watch?v=HxN4V9wkgT8> >

La reclamación individual de un mecenas inferior a 90 euros podría ser competencia del Juez de Paz, al no entrar en los supuestos reservados al Juicio Ordinario⁵¹.

Competencia territorial

Tratándose los mecenas de consumidores, si ejercitasen sus derechos individualmente podrán escoger entre su propio domicilio, el domicilio del demandado (el Sr. Gutiérrez es vecino de Málaga) o en el lugar donde éste realice su actividad empresarial (arts. 52.3 y 50 LEC).

En el caso de que la demanda fuese colectiva, sería de aplicación la norma general del art. 50, por lo que la opción se reduciría al domicilio del demandado o al lugar de la actividad empresarial.

II. 5 El uso del nombre, libro de reglas, tablero, misiones... idénticos al del juego original

Como ya se ha explicado anteriormente, la intención del promotor era reeditar el juego, de lo que se desprende que emplearía igual diseño, normas, figuras y demás características originales en el nuevo producto creado con la financiación de la campaña.

El primer paso para discernir si puede hacer esto es valorar si el juego entra en el ámbito de protección de la propiedad intelectual. Considero que la respuesta debe ser afirmativa, puesto que las normas, el tablero, las figuras... son expresión concreta de una idea del autor que encajan en el ámbito de protección que la Ley de Propiedad Intelectual otorga, en su art. 10 a *“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”*. Además, y siendo relevante acerca de la denominación “Cruzada Estelar” ha de tenerse en cuenta que el apartado dos especifica que *“El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.”*

Hay sentencias que confirman la extensión de esta protección a los juegos, aunque especifica que ha de valorarse en el caso específico que estos gocen de suficiente originalidad y no tratarse de una mera idea. Por ejemplo la SAP Madrid 20.04.1998⁵² dice al respecto de un juego promocional que *“la originalidad se ha de predicar no sobre la idea plasmada, sino sobre la forma de su expresión (...) no nos hallamos ante una mera idea extraña al ámbito de la protección de la propiedad intelectual, sino ante un proyecto perfectamente elaborado de un juego, que si bien parte de un concepto nada novedoso, cual es una simple rifa, si va acompañado de otros elementos que comportan una dosis de originalidad bastante”*.

⁵¹ GONZÁLEZ MALABIA, SERGIO.: *Tutela judicial del comercio electrónico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp.111-115.

⁵² SAP MADRID 20 de abril de 1998 (Aranzadi AC 1998\4773)

La AP de León, en el caso de un juego de la oca con temática del camino de Santiago, considera sin embargo que no es suficiente una versión de un juego popular puesto que *“La originalidad se ha venido entendiendo desde dos perspectivas. Por un lado como novedad objetiva de la obra lo que implica se trate de una creación nueva, es decir, una novedad fruto del ingenio del autor. Por otro lado, se encuentra la perspectiva de originalidad subjetiva, como reflejo de la personalidad del autor de la obra, lo que conlleva que la obra tenga su origen en la personalidad del autor, aunque el resultado creativo no sea nuevo, de manera que en la obra se recoja algún aspecto del espíritu o personalidad del autor”* y que *“es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima y así, observando las reglas del juego litigioso y el diseño del mismo no se aprecia en el supuesto enjuiciado esa necesaria novedad”*⁵³ y en general, que el juego de la oca tiene un carácter de patrimonio cultural general que no permite considerarlo creación del autor aunque se haya tematizado (en este caso, con imágenes del patrimonio histórico, lo cual disminuye la originalidad de la modificación).

Aunque los juegos de mesa de rol tienen un formato común, por lo común incluyen unas normas específicas, arte particular en las figuras, tablero y cartas y una historia de desarrollo propia que los diferencian unos de otros y de los que depende su popularidad, por lo que considero que Cruzada Estelar pasaría con creces el baremo de originalidad exigido legal y jurisprudencialmente.

Podría asimilarse a esto último lo dicho en la SAP Cádiz 20.02.2007⁵⁴ *“es un tanto sorprendente negar originalidad al juego sólo afirmando que se trata de un juego de preguntas y respuestas, tipo trivial, de los que existen en gran número en el mercado (...) pues la originalidad no depende de que se trate de preguntas y respuestas sino del contenido de aquéllas, de la estructura general y planteamiento del juego, de su desarrollo, de sus bases o reglas, de su finalidad e incluso de su presentación.”* En definitiva, que las reglas, presentación y desarrollo del juego particular, aunque el juego en si pueda englobarse en una categoría común y popular.

La propiedad se reconoce por el solo hecho de su creación (art.1), siendo la única consecuencia de la inscripción en el registro de la propiedad intelectual es surge la presunción, salvo prueba en contrario, de que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular registral, en la forma determinada en el asiento respectivo, según lo dispuesto en el art.145.3.

La protección se extiende toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento (art.26) tiempo que, siendo el juego de los años 80, es imposible que ya haya transcurrido. Por lo tanto, el creador original del juego está en plena posesión de sus derechos, morales y de explotación.

Atañen particularmente al supuesto planteado el derecho a decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma del art. 14.1º y los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización (así lo dispone el art. 17), y en general toda forma de explotación.

⁵³ SAP LEÓN 22 de abril de 2010 (Aranzadi AC 2010\418)

⁵⁴ SAP CÁDIZ 20 de febrero de 2007 (Aranzadi JUR 2011\27031)

Dado que la actividad del Sr. Gutiérrez encajaría en la definición que da el art. 19 de distribución, al poner a disposición del público copias de la obra en un soporte tangible mediante venta, vulnera directamente el derecho que el autor o sus herederos tienen para hacer lo propio en exclusiva o, en su caso, el derecho a decidir que la obra o sus imitaciones no sean distribuidas.

Queda analizar si el nombre de Cruzada Estelar podría incluirse como parte de la creación y quedar protegido, al margen de las consideraciones antes hechas sobre los derechos que la denominación tiene podría tener como marca y que se analizaran en el apartado siguiente.

La SAP Vizcaya 18.07.2013⁵⁵ no permite la protección del título de un libro, considerando que no refleja suficiente originalidad como para apreciar que refleja la personalidad del autor y hacerlo merecedor de los derechos de exclusiva. La SAP Barcelona 29.09.2005⁵⁶, hablando de si la originalidad de entrando en el estudio de dicho requisito y distingue entre la subjetiva (singularidad, no haber copiado una obra ajena) y la objetiva (novedad, haber creado algo distinto a lo ya existente), afirmando que *"si bien tradicionalmente imperó la concepción de originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (...) ya que la creación implica cierta altura creativa, hoy día, sin embargo, debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor (hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de la personalidad de su autor) (...) la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea"*. Es decir, que se le requiere un plus de innovación, de distinción, que excede de la simple ausencia de copia de una creación anterior.

La AP de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 252/2008 de 23 Oct. 2008, Rec. 489/2007 concede propiedad intelectual sobre el título THRASHER MAGAZINE para una revista del deporte skateboard, argumentando que *"La palabra «THRASHER» carece de significación específica y de traducción al castellano. Y si se tiene en cuenta que sí tiene equivalente en castellano la palabra «trash» --golpear, retorcerse, revolcar, etc.-- y que la obra colectiva y periódica llamada a ser singularizada mediante el título controvertido es una revista dedicada al mundo del «skateboard», práctica deportiva caracterizada, entre otras cosas, por el desarrollo sobre un monopatín de bruscas sacudidas y vertiginosas oscilaciones corporales, cabe concluir que la elección de un término como el de «THRASHER», que permite evocar algunas de las sensaciones asociadas a la impronta visual que dicha práctica suscita, constituye una opción particularmente imaginativa y dotada de evidente creatividad"*⁵⁷. "Cruzada Estelar" encaja en ese sentido con la obra en sí, ya que el argumento del juego incluye naves espaciales y alienígenas. El título original era Space Hulk, siendo *hulk* el casco destruido de una nave abandonado, en ambos casos se ve que se buscaba diferenciación, originalidad y adecuación al juego, pero siendo palabras relativamente comunes en castellano, la decisión final podría ser más similar a la del título del libro antes expuesto, denegando la protección.

⁵⁵ SAP VIZCAYA 18 de julio de 2013 (Aranzadi JUR 2014\149526)

⁵⁶ SAP BARCELONA 29 de septiembre de 2005 (LA LEY 188298/2005)

⁵⁷ SAP MADRID 28 de octubre de 2008 (LA LEY 201682/2008)

Una vez determinado el derecho que tiene el autor original, resta hablar de las acciones a su disposición. El art. 138 LPI concede al autor la facultad de instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, así como instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor, además de solicitar una serie de medidas cautelares.

Respecto al cese, se elabora en el art. 139, abarcaría no solo la detención de la producción y la prohibición de repetir la conducta, si no que podría incluir la destrucción de lo ya creado y el comiso o destrucción del material y maquinaria empleado. El autor también podría optar por mermar el importe de la indemnización y adquirir con ello los ejemplares ya creados.

De la indemnización se ocupa el art. 140. Incluirá la pérdida sufrida y la ganancia que haya dejado de obtener, así como los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. El precepto permite al perjudicado optar por dos métodos para cuantificar la indemnización: según las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita o bien o en caso de daño moral, la indemnización del mismo aunque no se pruebe el perjuicio económico (más aplicable al supuesto al no participar activamente el autor en el mercado), o la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Entre las medidas cautelares más relevantes contenidas en el art. 150 está el secuestro preventivo de los ejemplares, materiales y maquinaria y la suspensión de la actividad.

Una consideración interesante es la que puede hacerse respecto a la responsabilidad de la plataforma, puesto que el art. 138 antes mencionado incluye entre los responsables tanto a inductores como a cooperadores. Lánzanos cumple todos los requisitos del artículo para puesto que:

1. Conocía la conducta infractora o, al menos, contaba con indicios razonables de la misma. Se trataba, anunciada públicamente, de una reedición y la necesaria cesión de derechos no hubiese sido difícil de comprobar de haber existido.
2. Contaba con capacidad de control sobre la conducta del infractor, puesto que estaba en su facultad no alojar el proyecto en su plataforma. Un ejemplo interesante es de nuevo el caso Heroquest, que fue rechazado por las plataformas Kickstarter y Verkami porque no consideraron que se les había justificado debidamente la cesión de derechos y llegaron a recibir quejas de los titulares, cerrando de inmediato las campañas. Surge ahí también la cuestión del ámbito de aplicación de los derechos de titularidad y de el alcance de la propia plataforma (Kickstarter opera en E.E.U.U, donde había un cesionario del juego, aunque al parecer en España los derechos estuviesen correcta y legalmente cedidos).

3. Tenía un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, pues cobraría el 5% de la recaudación de la campaña.

Sin embargo, el siguiente inciso remite, como excepción, a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la LSSI. Sin embargo, dado que Lánzanos no es un operador de redes o proveedor, ni su actividad consiste en facilitar enlaces, servicio de hosting o mero almacenamiento transitorio de datos, por lo que esas excepciones a toda sanción civil, penal o administrativa que la Ley impone no aplican y no es necesario entrar en la cuestión, por otra parte interesante, de si dicha norma tiene rango suficiente como para eximir de la aplicación de la normativa penal⁵⁸. Aunque pudiese incluirse en alguno de los supuestos de almacenamiento, dado que todas las excepciones requieren que el ilícito se desconozca o que de conocerse se impida proactivamente por parte del prestador de servicios, podemos concluir igualmente en su responsabilidad. Un ejemplo jurisprudencial es la STS 10.02.2011, que valora, a la hora de aplicar esa responsabilidad, que la ilicitud (en este caso unos insultos) fuese “patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario”⁵⁹. Personalmente considero que en ese caso particular había indicios suficientes para detectar la intromisión en el derecho ajeno como para que al menos la plataforma hubiese requerido constancia formal de la cesión. Además, ninguna excepción en los términos de uso podrá eximir a la plataforma de dicha responsabilidad.

Una de las principales consecuencias de esto sería que a Lánzanos podría aplicársele el apartado h) del art. 139, que incluye, entre los ceses que puede solicitar el autor, “la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual”. Dicha suspensión podría operar también como medida preventiva.

Otro ámbito de protección es el de la Ley de Competencia Desleal. Aunque en este caso no parece que pudiese aplicarse. En primer lugar, porque la finalidad de la Ley (art. 1 LCD) es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y como se ha dicho los creadores originales ya no compiten en él. En segundo lugar, y como dice el Auto de la AP Barcelona 13.03.2002⁶⁰, cuando habla de los actos de confusión o de aprovechamiento del prestigio de los signos que identifican las prestaciones ajenas en el mercado que tipifica la Ley, se trata de “*preceptos inspirados en la necesidad concurrencial de que las decisiones de los consumidores no resulten viciadas por error sobre el verdadero origen empresarial de los productos que adquieren o lo que es lo mismo en la conveniencia de eliminar el riesgo de confusión o de asociación, como contrario a las exigencias de la ley de la oferta basada en la bondad de las propias prestaciones*”. En este caso, por mucha copia que exista, no hay verdadero riesgo de confusión en el consumidor sobre quién creo el producto, puesto que en la propia campaña de *crowdfunding* donde lo adquirió se especificaba la

⁵⁸ GUARDIOLA GARCÍA.: La responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la luz de la Ley 34/2002 y de la Directiva 2000/31/CE. *Revista de Derecho*, N.º. 2, 2003.

⁵⁹ STS 10 de febrero de 2011 (Aranzadi RJ 2011/313)

⁶⁰ AAP Barcelona 13 de marzo de 2002 (LA LEY 54267/2002)

condición de reedición del producto y se podía identificar a los creadores. La situación, en definitiva, encaja mucho más en lo previsto en la LPI.

II. 6 La caducidad y el registro de la marca

Dado que según el art. 4 de la LM, el concepto de marca incluye “todo tipo de signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras, incluyendo en particular Las palabras o combinaciones de palabras y las imágenes, figuras, símbolos y dibujos, o combinaciones de ellas (lo que resultaría en un registro mixto)⁶¹ .

Por lo tanto, tanto la denominación Cruzada Estelar como la grafía y los colores pueden ser registrados como marca, lo que confiere a su titular una serie de derechos, según el art. 34 de la Ley de Marcas.

Para empezar, el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico. Se entiende que en este caso, siendo el juego una reedición, ya no se está comercializando, por lo que no habría conflicto.

De más interés es el derecho a terceros utilizar sin su consentimiento en el tráfico económico:

“a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.

b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.

c) Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España...

De los hechos se desprende que la intención es crear una reedición, es decir, una copia idéntica o muy similar a la del juego original, por lo que resultaría de aplicación de los apartados a o b, ya que siendo igual o muy similar el producto y empleando la misma denominación, el supuesto encaja a la perfección en lo dispuesto en dicho precepto.

Además, de la clara intención de reeditar, y al registrar la marca bajo su nombre, se puede ver claramente la intención subyacente de emplear la misma marca con los mismos productos.

Las consecuencias de estos derechos se pueden concretar en prohibiciones como las de poner el signo en los productos o en su presentación, ofrecer los productos y

⁶¹ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO.: Instituciones de Derecho Mercantil, Vol I., Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 259 y ss.

comercializarlos con esos fines u ofrecer o prestar servicios con el signo o usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio, entre otras.

Según los hechos, la marca Cruzada Estelar, de un juego de mesa muy conocido, había estado registrada a nivel nacional, pero el registro había llegado a su fin, circunstancia aprovechada por el promotor de la campaña de *crowdfunding* para hacer uso de la misma. Para ello, previamente a la iniciación de la campaña se da de alta en el RETA, poniendo a su nombre la misma marca.

Según el art. 31 de la Ley de Marcas, la protección del registro dura 10 años y puede ser renovada sucesivamente por otros diez. La solicitud de renovación ha de ser expresamente solicitada por el titular y deben abonarse las tasas correspondientes. Si no se renueva, en virtud del art. 55.1. a) se declarará su caducidad.

Esa caducidad, además y según el art. 39, podrá ser declarada también a consecuencia de una falta de uso, siempre que no haya justificación para la misma y bien no se haya empleado en los cinco años desde su concesión o ininterrumpidamente durante el mismo plazo. En palabras del TS (STS 22.09.1999⁶²) se busca evitar el efecto negativo en el mercado de la existencia de “marcas muertas”, por lo que existe la obligación de que la marca se emplee de manera efectiva para poder aprovecharse de la protección registral. Esto es coherente también con la lógica general de la Ley, puesto que lo que se busca es la protección al titular efectivo y evitar la confusión en el consumidor, así como el aprovechamiento desleal de la reputación ajena para situarse en el mercado. Sin embargo, si ya no participa en el mercado, al titular original no le causa perjuicio alguno que el nombre sea reutilizado.

La consecuencia de dicha caducidad, que, atendiendo al art. 55.2. es que el registro deja de surtir efectos jurídicos desde el momento en que se produjeron los hechos u omisiones que dieron lugar a la caducidad, con independencia de la fecha en que se hubiera publicado dicha caducidad, como es debido, en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial». Por lo tanto, el titular original de la marca no podría ejercer los derechos antes mencionados e impedirle a Ernesto el registro y uso de la misma. Además, al no estar empleando la marca, tampoco podría ampararse en el apartado 5 del mencionado artículo, que establece que tales derechos se aplicarán también “*a la marca no registrada «notoriamente conocida» en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París, salvo lo previsto en la letra c) del apartado 2*”, esto es, “*una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares*” y siempre que no nos encontremos en el supuesto de productos no similares o idénticos, lo que ya quedó descartado. Aunque como ya se ha dicho, dicha notoriedad no es relevante en este supuesto, porque se encuentra en desuso, quiero valorar igualmente si existiría.

Creo que el hecho de que la campaña de *crowdfunding* para una reedición fuese tan satisfactoria podría considerarse como muy indicativo de que el público objetivo al que se dirige su venta (en este caso perfectamente delimitado, puesto que el único uso que se hizo de la marca fueron las precompras realizadas vía lánzanos) con 1.500 mecenas y

⁶² STS 22 de septiembre de 1999 (LA LEY 11763/1999)

una cifra récord de recaudación. En Internet pueden encontrarse juegos de segunda mano con una media de 100 euros, al parecer casi el triple de su precio original, lo que también supone un indicio de que marca y juego son todavía conocidos y valorados. Los comentarios e información que pueden encontrarse hablan también de su gran reconocimiento por su calidad y entretenimiento. Además, el nombre aparece vinculado en muchas ocasiones con el de Heroquest, por ser originalmente comercializado por la misma casa (Games Workshop, empresa inglesa con mucho reconocimiento en su sector) y que claramente también es muy conocido en ese foro concreto. Creo, por lo tanto, que hay argumentos de peso para entender que la marca gozaba de notoriedad.

También define el artículo que marca renombrada es aquella conocida por el público en general y que en tal caso el alcance de la protección se extenderá a cualquier género de productos, servicios o actividades. Sin embargo, siendo los juegos de mesa de rol un producto muy concreto, no enormemente distribuido y dirigido a un público aficionado específico esto no encaja en el supuesto. Además, dado que el producto es idéntico o muy parecido al original, esa extensión de la protección tampoco resulta necesaria.

Recopilando lo anteriormente dicho, no hay obstáculo en la Ley de Marcas para que el Sr. Ernesto Gutiérrez registre a su nombre la marca caducada para productos del mismo tipo a los originales, puesto que el plazo había transcurrido y dicha caducidad opera desde el momento en el que dicho tiempo concluye sin que se produzca la renovación, a menos que dicho nombre o logotipo pueda ser considerado parte de la obra, como se discutió en el apartado anterior, en cuyo caso quedaría protegido por los derechos de exclusiva que otorga la propiedad intelectual y la denominación quedaría excluida del registro porque operaría la prohibición del art. 9 LM, según la cual no podrán registrarse como marcas, sin la debida autorización, los signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por un derecho de autor o por otro derecho de propiedad industrial.

En relación a esto, el TSJ de Madrid discutió la oposición a un registro por ser el título de una canción, permitiéndolo finalmente por considerar por una parte la falta de acreditación del derecho de autor sobre el título (“no es lo mismo”, que tildó de falta de originalidad suficiente para considerarse propiedad intelectual) y por otra que el ámbito de aplicación era completamente distinto (musical y ropa)⁶³. El mismo Tribunal prohibió en su Sentencia de 17 de mayo de 2004⁶⁴ el registro como marca de una frase incluyendo el término “*Braveheart*” para denominar vinos por considerar el mismo lo suficientemente original y que el único motivo para denominar así la marca vitivinícola era apropiarse ilícitamente del crédito que aportaría la asociación con una película tan conocida.

LA STS 13.04.2007⁶⁵ especifica que “*Lo que dicho precepto excluye es que se utilicen signos o medios que reproduzcan o imiten creaciones protegidas por un derecho de propiedad intelectual o industrial, a salvo de la debida autorización del titular de tal derecho*”. Así pues, lo que debe constatarse es exclusivamente si la marca

⁶³ STSJ MADRID 30 de enero de 2013 (LA LEY 26339/2013)

⁶⁴ STSJ MADRID 17 de mayo de 2004 (Aranzadi JUR 2004\272344)

⁶⁵ STS 13 de abril de 2013 (Aranzadi RJ 2007\1839)

solicitada "reproduce o imita" una creación del artista protegida por un derecho de propiedad industrial, lo que ya se ha dicho que es altamente discutible en ese caso concreto.

Sobre la importancia de la autorización mediante la cesión de derechos, por ejemplo la SAP Barcelona 30.10.2014⁶⁶.

Por último, como argumento adicional apoyando la posibilidad del registro, la propia OEPM, basándose doctrina del TS sobre la interpretación de las normas, hace hincapié en que las prohibiciones de la LM son normas limitativas de derechos que han de ser interpretadas restrictivamente, siendo necesario que concurren de manera rígida y estricta todas las circunstancias legales que llevan a la denegación para que se prohíba el registro⁶⁷.

II. 7 La responsabilidad penal

Además de la responsabilidad penal, las cuestiones proponen valorar la comisión de un delito por parte del Sr. Gutiérrez.

En primer lugar, se valora una potencial estafa a los consumidores dando por hecho la voluntad de engaño del promotor y un incumplimiento doloso y premeditado. Conviene recordar, respecto a los hechos, el dilatado retraso, la ausencia de información y contacto con los consumidores y la cuestión del posterior cobro de los gastos de envío.

Según tipifica el art. 248.1 del Código Penal, cometen 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.

Si, de manera deliberada, el promotor hubiese creado una campaña falsa y cobrado las aportaciones y los gastos de envío a sabiendas que no se iba a producir contraprestación alguna, por no tener intención de crear y entregar el juego, cumpliría los requisitos del tipo, al lucrarse mediante engaño, habiendo realizado la financiación los mecenas pensando que iban a recibir el juego a cambio.

Jurisprudencialmente (entre otras SSTS 02.07.2003⁶⁸, 06.05.1999⁶⁹ y 28.11.2013⁷⁰) se analizan caso a caso los elementos esenciales del delito. A continuación se enuncian, comentando a continuación la aplicación al caso:

a) La utilización por el sujeto activo de la acción de un mecanismo defraudatorio que se define en la norma como «engaño bastante».

⁶⁶ SAP BARCELONA 30 de octubre de 2014 (LA LEY 180380/2014)

⁶⁷ OEPM *Prohibiciones absolutas*. Documento online, recuperado a 8 de junio de 2016 en <http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/PDF/Prohibiciones_absolutas_signos.pdf>

⁶⁸ STS 2 de julio 2003 (LA LEY 2796/2003)

⁶⁹ STS 6 de mayo de 1999 (LA LEY 6211/1999)

⁷⁰ STS 28 de noviembre de 2013 (LA LEY 235216/2013)

En este caso, la creación de la campaña de *crowdfunding*. Se trata de un entorno en el que el prepago es la norma, que hay cierta incertidumbre y en el que el control por la plataforma es nulo o mínimo, pero que al mismo tiempo, por el éxito de otros proyectos, da una apariencia de viabilidad casi automática. No hay obstáculo para entender que es “engaño bastante” definido por el TS como “*aquél que es suficiente para provocar el error de otra persona al que va destinada*” aplicando un “*doble criterio objetivo y subjetivo. Por el primero se requiere que el acto, la maquinación adopte una intensidad que le dé una apariencia de creíble y susceptible de ser tenida para el ciudadano medio como suficiente para mover la voluntad en la dirección de una disposición patrimonial. Desde el plano subjetivo han de tenerse en cuenta las especiales condiciones del sujeto pasivo, cociente intelectual, situaciones personales de mayor sugestionalidad, edad...*”⁷¹. Esto lleva a que la idoneidad típica del engaño deba analizarse caso a caso en tanto capacidad para provocar el error, así como que la perfección del delito requiera que ese error se produzca realmente ⁷². El público objetivo de una plataforma de *crowdfunding*, en general (hablamos de 1500 mecenas) puede considerarse habituado a los usos de Internet y de dicho sistema de financiación. Además, para que la campaña fuese admitida por Lánzanos, debía contener la información (verídica o no) adecuada para dichos documentos. Por lo tanto, no habiendo indicios aparentes de falsedad, puede entenderse cumplido el criterio objetivo, y respecto al subjetivo, mecenas acostumbrados a la lógica del *crowdfunding* esperan el habitual éxito de las campañas, con lo cual también eran subjetivamente susceptibles al engaño.

Vale la pena apuntar también que es necesario que se realice tal “actividad” (por ejemplo STS 19.12.2012⁷³). Hay que determinar qué se hizo creer a los compradores (que financiaban un proyecto real a cambio de una recompensa), ni cómo se le hizo creer (creando una campaña en un entorno óptimo y de una manera susceptible de hacerles creer que el proyecto era legítimo) ni en qué difería de la realidad lo que se hizo creer (que no se pretendía crear el producto, sólo recaudar el dinero para después fingir el fracaso del proyecto siendo éste deliberado).

b) El elemento causal de ese engaño que debe conllevar un «error» en el sujeto pasivo.

El error, en este caso, se trata del acto de mecenazgo a cambio de una prestación inexistente, confiando en la obtención de la recompensa o, como mínimo, en la diligencia y buena fe del promotor a la hora de intentar llevar a cabo el proyecto.

Lo que aquí se delimita es que sea el acto de engaño el que causa de manera efectiva el error, sin que este se pueda achacar a la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto que realiza la disposición patrimonial.

c) Que el engaño induzca al sujeto pasivo a «realizar un acto de disposición», acto dispositivo que ha de producir un «perjuicio» para el que actúa movido por el error, perjuicio que también cabe se produzca a un tercero.

⁷¹ STS 28 de noviembre de 2002 (LA LEY 10695/2003)

⁷² QUINTERO OLIVARES, GONZALO(Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p.1132.

⁷³ STS 19 de diciembre de 2012 (LA LEY 10695/2003)

En este caso, el acto de disposición del mecenas al alcanzarse el 100% de financiación, transfiriendo su dinero a la plataforma para su posterior entrega al promotor. Sin la campaña ni el incumplimiento voluntario del Sr. Gutiérrez, tales pagos no se habrían llevado a cabo, por lo que la relación causal es clara.

d) *Que el sujeto activo actúe con «ánimo de lucro».*

Si actuaba a sabiendas de que no iba a llevar a cabo el proyecto, el promotor era consciente de que de alcanzarse el éxito en la campaña adquiriría el dinero de la misma. En este caso concreto, 700.000 euros (menos la comisión de Lánzanos), ya que cuando hay varios perjudicados la cuantía se establece sumando todas las cantidades defraudadas en el mismo delito.

Desgraciadamente, las plataformas de *crowdfunding* pueden ser un entorno idóneo para estafar. Dado el riesgo intrínseco a la realización de un proyecto y la dificultad de poner de acuerdo a los mecenas para plantear una queja, así como la probable neutralidad de la plataforma y el natural retraso en la entrega de las recompensas, es probable que la estafa pase desapercibida en el peor de los casos o tarde mucho en detectarse, además de ser extraordinariamente difícil de probar, puesto que al tratarse de una compraventa de cosa futura lo que ha de demostrarse es la falta de esa “diligencia debida” del creador, y la presunción de inocencia hace recaer el peso de la prueba en los demandantes. Esto se suma a las anteriores razones para regular de manera específica y con especial atención a los deberes de información de los promotores y los límites de su diligencia.

Algunos indicios de que la estafa era real podría ser la no inversión del dinero en el material y equipamiento necesario o la inexistencia, según peritaje, de las dificultades alegadas con la resina. Al derecho de los mecenas interesa también la doctrinas de la flexibilidad y la facilidad a la hora de interpretar las normas de la LEC sobre la carga de la prueba, desplazando su peso según la facilidad y disponibilidad de las pruebas, que en muchos casos recaerían aquí en el promotor (por ejemplo los justificantes bancarios y facturas para demostrar la inversión inicial en material). Al respecto pueden verse la SAP Islas Baleares 11.07.2013⁷⁴ y la STS 20.03.1.987⁷⁵.

Una nota adicional es la dada en la STS 22.05.2000⁷⁶, que refiriéndose a una estafa basada en una compraventa de cosa futura, en el que los demandados se amparaban en la falta de transmisión efectiva, afirmaba que *“para la existencia del delito de estafa a que nos estamos refiriendo no es necesario que el acto de transmisión produzca efectos reales con la adquisición del derecho de propiedad por parte del comprador: basta con que produzca los efectos obligacionales propios de la compraventa que queda perfeccionada por el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio”*. Además, lo que encaja bien con el caso, insiste en que *“cuando en estos casos el vendedor no ha entregado la cosa y por consiguiente el comprador no ha adquirido el derecho real de propiedad, el perjuicio producido es aún mayor para el sujeto pasivo quien, como aquí ocurrió, se vio privado de la totalidad de la cosa vendida por ejecución de la hipoteca*

⁷⁴ SAP ISLAS BALEARES 11 de julio de 2013 (Aranzadi AC 2013\1542)

⁷⁵ STS 20 de marzo de 1987 (Aranzadi RJ 1987\1712)

⁷⁶ STS 22 de mayo de 2000 (LA LEY 8925/2000)

ocultada”. Por ello, puede considerarse perfectamente la disposición patrimonial y el daño se considera incluso mayor que en una compraventa normal.

En cuanto a la pena, los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. Si excediese de los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas (según las agravantes específicas del art. 250.1. CP), circunstancias ambas que se cumplen en el caso, la pena será de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Para el último supuesto de agravación se exige la determinación de los afectados, no tiene que concurrir necesariamente una cantidad económica elevada de defraudación y el número de personas tiene que ser considerable (unas 1.500, según estos hechos) o formar algún tipo de colectividad (mecenas de la plataforma)⁷⁷. Al respecto de la agravante de credibilidad empresarial o profesional, como se dice en la STS 13.12.2007⁷⁸ “*no existe credibilidad empresarial distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa*”, ya que la única actividad del promotor es precisamente la campaña presuntamente engañosa, no tiene otra actividad empresarial o profesional cuya reputación pudiese aprovechar en este caso para realizar la estafa.

Por la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor desde julio de 2015, ha desaparecido la falta de estafa como tal para pasar a delito leve, sin consecuencias a nivel de pena o requisitos. La única modificación relevante al caso es la introducción del mencionado inciso en la agravante de cuantía superior a 50.000 euros, que incorpora el supuesto del alcance a numerosas víctimas. Como en este caso se cumplían ambos, la agravante se aplicaría igualmente, aunque habiendo ocurrido los hechos en 2014, por la aplicación de la prohibición de retroactividad penal en lo que perjudique al reo, si solo se hubiese dado el supuesto de afectar a un elevado número de personas, el delito no podría ser agravado.

En segundo lugar, el CP también tipifica delitos relativos a protección de la propiedad intelectual. Así como en el delito anterior había que presuponer la mala intención del promotor, excediéndose bastante del relato de hechos, el caso de los delitos contra la propiedad intelectual es más claro, pues el Sr. Gutiérrez debía ser consciente de que reproducía y distribuía una obra ajena sin que mediara la correspondiente cesión de derechos.

La conducta encaja en el tipo del art. 270, que define el delito como aquel en el una persona, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria,

⁷⁷ GONZÁLEZ CUSSAC; JOSE LUIS (Coord.): Derecho Penal Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 402-408.

⁷⁸ STS 13 de diciembre de 2007 (LA LEY 202439/2007)

artística o científica, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Es necesario, por lo tanto⁷⁹: Que no medie autorización, que haya ánimo de lucro, que exista perjuicio a un tercero y que se distribuya una obra.

El ánimo de lucro, perjuicio y distribución ya se aplicaron al caso anteriormente al hablar de la estafa y de la responsabilidad civil, por lo que no lo reitero.

El apartado dos del artículo impone la condición de coautores a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, faciliten de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios. El artículo está pensado para la descarga y reproducción de libros, música y otro contenido multimedia y no realmente para esta suerte de anuncio de compraventa de un producto copiado. En cuanto al tratamiento meramente técnico en el que se podría amparar Lánzanos, no creo que sea el del caso, por mucho que los términos de uso responsabilizan exclusivamente al usuario de los posibles daños que pueda causar el contenido que integren en la página y prohíbe expresamente vulnerar derechos de propiedad intelectual en ella. Me remito de nuevo a lo dicho respecto a la responsabilidad civil de la plataforma: la campaña del promotor sí pasa un control de la plataforma y la relación entre ésta y el promotor es mucho más vinculante que el mero soporte técnico de la campaña, además de que ha esta se le requieren ciertos requisitos para ser publicada, es decir, que Lánzanos tenía conocimiento efectivo de la conducta (además de poner tenerla, puesto que, como dicen los tribunales en otras ocasiones, la información publicada en una página web es perfectamente accesible para la propia plataforma, por ser pública) lo cual es clave para determinar su responsabilidad (véase STS 18.05.2010⁸⁰). Lo realmente discutible vuelve a ser, como en la responsabilidad civil, si la plataforma tenía obligación de comprobar o no que existía cesión de derechos. En Alemania, por ejemplo, sí que sería responsable de la licitud de los contenidos con los que quiere captar la atención (y en este caso dinero, por la comisión) de sus usuarios⁸¹.

La pena será de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, o de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años si se aprecia la concurrencia de alguna de las agravantes del art. 271. Al caso podrían ser relevantes:

- Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.

⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN.: *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 117 y ss.

⁸⁰ STS 18 de mayo de 2010 (LA LEY 55546/2010)

⁸¹ MORALES GARCÍA, ÓSCAR.: "Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información", *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 163-210.

- Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados

II.8 El caso Asylum

La falta de Jurisprudencia española hace interesante traer a colación un caso similar resuelto recientemente en el Estado de Washington, de los Estados Unidos. Una campaña de financiación realizada en Kickstarter (plataforma ya referida y de naturaleza y términos de uso muy similares a Lánzanos) para un juego de cartas recaudó a 31 octubre de 2012 casi 55.000 dólares (unos 49.000 euros) de 810 mecenas. La entrega de las recompensas, que incluían el propio juego de cartas y extras adicionales que iban desde dados, láminas y ropa promocional a fichas de póker, había sido anunciada para diciembre de ese mismo año.

En abril de 2014, ante la falta de entrega de las recompensas, la fiscalía de Washington interpone demanda contra los promotores⁸², que es estimada⁸³. Los promotores son condenados a restituir 668 dólares a los 31 mecenas residentes en dicho Estado, 31.000 dólares de responsabilidad civil y 23,183 dólares de costas y gastos, además de prohibirles volver a realizar campaña de crowdfunding o venta online alguna en el futuro,

La fiscalía sostiene, y así lo acepta la sentencia, que la conducta viola su ley de defensa de la competencia y protección al consumo (Unfair Business Practices – Consumer Protection Act), considerando en todo momento que se trata de una actividad comercial de venta (por Internet) y hacen referencia a la obligación de entrega de la recompensa aceptada con los términos de uso de Kickstarter.

El asunto es simplificado como una oferta pública de productos y falta de entrega una vez realizado el pago, considerando la conducta susceptible de engañar a un número sustancial de consumidores y dañina para el interés público.

Del caso resulta relevante, para este trabajo, la consideración que se le da a los términos de uso de la plataforma y la rotunda clasificación que se hace de la relación entre mecenas y promotor como venta por Internet. También la responsabilidad civil exigida y el tiempo transcurrido para considerar la falta de entrega. Aunque la legislación de consumo del estado de Whashington no es análoga a la aplicable al presente supuesto, el razonamiento puede ser útil. Por comercio, su ley entiende la venta de bienes o servicios y declara ilegal cualquier práctica injusta o engañosa. Ante lo escueto de la regulación, ha de tenerse en cuenta el peso del precedente en el derecho anglosajón, por lo que la resolución del caso es una muestra más clara de lo que puede

⁸² < <http://agportal-s3bucket.s3.amazonaws.com/uploadedfiles/AsylumComplaint%202014-05-01.pdf>>

⁸³ < http://agportal-s3bucket.s3.amazonaws.com/uploadedfiles/Another/News/Press_Releases/201507221452.pdf>

aplicable en esa materia. Además, los términos de uso de Kickstartes sufrieron una considerable ampliación tras la demanda en cuanto a las obligaciones de información de los promotores.

Conclusiones

La campaña “Cruzada Estelar” se enmarca claramente en el *crowdfunding* de recompensa, modelo de financiación colaborativa por Internet en el que una multitud de mecenas, realizan aportaciones dinerarias a un proyecto a cambio de una determinada recompensa, (en este caso, y como es habitual, el propio producto que se pretende crear con el proyecto) a través de una plataforma web que sirve de soporte a dicha campaña y mediante la cual se gestiona la financiación, cobrando por ello una comisión sobre lo recaudado.

De tal esquema surgen tres relaciones contractuales distintas regidas por los términos de uso establecidos por la plataforma y aceptadas por ambos tipos de usuarios- mecenas y promotores- a la hora del registro, además de por el texto de dicha campaña, que constituye las especificaciones de la oferta del promotor. Por la naturaleza de la relación y lo dispuesto en los términos de uso, la plataforma no interviene en modo alguno en el contrato entre mecenas y promotor.

Lo relevante al caso son los contratos entre mecenas y promotor y entre promotor y plataforma. Como la mayor parte de los contratos por Internet, ambos presentan suficientes elementos particulares como para poder ser, en su caso, considerados atípicos.

El primero se aproximaría a una compraventa de cosa futura, no siendo en ningún caso donación dado que existe una contraprestación de valor equivalente que convierte el contrato en oneroso. Sin embargo, es una compraventa de riesgo, en la que el pago se realiza por adelantado y en el que la incertidumbre inherente a los negocios emergentes pone en una inestable balanza los derechos de promotor y consumidor.

El otro es un contrato de actividad, que por el carácter inmaterial de parte del servicio (publicación de la campaña y soporte web de la misma y del intercambio entre mecenas y promotores) y las características de acto jurídico de otro (transferencia de la financiación) también se aleja de la regulación del CC sobre los contratos de obra y servicios, que no están pensados para el entorno virtual.

En general, se aplicarán las normas generales de los contratos y por analogía, en su caso, las de los contratos citados. Además, en las relaciones de los mecenas tanto con plataforma como con promotor rige la normativa de consumo, aunque algunas de sus disposiciones, como el derecho de desestimiento, son contrarios a la lógica del *crowdfunding* y de difícil aplicación en su entorno. El micromecenazgo de recompensa está completamente excluido de la regulación que la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial hace de las Plataformas de Financiación Participativa y la Ley de Condiciones Generales de Contratación, aunque aplicable, no arroja luz sobre el caso. Sí

es importante la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, sobre todo en cuanto a la responsabilidad de la plataforma.

De la relevancia que el tribunal otorgue al tiempo transcurrido, y, sobre todo, de la prueba de la falta de diligencia o de dolo en el promotor a la hora de crear las recompensas depende la calificación de la falta de entrega como retraso que deberá soportar el mecenas (si es por causa no imputable al promotor), si es un retraso que da origen a mora con la consecuente indemnización o si es un incumplimiento que abre las puertas a que el mecenas solicite bien el cumplimiento, bien indemnización.

Desde el momento de la creación del juego, su autor goza de los derechos otorgados al creador por la Ley de Propiedad Intelectual, ya que por las fechas del caso o bien mantiene él los derechos o sus causahabientes. Jurisprudencialmente se admite tal protección a los juegos de mesa, siempre que cumplan uso requisitos de originalidad objetiva y subjetiva, lo que en este caso parece claro. La principal consecuencia es que el autor podrá exigir, además de la indemnización, la retirada y destrucción de las obras. La plataforma podría llegar a compartir la responsabilidad, en particular si la conducta llega a calificarse como delito contra la propiedad intelectual, para lo que se cumplen los requisitos.

La caducidad de la marca hace que el registro fuese válido, salvo que el nombre o logotipo de los que constaba el registro mixto fuesen lo suficientemente originales como para quedar protegidos como parte del juego o como obra independiente, lo cual es más dudoso.

En cuanto a la apreciación de una estafa, se cumplen todos los requisitos legales y jurisprudenciales para encajarlo en el tipo salvo el dolo y el engaño deliberado, que debería ser probado y no se desprende con claridad de los hechos. Aunque los escuetos hechos no permitan categorizarlo claramente en este caso, sí que se desprende que el entorno es idóneo para una estafa dada la falta de control por parte de la plataforma, los retrasos y dificultades propios de este tipo de financiación, la dispersión de los mecenas y la inseguridad jurídica.

La relevancia económica que el *crowdfunding* de recompensa tiene y puede llegar a alcanzar es innegable, pues ofrece la posibilidad a negocios pequeños no solo de obtener financiación a muy bajo coste y sin los obstáculos de las garantías que requieren las entidades bancarias, si no que permite testar la aceptación del producto y crear una cartera inicial de clientes.

Esto me lleva a afirmar que es necesario crear una seguridad jurídica, que tras realizar este trabajo no creo que exista, que permita conciliar los derechos de los mecenas y su protección como consumidores que son en la mayor parte de los casos con los de los creadores de los proyectos, que además deben tener unas obligaciones más claras y unos medios de control más viables, así como para las plataformas, que no comenzarán a expandirse hasta que cuenten con ese entorno claro y seguro.

Bibliografía

- ALBALADEJO, MANUEL.: *Derecho Civil , Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Edisofer, S.L., Madrid, 2011.
- ALEMANY, LUISA; BULTÓ, INÉS.: “Crowdfunding: nueva forma de financiación para emprendedores” *Harvard Deusto Business Review* , Nº 237 , noviembre 2014.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, SEGISMUNDO.: “La propuesta de regulación de la inversión en masa o *equity crowdfunding*”, *Diario La Ley*, Nº 8320, 2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO.: *Manual de Derecho Civil, Contratos*, Bercal S,A., Madrid, 2016.
- COMISIÓN EUROPEA.: “Crowdfunding in the EU Capital Markets Union”, *Commission staff working document*, Bruselas, 2016.
- COMISIÓN EUROPEA.: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la Unión Europea»*, Bruselas, 27.3.2014, COM(2014).
- DÍEZ GARCÍA, HELENA (dir.): *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Editorial Reus, S.A., 2014, Madrid.
- GÓMEZ RIVERO, Mª DEL CARMEN.: *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GONZÁLEZ CUSSAC; JOSE LUIS (Coord.): *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ MALABIA, SERGIO.: *Tutela judicial del comercio electrónico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- GUARDIOLA GARCÍA.: La responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la luz de la Ley 34/2002 y de la Directiva 2000/31/CE. *Revista de Derecho*, Nº. 2, 2003
- HERNÁNDEZ SAINZ, ESTHER.: “La transparencia como instrumento de protección de los inversores en PYMEs y start-ups a través de plataformas electrónicas de financiación participativa (*crowdfunding* de inversión)”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores (LA LEY)*, Nº 16, 2015.
- LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA.: *e-Contratos*. Editorial Bosch S.A., 2004.
- MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS.: “Crowdfunding, intermediarios de crédito y préstamos al consumo en la Ley 5/2015”. *Diario La Ley*, Nº 8575, 2015.
- MENÉNDEZ, AURELIO; ROJO, ÁNGEL (dir.): *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

- MORALES GARCÍA, ÓSCAR.: “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información”, *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- OEPM *Prohibiciones absolutas*. Documento online, recuperado a 8 de junio de 2016 en <http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/PDF/Prohibiciones_absolutas_signos.pdf>
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO(Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Aranzadi Editorial, Pamplona.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol I., Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- SÁNCHEZ LERÍA, REYES.: *El contrato de hospedaje web*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SANZ GÓMEZ, RAFAEL.: “Implicaciones tributarias del *crowdfunding* o financiación colectiva”, *Quincenal Fiscal*, N°9, 2015.
- YANGUAS GÓMEZ, ROBERTO.: *Contratos de conexión a Internet, “hosting” y búsqueda*. Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- ZUNZUNEGUI, FERNANDO.: “Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*)”. *Revista de derecho del mercado financiero*, working paper 3/2015.