

LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA EN LA ECONOMÍA
DE LAS PLATAFORMAS
UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LAS RELACIONES DE
CRÉDITO

*COLLABORATIVE FINANCING IN THE PLATFORM ECONOMY
A PARADIGM SHIFT IN CREDIT RELATIONSHIPS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1066-1087



Jordi MARCÈ
CALZADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La financiación participativa de crédito, nacida dentro de la economía colaborativa y fruto de la conjunción entre la crisis financiera de 2008 y el proceso de digitalización de la economía, ha dado lugar a un nuevo tipo de intermediario, las plataformas de financiación participativa, que promueven la contratación de créditos entre prestamistas y prestatarios, pudiendo tener ambos la condición de consumidor. En la práctica, las funciones que asumen dichas plataformas permiten cuestionar su neutralidad en la intermediación y, por ende, su papel como prestadores de servicios de la sociedad de la información, influyendo todo ello en el grado de responsabilidad que deben asumir. En el presente trabajo se analizan los criterios utilizados por el TJUE en casos como los de Uber o Airbnb y se valora su aplicación a las plataformas de financiación participativa de crédito.

PALABRAS CLAVE: Financiación participativa; economía de plataformas; plataformas intermediarias en línea; plataformas de financiación participativa; servicios de la sociedad de la información.

ABSTRACT: *Lending-based crowdfunding, born within the collaborative economy and as a result of the conjunction between the financial crisis of 2008 and the process of digitization of the economy, has given rise to a new type of intermediary, crowdfunding platforms, which promote the contracting of credits between lenders and borrowers, both of whom may have the status of consumer. In practice, the functions assumed by these platforms make it possible to question their neutrality in intermediation and, therefore, their role as information society service providers, all of which influences the degree of responsibility they must assume. In this paper, the criteria used by the CJEU in cases such as Uber or Airbnb are analyzed and their application to crowdfunding platforms is assessed.*

KEY WORDS: *Crowdfunding; platform economy; online intermediary platforms; crowdfunding platforms; information society services.*

SUMARIO.- I. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA DE CRÉDITO.- I. Origen de la financiación participativa de crédito.- 2. Funcionamiento de la FPC.- II. LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA.- I. El papel de la plataforma.- 2. Las PFP como prestadoras de un servicio de la sociedad de la información.-

I. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA DE CRÉDITO

I. Origen de la financiación participativa de crédito

A principios de la década de los 2000 la economía a nivel global parecía haber caído en un círculo de ineficiencia e inequidad a consecuencia del “hiperconsumismo”. La Cumbre de Johannesburgo de las Naciones Unidas en 2002 puso de relieve la magnitud del problema, el 15% de la población de los países desarrollados suponía el 56% del consumo mundial¹, y a lo largo del siglo XX los 20 países más desarrollados habían consumido más recursos primarios que todos los consumidos en la historia de la humanidad². En respuesta, nació el movimiento denominado consumo colaborativo³, “sharing economy”⁴ o economía colaborativa⁵. Dicho concepto, aún incipiente en 2007, se popularizó gracias a la concurrencia de dos factores clave⁶.

En primer lugar, la gran recesión de 2008 hizo patente el cuestionamiento de un sistema económico basado en el “hiperconsumo” y en la cultura del “usar y tirar”⁷ y aumentó la permeabilidad de la sociedad hacia nuevos modelos de consumo

- 1 NACIONES UNIDAS, “Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible”, Johannesburgo, Sudáfrica. Celebrada del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002. (Disponible en: https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/modelos_ni.htm)
- 2 VILCHES, A. y GIL, D., *Construyamos un futuro sostenible. Diálogos de supervivencia*, Cambridge University Press, Madrid, 2003, p.153.
- 3 BOTSMAN, R., y ROGERS, R., *What’s Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins, 2010. Quienes han sido considerados principales exponentes del movimiento y, en especial, Rachel Botsman, quien ha sido considerada la madre ideológica del concepto. También contribuyeron a la popularización del concepto tras la gran recesión otros autores como GANSKY, L., *The Mesh. Why the future of business is changing*, Penguin Group, New York, 2010.
- 4 Son varios los autores que se atribuyen la autoría del término Sharing Economy, entre ellos ALGAR, R.: “Collaborative Consumption”, *Leisure Report*, abril de 2007, o LESSIG, L.: “Two Economies: Commercial and Sharing”, en LESSIG, L., *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Bloomsbury Academic, London, 2008. p. 117–176.
- 5 CAUFFMAN, C.: “The Commission’s European agenda for the collaborative economy - (Too) platform and service provider friendly?”, *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 7, 2016, p.4.
- 6 Hay consenso en torno a estos entre la mayoría de autores, ver GANSKY, L., *The Mesh*, cit. Y en el mismo sentido BOTSMAN, R., y ROGERS, R., *What’s Mine Is Yours*, cit.
- 7 En este sentido, MARTINEZ BARREIRO, A.: “La cultura del usar y tirar. ¿Un problema de investigación?”, *RIPS*, vol.11, n.º. 4, 2012, p.149-150, apuntando al origen de una nueva tendencia de consumo en la globalización económica y cultural.

• Jordi Marcè Calzada

Profesor Investigador Predoctoral en Formación
Universitat Pompeu Fabra de Barcelona

alternativos o complementarios⁸. Asimismo, la irresponsabilidad con la que los operadores financieros habían venido operando provocó una fuerte respuesta institucional en forma de legislación, concretamente y entre otros, el Acuerdo de Basilea⁹, que supuso la revisión de los estándares internacionales de regulación bancaria y la aprobación de un nuevo marco de regulación prudencial¹⁰ con efecto directo sobre las entidades financieras, forzadas a endurecer los requisitos de acceso al crédito. Así, iniciativas tanto empresariales como particulares, promovidas principalmente por pymes y personas físicas de recursos limitados se vieron excluidas del mercado de crédito¹¹ sentando las bases para la aparición y crecimiento de los mercados de financiación participativa¹².

En segundo lugar, además de las derivaciones de la crisis financiera, el nacimiento de la economía colaborativa y con ella de las finanzas participativas, no puede entenderse sin la digitalización del mercado, que dota de especialidad a una forma de operar tradicional como era el intercambio¹³ y, paradójicamente, permite volver a ella¹⁴. La aplicación de la tecnología a las finanzas se ha denominado con el término “FinTech” y a nivel global se ha estructurado en variados modelos de negocio¹⁵ entre los cuales, algunos incorporan el concepto de la economía colaborativa,

8 En este sentido, MAUDEZ GUTIERREZ, A., en el prólogo de ALFONSO SÁNCHEZ, R., y VALERO TORRIJOS, J., (dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thompson Reuters, Pamplona, 2016, p.50.

9 Aprobado por primera vez en 1988 y posteriormente modificado en 2004, el Acuerdo de Basilea fue revisado en profundidad en 2010 tras la recesión, aprobándose un nuevo marco de regulación prudencial sobre la banca, conocido como Basilea III. BASEL COMMITTEE OF BANKING SUPERVISION, “Basel III: Finalising post-crisis reforms”, de diciembre de 2017. (Disponible en <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf>)

10 A nivel europeo, el nuevo marco regulatorio se estableció con la aprobación, en primer lugar, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, y en segundo lugar, del Reglamento UE n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, también de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012. A nivel español, se aprobó la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014, p. 49.412 a 49.549), desarrollada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2015, p. 12.319 a 12.398) y por la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la normativa europea (BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2016, p. 9.942 a 10.029).

11 En este sentido, MAUDEZ GUTIERREZ, A., *Retos jurídicos*, cit., p.50.

12 En este sentido, CUENA CASAS, M., *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea.*, REUS, Zaragoza, 2019, p.22.

13 Así lo indica MORENO SERRANO, E., “Configuración jurídica del <<Crowdfunding>> como forma alternativa de financiación”, en MORENO SERRANO, E., y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., (coord.), *Crowdfunding: Aspectos Legales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p.37.

14 En este sentido, GARCÍA-OCHOA MAYOR, D., y NARVÁEZ BARBA, I.: “Economía colaborativa y financiación”, *Diario la Ley*, n°8807, de 20 de julio de 2016, p.2. Aunque como apunta PRICE, J.A.: “Sharing: the integration of intimate economy”, *Antropológica*, vol. 17, n°. 1, 1975, p. 3-27 y así mismo, BELK, R., “Sharing”, *Journal of Consumer Research*, vol.36, 2010, p.715-734, es necesario distinguir entre el intercambio tradicional -con relaciones eminentemente verticales- y el consumo colaborativo -basado en un mercado horizontal, entre pares (peer-to-peer).

15 Ver, ZIEGLER, T., et.al., “The Global Covid-19 FinTech rapid assessment report”, *Cambridge Center for Alternative Finance*, University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2020, p. 107-108

los anteriormente mencionados mercados de financiación participativa, que pretenden satisfacer las necesidades de financiación de los solicitantes mediante fondos aportados y agrupados por una multitud o red de inversores minoristas y/o profesionales.

Con la evolución de estos mercados, se han ido delimitando -y sofisticando- tres claros modelos de financiación participativa: los modelos de deuda, los modelos de inversión -denominados conjuntamente financiación participativa financiera¹⁶- y los modelos de no inversión -también denominados financiación participativa no financiera¹⁷. Centrando el foco en los modelos de deuda, como su nombre indica, son plurales e incluyen variadas formas de estructurar las relaciones de crédito. El presente trabajo se centra en el estudio de una de ellas, la financiación participativa de crédito¹⁸ por ser esta la más relevante tanto en volumen como en implantación a nivel global¹⁹.

2. Funcionamiento de la FPC

Es necesario, de forma previa, tratar el ámbito terminológico, pues en algunos puntos puede llegar a resultar confuso. A lo que a lo que me referiré como “financiación participativa de crédito”, internacionalmente se ha denominado “P2P/Marketplace Lending”²⁰. A nivel nacional, en el preámbulo de la LFFE se

16 La financiación participativa financiera integra la financiación participativa de crédito y la de inversión -ambas reguladas tanto en la LFFE como en el RSFP-, y la financiación participativa no financiera integra los modelos de no inversión, carente por ahora de regulación específica en España. Así lo distingue, entre otros, CAMPUZANO, A.B., “Las plataformas de financiación participativa”, en CUENA CASAS, M., (dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.239 aunque utilizando el término crowdfunding financiero / no financiero en lugar de “financiación participativa”.

17 Esta clasificación en tres bloques es la que sigue el CCAF en sus publicaciones, si bien a nivel español la doctrina ha adoptado una clasificación menos detallada distinguiendo entre financiación participativa financiera y no financiera y cuatro modalidades dentro de estas. En este sentido, respecto a las clasificaciones a nivel nacional, vid. CAMACHO CLAVIJO, S., “Las modalidades de financiación participativa o crowdfunding y su distinción respecto las figuras afines: equity-crowdfunding emisión de valores y obligaciones, crowdlending y mecenazgo participativo”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRIA, A., y PAÑEDA USUNÁRIZ, F., (dirs.), *Las plataformas de financiación participativa -crowdfunding-*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p.41.; CARRASCO, A.: “La financiación participativa a través de plataformas de “crowdfunding””, CESCO, de 19 de abril de 2014. (Disponible en: www.uclm.ws/centro/cesco); GARCÍA LABARTA, C.: “Presente y futuro del crowdfunding como fuente de financiación de proyectos empresariales”, *Revista Española de Capital Riesgo*, nº1/2014, p.3-19.; DE LAS HERAS BALLELL, T., “El crowdfunding: una fórmula de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos”, *Revista Pensar en Derecho*, nº3, 2013, p.101 y ss. entre otros.

18 El origen del concepto se ha establecido en octubre de 2005 con la fundación de Kiva en Silicon Valley de San Francisco (<https://www.kiva.org/>), la primera plataforma que permitía conseguir financiación a proyectos de países en desarrollo en forma de préstamos. En contra, autores como PIATTELLY, U., *Il crowdfunding in Italia*, Giappichelli editore, Torino, 2013, han considerado como primera campaña de crowdfunding la realizada por Joseph Pulitzer en 1884 en el periódico New York World con el objetivo de recaudar fondos para la construcción del pedestal que debía soportar la Estatua de la Libertad. Ahora bien, el hecho de que se utilizara el periódico como medio en lugar de plataformas de internet, desvirtúa la acción y no permite que sea entendida como financiación participativa.

19 Ver, ZIEGLER, T., et.al., “The 2nd Global Alternative Finance Market Benchmarking Report”, *Cambridge Center for Alternative Finance*, University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2021, p. 25-30.

20 Esta es la denominación que utiliza el CCAF en sus publicaciones y con creciente consenso a nivel internacional. Aun así, dependiendo de la jurisdicción, también se denomina *Loan-based Crowdfunding*, *Marketplace Lending*, *Collaborative Financing* o *Crowdlending*.

utiliza el término “crowdfunding”²¹ para denominar el mercado a nivel general, pero este término se refiere de forma conjunta a las relaciones de crédito y las de inversión, y no utiliza -la ley- una denominación específica para referirse a dichas modalidades. También la LFFE denomina a las plataformas que intermedian en el mercado como “plataformas de financiación participativa” y no “plataformas de crowdfunding” como sería más coherente²². El RSFP, más reciente que la LFFE, en su versión en lengua española no utiliza el término “crowdfunding” sino “financiación participativa” para describir el mercado a nivel general y distingue entre la “financiación participativa de crédito” y la “financiación participativa de inversión”²³, siendo esta la denominación que considero más adecuada.

Aclarado lo anterior, la financiación participativa de crédito -y, en general, todas las formas de financiación participativa-, se caracterizan por la sustitución de los intermediarios financieros tradicionales²⁴ por plataformas intermediarias²⁵ en línea, las PFP que, por norma general, se presentan generadoras de un entorno digital en el que se promueve la contratación entre prestamistas y prestatarios -erróneamente denominados por la LFFE y el RSFP como inversor y promotor respectivamente.

De este modo, el prestatario -que puede ser persona física o jurídica- propone un proyecto para el que solicita financiación en nombre propio y con finalidades empresariales, formativas o de consumo²⁶ (art. 49 LFFE). Dicho proyecto es analizado por la PFP, quien evalúa su potencial y la solvencia del prestatario, otorgándole una calificación o “scoring”²⁷ y estableciendo el tipo de interés del préstamo²⁸. Superada la evaluación, el proyecto es publicado por la PFP que no

21 Término de origen anglosajón formado por la conjunción de las palabras *crowd*, en referencia a una colectividad de individuos, y *funding*, en referencia a la acción de financiar. Atribuido a Michael Sullivan cuando en 2006 lanzó *Fundavlog* en Reino Unido, una incubadora de proyectos regida por la reciprocidad, transparencia y financiación por una multitud de personas.

22 En lo que respecta a la terminología utilizada por la doctrina española, la financiación participativa también se ha denominado financiación colectiva, financiación en masa o microfinanciación.

23 Sorprenden las diferencias terminológicas entre las distintas traducciones del reglamento, lo cual muestra la falta de consenso en torno a la denominación que debe utilizarse. Por ejemplo, mientras las versiones en lengua inglesa e italiana hablan de *crowdfunding* en general, y de *lending-based crowdfunding* o *crowdfunding basato sul prestito* para referirse a las relaciones de crédito, las versiones en lengua francesa y portuguesa hablan de *financement participatif par le prêt* y de *financiamento colaborativa por empréstito*.

24 Entendiendo como tales, en el mercado de crédito, las entidades de crédito reguladas por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014, 49412-49549).

25 La calificación jurídica del papel de las PFP será analizada en profundidad en el segundo punto del presente trabajo.

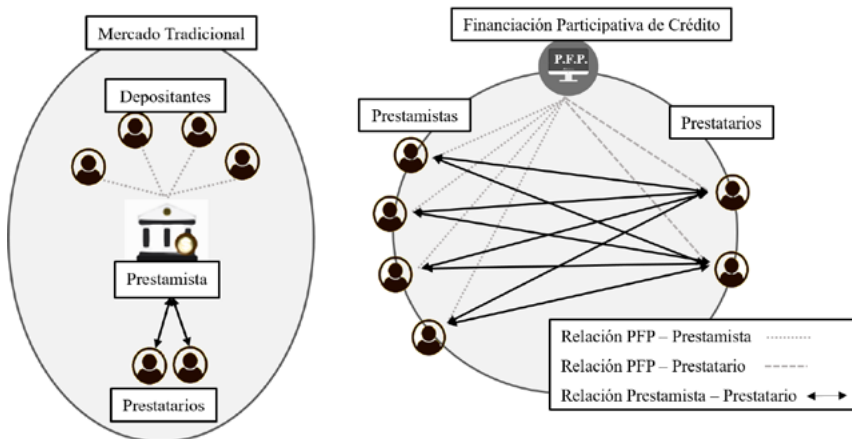
26 Destacar que, a diferencia de la LFFE, el RSFP excluye de su ámbito de aplicación los proyectos con finalidades de consumo, no impidiendo que estos se puedan dar, en cuyo caso les es aplicable la normativa general prevista para los contratos de préstamo al consumo.

27 Aunque esta evaluación del riesgo de crédito se prevé en el art. 51.2.b) LFFE como un servicio auxiliar que las PFP pueden prestar a los prestamistas, en la práctica todas las PFP que operan en España lo ofrecen.

28 El artículo 51.2 LFFE letra b) prevé como servicio auxiliar de las PFP “la determinación del nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores y la determinación de cualquier otra variable que resulte útil para que los inversores tomen la decisión de inversión.” lo cual y junto la letra d) del mismo artículo que

asume ningún riesgo propio en la operación. A través de ella, los prestamistas -que también pueden ser persona física o jurídica-, basándose en la calificación que otorga la PFP y en la información publicada en la misma, financian el proyecto por acumulación y con la suma de pequeñas cantidades, esperando obtener rentabilidad mediante el cobro de los intereses pre fijados en el proyecto.

De esta forma, a nivel contractual, como se puede observar en los gráficos que siguen, la aparición de las PFP como nuevo intermediario supone un cambio drástico en la estructura de las transacciones. Mientras en el mercado de crédito tradicional el intermediario financiero capta los fondos de los depositantes y celebra únicamente un contrato de crédito en el que participa como prestamista, en una operación de financiación participativa de crédito se celebran, en primer lugar, los respectivos contratos entre la PFP y el prestatario y la PFP y los prestamistas -que no necesariamente son equiparables- y, en segundo lugar, tantos contratos de préstamo como prestamistas financien un mismo proyecto.



Con la aparición de las PFP y en atención a los servicios prestados por estas²⁹, parece apropiado hablar de una re-intermediación del mercado³⁰ y no tanto de una desintermediación como apunta la LFFE. Se puede observar que, frente a una relación de crédito estructurada tradicionalmente de forma vertical, en la

permite "la puesta a disposición de modelos de contratos necesarios", en la práctica se ha traducido en que es la PFP quien elabora e impone el contrato de préstamo entre usuarios y el tipo de interés del mismo en atención al análisis de solvencia que la propia PFP ha realizado.

29 Sin perjuicio de que la naturaleza jurídica del papel de las PFP y de su relación con los usuarios será analizado en profundidad más adelante.

30 En este sentido, el RSFP en su considerando (1), habla de "un tipo cada vez más importante de intermediación" y ya no de desintermediación. Así mismo lo entienden autores como ZUNZUNEGUI PASTOR, F., "Encuadre sistemático y conceptual de la financiación participativa (crowdfunding)", en CUENA CASAS, M., (Dir.), *Aspectos legales*, cit., p.40. y DE LAS HERAS BALLELL, T., "La responsabilidad de las plataformas: Alcance, límites y estrategias", en MORENO SERRANO, E., Y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., *Crowdfunding: Aspectos Legales*, cit., p.369.

financiación participativa de crédito la relación entre prestamista y prestatario se “horizontaliza” puesto que quien ocupa ahora la posición de prestamista ya no es un intermediario financiero tradicional sino otro usuario³¹.

Se ha distinguido entre tres clases de financiación participativa de crédito en función del tipo de prestatario al que se dirige el préstamo o la finalidad del proyecto: en primer lugar, la de crédito a consumidores o “P2P/Marketplace consumer lending” que se da cuando, en la relación de préstamo, el prestatario tiene la condición de consumidor³²; en segundo lugar, la de crédito a negocios o “P2P/Marketplace business lending” que se da cuando el prestatario es un empresario; en tercer lugar, la de crédito inmobiliario o “P2P/Marketplace property lending” o “crowdlending inmobiliario” que se distingue de las anteriores no por la condición del prestatario sino por la finalidad del proyecto que se financia, pues en estos supuestos el préstamo se encuentra garantizado con un bien inmueble, ya sea el prestatario consumidor o empresario³³.

II. LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA

I. El papel de la plataforma

En el ordenamiento jurídico español, las plataformas de financiación participativa (en adelante, PFP) se regulan en el primer capítulo del título V de la Ley 5/2015 de Fomento de la Financiación Empresarial (LFFE), que lejos de ofrecer un marco jurídico integral, define el régimen jurídico específico de dichas plataformas y enfoca su figura como un específico operador del mercado a la vez que configura su estatuto jurídico³⁴. La LFFE define a las PFP como aquellas “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”, delimitando su ámbito de aplicación en base a un criterio eminentemente subjetivo.

31 La condición o no de consumidor de los usuarios en la financiación participativa es un tema de debate sobre el que no hay una posición clara en la doctrina y que se escapa del objeto del presente trabajo.

32 La condición de consumidor tanto del prestatario como del prestamista ha sido, y es, un foco de discrepancias dentro de la doctrina y no es analizado en el presente trabajo. Dicho lo anterior, es relevante mencionar que el RSFP (art. 1.2 letra a) excluye de su ámbito de aplicación los préstamos de financiación participativa otorgados a consumidores, mientras que la LFFE no se refiere a estos de forma específica.

33 Es necesario destacar que la LFFE prohíbe de forma expresa los préstamos de financiación participativa con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual del prestatario, pero no sobre otros inmuebles.

34 DE LAS HERAS BALLELL, T., “Responsabilidad de las plataformas de financiación participativa”, en CUENA CASAS, M., *Aspectos legales*, cit., p.506.

Existe en la LFFE una reserva de actividad en favor de las PFP. Para ser consideradas como tales, las PFP deben recibir, seleccionar y publicar los proyectos presentados por los prestatarios, así como desarrollar, establecer y explotar los canales de comunicación para favorecer la contratación de relaciones subyacentes entre prestamistas y prestatarios (art. 51.1 LFFE). Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la norma y, por lo tanto, no se consideran PFP aquellas plataformas que, realizando la misma actividad, captan la financiación mediante donaciones, mediante la venta de bienes y servicios o mediante la concesión de préstamos sin intereses. De este modo, la LFFE no define la financiación participativa de forma precisa, sino con el propósito de definir los supuestos en que las plataformas quedan o no sujetas a la norma.

Es necesario destacar a los efectos que nos ocuparan más adelante que es la PFP quien selecciona los proyectos que son publicados en su portal, actuando en cierta medida como un guardián de acceso o “gatekeeper”³⁵. Esta facultad no es común entre las plataformas de la economía colaborativa³⁶.

De forma auxiliar, las PFP pueden prestar una serie de servicios adicionales establecidos en el art. 51.2 LFFE, en principio, tendentes a favorecer las transacciones entre prestamistas y prestatarios. Entre los anteriores, reviste de especial relevancia el servicio auxiliar de análisis de los proyectos de financiación y la determinación del nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores, es decir, el estudio de la solvencia del prestatario y la determinación de cualquier otra variable que resulte útil para que los prestamistas tomen la decisión de contratar.

En la práctica, las PFP se basan en ese análisis del riesgo de solvencia del proyecto y del prestatario realizado por ellas mismas³⁷ para asignarle el anteriormente mencionado “scoring”³⁸, aunque rara vez las plataformas muestran los criterios en base los cuales establecen dichas calificaciones. Ahora bien, lejos de limitarse a ofrecer ese análisis de la solvencia de los prestatarios para facilitar la decisión del prestamista, en base al “scoring” otorgado por ellas mismas, algunas

35 Para un análisis más profundo de la figura del gatekeeper, ver KRAAKMAN, R. H.: “Gatekeepers: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy”, 2 *J.L. Econ.&Org.*, n°1, spring 1986, p. 53-104.

36 Se trata en la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland) en el que se establece por el tribunal que en el caso de la plataforma Airbnb no selecciona a los arrendadores que publican en su portal.

37 Algunas plataformas como Civislend complementan el estudio del riesgo de solvencia realizado por ellas mismas con otro estudio externo. Pese a lo anterior, ninguno de los dos estudios se hace público, mostrando únicamente la calificación o *scoring* resultado del mismo.

38 Los distintos grados de solvencia los establecen las plataformas en base a sus propios criterios, no existiendo una escalera común entre plataformas. Es el caso, por ejemplo, de Sicilen que establece doce grados en los que el A1 es el mayor grado de solvencia y el D3 el menor. Disponible en: <https://www.sicilen.com/tipos-de-interes-empresas-crowdfunding/> (consultado en 15 de octubre de 2021).

PFP establecen el tipo de interés al que se suscribirá el préstamo subyacente³⁹, siendo este fijo y no negociable entre el prestatario y el prestamista⁴⁰. Este es, en mi opinión, uno de los puntos más relevantes en el estudio que se realizará más adelante del grado de influencia de las PFP en la relación de crédito subyacente.

También el artículo 51 LFFE prevé que mientras la publicación, clasificación y agrupación de los proyectos se realice en base a términos objetivos, sin realizar recomendaciones personalizadas a los prestamistas, no constituirá asesoramiento financiero. Pese a ello, existen mecanismos indirectos permitidos por la propia LFFE por los que las PFP pueden indicar a los prestamistas en qué proyectos contratar. Me estoy refiriendo a la capacidad de las PFP de actuar como prestamista en la relación subyacente aportando en el caso de la financiación participativa de crédito, hasta el límite del 10 por ciento del capital total solicitado en el proyecto. En tales supuestos la plataforma debe informar a todos los usuarios de su participación, así como de la cuantía aportada, por lo que indirectamente se produce una recomendación al resto de prestamistas.

Asimismo, dado que en una relación de financiación participativa pueden concurrir multitud de prestamistas, y tanto estos como los prestatarios pueden no ser profesionales de la actividad, se permite a la PFP poner a disposición de las partes los modelos de contratos necesarios para la celebración de la relación subyacente (art. 51.2 letra d LFFE). De nuevo, en base a tal previsión normativa, las PFP extralimitan las funciones del que sería un simple intermediario y no solo proponen distintos modelos de contratos a los prestamistas y al prestatario, sino que les imponen un único contrato, no pudiendo las partes negociar el clausulado del préstamo y siendo todas las cláusulas redactadas e impuestas por la PFP excepto, obviamente, de la duración y la cuantía del préstamo.

Porsí no fuera poco el grado de influencia de la PFP, tanto el artículo 51.2.f) como el 51.3 LFFE prevén la posibilidad de que la plataforma actúe en representación de los prestamistas. En primer lugar, la PFP puede representar al prestamista en la formalización del contrato cuando el acuerdo de voluntades se haya manifestado a través de la misma plataforma y, en segundo lugar, en el caso de un incumplimiento contractual por parte del prestatario, la PFP puede actuar en representación de

39 Por ejemplo, la plataforma Socilen que pone a disposición de los posibles interesados el tipo de interés aplicable a cada grado de scoring. Disponible en: <https://www.socilen.com/tipos-de-interes-crowdfunding-particulares/> (consultado el 21 de octubre de 2021). En cambio, plataformas como Grow.ly siguen otras formas de determinar el tipo de interés como, en su caso, establecer el tipo de interés medio ponderado de las ofertas realizadas por los prestamistas. Se detalla el cálculo del tipo de interés en el Anexo I del contrato de préstamo público en su página web. Disponible en: https://www.grow.ly/Static/Docs/contrato_prestamo_mercantil_condiciones_generales.pdf (consultado a 21 de octubre de 2021)

40 Puede observarse en la página de Socilen como se aparejan los tipos de interés al grado de solvencia establecido por la propia plataforma. Esta plataforma ofrece incluso un "simulador de préstamo" en el cual introduciendo la cuantía solicitada y el plazo junto con el grado de solvencia uno puede observar el tipo de interés al cual va a recibir los préstamos. Disponible en https://mk.socilen.com/simulador_ext.php (consultado el 15 de octubre de 2021).

los prestamistas para proceder a la reclamación judicial y extrajudicial o incluso en nombre propio cuando los prestamistas le cedan sus derechos de crédito.

Así, de todo lo anterior se da la situación de que un prestatario que accede a una PFP únicamente tiene capacidad de establecer la duración del préstamo y la cuantía, y además, quien redacta e impone las condiciones del contrato de préstamo es la PFP quien si bien formaliza el contrato subyacente en nombre de los prestamistas, no es parte del mismo y, por lo tanto, difícilmente el prestatario podrá exigirle responsabilidad.

2. Las PFP como prestadoras de un servicio de la sociedad de la información

A) *La financiación participativa como un servicio de la sociedad de la información.*

La naturaleza del servicio mediado por las PFP -la financiación de crédito-, y el hecho de que las PFP sean en sí mismas un nuevo actor en el mercado, son dos de las principales razones que han justificado un régimen jurídico específico -la LFFE- guiado por los mismos principios y estrategias de los mercados regulados⁴¹. Ahora bien, dicho régimen jurídico específico no excluye la aplicación de la normativa prevista para las plataformas digitales prestadoras de servicios de intermediación electrónica, pues como se desprende de la definición del artículo 46 LFFE, las PFP se presentan como plataformas digitales, de base electrónica y generadoras de entornos cerrados, autorregulados, de base contractual y gestionados centralizadamente⁴². Asimismo, las funciones obligatorias de las PFP previstas en el artículo 51.I.b) LFFE sitúan a las PFP como mercados multilaterales⁴³, en nuestro caso, de crédito, es decir, como marcos digitales cuyo objetivo es promover la contratación entre sus usuarios.

Lo anterior hace necesario analizar el papel de las plataformas, primero, como prestadoras de servicios de la sociedad de la información, pues las PFP son, además de un nuevo actor en la intermediación financiera, plataformas de la economía digital y, concretamente, intermediarias digitales. La variedad funcional que proponen las PFP atrae los cuerpos normativos aplicables a cada una de esas funciones, lo cual dibuja un complejo régimen jurídico que, como veremos más adelante, da lugar a distintos escenarios de responsabilidad.

41 DE LAS HERAS BALLELL, T., "Responsabilidad de las plataformas", cit., p.505 y 506.

42 DE LAS HERAS BALLELL, T., "Responsabilidad de las plataformas", cit., p.510.

43 Los también denominados *two-sided markets* o *multi-sided markets* son aquellos entornos electrónicos destinados a facilitar la interacción entre las dos posiciones del mercado para negociar y concluir transacciones. En este sentido, EVAN, D.S., and SCHMALENSEE, R.: "Matchmakers: The new economics of multisided platforms", *Harvard Business Review*, Boston, 2016.

Los servicios de la sociedad de la información como categoría jurídica se regulan, a nivel europeo, en la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico⁴⁴ (en adelante, por brevedad, DCE) que recoge la definición ya proveniente de la Directiva 98/34/CE⁴⁵ modificada por la Directiva 98/84/CE⁴⁶ que fue la primera en introducir una definición legal de dicha categoría. La DCE establece por primera vez el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información, si bien a la hora de definir el concepto (art. 2 letra *a* DCE) remite al artículo 1.2 de la inicial Directiva 98/34/CE. Desde el 7 de octubre de 2015, la remisión debe entenderse hecha al artículo 1.1 letra *b* de la Directiva (UE) 2015/1535⁴⁷ que deroga y sustituye a la Directiva 98/34/CE, si bien el texto es el mismo que el previsto en la Directiva 98/85/CE. La Propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE⁴⁸ (en adelante, por brevedad y por sus siglas en inglés, DSA), también remite en su artículo 2 letra *a* a la definición de la Directiva (UE) 2015/1535. Dicha definición y también la recogida en el Anexo, letra *a*, de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico⁴⁹ (en adelante, por brevedad, LSSICE) -norma que transpone la regulación europea al ordenamiento español-, describe a los servicios de la sociedad de la información en base a cuatro requisitos cumulativos.

Primero, como aquellos servicios prestados a cambio de una “remuneración”. Si bien en la financiación participativa de crédito es común entre las plataformas que perciban su comisión a cargo únicamente del prestatario⁵⁰ fruto de su condición de mercados multilaterales, es reiterada la jurisprudencia del TJUE

44 Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) [DOCE L 178/1 de 17.7.2000]

45 Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información [DOCE L 204 de 21.7.1998, p.37]. Directiva modificada por la Directiva 98/48/CE [DOCE L 217/18, de 5.8.1998].

46 Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional basados en dicho acceso [DOCE L 320/54, de 28.11.1998]

47 Directiva (UE) 2015/1535, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información [DOUE L 241, de 17.09.15]

48 Bruselas, 15 de diciembre de 2012, COM(2020) 825 Final.

49 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002, p. 25388 a 25403]

50 Ver, por ejemplo, como Socilen anuncia en su página principal “*sin comisiones para el inversor*” y lo utiliza para publicitarse ante potenciales prestamistas. Asimismo, en el apartado de tarifas al inversor, se observa como toda comisión va a cargo del prestatario. Disponible en: <https://www.socilen.com/tarifas-y-comisiones-inversores-crowdfunding/> (consultado a 8 de noviembre de 2021). Llama la atención el hecho de que esta plataforma incrementa o disminuye la “comisión de intermediación” entre el 2% y el 5% en función del grado de solvencia del prestatario y siendo como mínimo de 90€. Otras plataformas como Civislend, si bien cobran una pequeña comisión de gestión al prestamista, la mayor parte de su comisión va a cargo del prestatario. Disponible en: <https://www.civislend.com/tarifas> (Consultado a 8 de noviembre de 2021).

estableciendo que la remuneración de un servicio prestado en un entorno de actividad económica, no necesariamente debe ir a cargo de todas las partes que se beneficien del mismo⁵¹. Más aún, la propia LSSICE incluye dentro del concepto de servicio de la sociedad de la información aquellos servicios no remunerados por sus destinatarios, pero que supongan una actividad económica para el prestador de los mismos⁵².

Segundo, como aquellos servicios “prestados a distancia”, es decir, y como establece la Directiva (UE) 2015/1535, prestados “sin que las partes estén presentes”, lo cual incluye sin duda alguna la financiación participativa de crédito, y excluye de la categoría aquellos servicios que, si bien utilizan medios electrónicos, se prestan en presencia simultánea de las partes en el mismo lugar⁵³.

Tercero, como aquellos servicios “prestados por vía electrónica”⁵⁴. En este sentido y, dado que el prestador y receptor del servicio se encuentran a distancia, dice la Directiva (UE) 2015/1535 que deberán mediar equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos que transmitan, canalicen y reciban dicha información vía hilos, medios ópticos, radio o cualquier otro medio electromagnético. Ahora bien, la LSSICE excluye aquellos servicios prestados vía teléfono vocal, fax o télex, pues pese a ser medios electrónicos, no requieren de almacenamiento ni tratamiento de datos. No deben entenderse excluidos los servicios de financiación participativa de crédito que, de nuevo, cumplen también este requisito.

Y cuarto, como aquellos servicios “prestados a petición individual del destinatario”. Cómo interpreta la STJUE de 5 de junio de 2005, asunto C-89/04 *Mediakabel BV* en su apartado 38⁵⁵, este requisito exige la interactividad entre el prestador de servicios y el receptor, lo cual parece cumplirse también de forma

51 Entre otras, vid. el apartado 46 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 *Airbnb Ireland*); el apartado 41 de la STJUE 15 septiembre 2016 (asunto C-484/14 *McFadden*); o el apartado 36 de la STJUE 4 mayo 2017 (asunto C-339/15 *Vanderboght*).

52 Este extremo se ilustra en los inicios de la plataforma *BlaBlaCar*, que constituía una clara actividad económica para el prestador del servicio, aunque en un primer momento no era retribuido por los usuarios. Asimismo, cabe la posibilidad de que la plataforma no exija retribución por financiarse mediante otras vías, como la publicidad. Para mayor abundamiento, vid. los apartados 40 y ss. de la STJUE 3 diciembre 2020 (asunto C-62/19 *Star Taxi App*), así como los apartados 36 y 38 de las conclusiones del abogado general Sr. SZPUNAR. M., presentadas el 20 de abril de 2019 en el asunto C-390/18 *Airbnb Ireland* (Disponibles en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62018CC0390>)

53 En este sentido, la Directiva (UE) 2015/1535 prevé en su Anexo I apartado primero, una lista de servicios no incluidos en la categoría por no ser prestados a distancia. A modo de ejemplo, la consulta en una tienda de un catálogo electrónico en presencia del cliente, o juegos electrónicos en un salón recreativo en presencia de los clientes. Decir que se trata de una lista indicativa a efectos de ejemplificar los servicios excluidos, pero en ningún caso se trata de una lista cerrada.

54 Respecto este tercer requisito y también respecto el segundo, vid., por analogía, el apartado 47 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 *Airbnb Ireland*).

55 En el caso concreto de la sentencia, el tribunal establece que incluso en los servicios de *pay-per-view* (pago por ver) no se da la interactividad necesaria para entender cumplido el requisito, pues es el prestador del servicio quien selecciona los contenidos que se emiten para todos lo espectadores de igual forma.

clara en el caso de la financiación participativa de crédito, pues presupone tanto la publicación en la plataforma del proyecto presentado por el prestatario como la petición individual de cada prestamista de prestar a un concreto proyecto⁵⁶.

Así pues, y como concluye el Tribunal de Justicia en la STJUE l'Oréal⁵⁷ y otros, la explotación de un mercado electrónico, esto es, de un servicio de internet que consiste en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos, constituye, en principio, un servicio de la sociedad de la información y así también los servicios de financiación participativa. En este sentido, debe entenderse que la calificación de un servicio como servicio de la sociedad de la información responde a la forma en cómo se presta, y no al objeto del servicio en sí mismo⁵⁸.

En consecuencia, en atención únicamente a los servicios principales del art. 51.1 LFFE que prestan las PFP, se podría decir que su objeto es poner en contacto por medios electrónicos a prestatarios y prestamistas con el fin de financiar sus proyectos, beneficiando a ambos de la contratación directa y de la reintermediación del mercado propia de los entornos multilaterales intermediados por las plataformas, que simplemente facilitarían la infraestructura y tecnología para la contratación entre las partes⁵⁹.

B) Las plataformas de financiación participativa, ¿intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?

En este punto, procede señalar que un servicio de intermediación consistente en conectar a prestamistas acreditados o no acreditados con prestatarios que solicitan financiación para sus proyectos constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de financiación que consiste en la propia actividad de financiar el proyecto del prestatario.

Así, un servicio de intermediación que conecta a prestamistas con prestatarios para que establezcan entre sí relaciones de crédito responde, en principio y como se ha expuesto en el apartado anterior, a los criterios para ser calificado de servicio de la sociedad de la información distinto de un servicio de financiación mediante préstamo.

56 Ver también los apartados 23 y 110 de la STJUE 23 marzo 2010 (asunto C-236/08 a C-238/08 Google France y Google).

57 STJUE 12 julio 2011 (asunto C-324/09 l'Oréal).

58 En este sentido, MONTERO PASCUAL, J.J., "El régimen jurídico de las plataformas colaborativas", en MONTERO PASCUAL, J.J., (dir.), *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.89

59 En este sentido pero analizando las plataformas de alojamiento temporal, vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.36 y ss.

Ahora bien, se puede extraer de la jurisprudencia del TJUE⁶⁰ que, si bien un servicio que cumpla con los cuatro requisitos anteriores se incluye, a priori, dentro de la categoría jurídica de servicios de la sociedad de la información y constituye un servicio distinto al servicio subyacente, no será así cuando ese servicio forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea el servicio subyacente al que le corresponda otra calificación jurídica⁶¹.

En el caso de la financiación participativa de crédito, además de los servicios de la sociedad de la información del artículo 51.1 LFFE, las plataformas pueden ofrecer otros servicios auxiliares (art. 51.2 LFFE), por lo que, en determinadas circunstancias cabe plantear si las PFP realizan por hipótesis prestaciones propias de la relación subyacente de crédito y, en consecuencia, si cabe estimar que prestan el servicio subyacente de financiación mediante crédito⁶² o influyen decisivamente en él. En tal caso, deberá valorarse si dicho servicio está sujeto a la libre prestación de servicios de acuerdo con la Directiva 2006/123 relativa a los servicios de mercado interior⁶³, o si por el contrario queda sujeta al régimen jurídico específico del sector, incluyendo los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales, siempre que fueran discriminatorios, necesarios para alcanzar un interés público superior e identificado y proporcionales a dicho interés.

Así pues, se procede a analizar en base a la ya existente y mencionada jurisprudencia del TJUE y los criterios establecidos en la Agenda Europea, el supuesto particular de la financiación participativa de crédito para determinar en qué caso nos encontramos⁶⁴. En dicho análisis existen diversos elementos de hecho y de derecho a los que se debe estar para determinar si la plataforma ejerce sobre el prestador del servicio subyacente un nivel de control o influencia

60 Apartado 49 de la STJUE 3 diciembre 2020 (asunto C-62/19 Star Taxi App); apartado 50 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland); y apartado 40 de la STJUE 20 diciembre 2017 (asunto C-434/15 Elite Taxi).

61 Especialmente relevantes a este respecto resultan los apartados 50 y 51 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland), donde AHTOP (asociación para la defensa del alojamiento y el turismo profesional) reclamaba precisamente que el servicio prestado por Airbnb Ireland debía ser comprendido como un servicio integrante de un servicio global cuyo elemento principal era la prestación del servicio subyacente, es decir, de alojamiento. Todo ello en atención, no solo a la puesta en contacto de las dos partes contratantes, sino también a los servicios adicionales ofrecidos por Airbnb y característicos de la intermediación inmobiliaria.

62 En este sentido, pero en referencia a las plataformas colaborativas en general, la COM(2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, junio de 2016, p.6., distingue dos modelos de negocio dentro de las plataformas digitales. En primer lugar, aquellas que prestan un servicio electrónico considerado servicio de la sociedad de la información y al que le será de aplicación la Directiva 2000/31 junto con la LSSICE, y en segundo lugar, aquellas que prestan el servicio subyacente o intervienen decisivamente en él.

63 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. [DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 36 a 68]

64 Mientras que en el caso del alojamiento, asunto Airbnb Ireland, el TJUE estableció de forma clara que se trata de un servicio de la sociedad de la información y por lo tanto incluido en el primer grupo de plataformas, la conclusión fue la opuesta en el caso del transporte, asunto Elite Taxi, donde se determinó que la plataforma Uber es prestadora del servicio subyacente, lo cual denota la importancia del estudio casuístico en cada supuesto de hecho.

suficiente que lleve a determinar que el servicio de intermediación y el subyacente se encuentran indisolublemente unidos.

Para ello se utilizan dos criterios para apreciar dicha disociación. En primer lugar, que el prestador de servicios de intermediación cree una oferta de servicios, en nuestro caso, de financiación y, en segundo lugar, que la plataforma intermediaria organice su funcionamiento general o influya decisivamente en las condiciones de prestación de dicho servicio de financiación⁶⁵.

Afrontando la primera de las dos cuestiones, el TJUE argumenta que si el mercado ya existía antes de la aparición de la plataforma y, consecuentemente, antes que el servicio de intermediación, es fácil concluir que el servicio subyacente no está vinculado indisolublemente al primero pues difícilmente será imprescindible, por decisiva y útil, la función de la plataforma⁶⁶. Como argumento en contra planteado por la doctrina, se dice que la plataforma sí crea una nueva oferta si esta no existiría de no ser por la misma plataforma o sus posibilidades de mercado serían muy reducidas⁶⁷.

En el caso de la financiación participativa de crédito, parece que el supuesto se acerca más al caso de la plataforma Uber que al de Airbnb. Es difícil concebir el mercado de financiación participativa hoy conocido sin la existencia de las PFP e innegable que antes de la aparición de dichas plataformas el mercado no existía. Sin el mercado generado por las PFP, por un lado, los prestamistas no estarían en disposición de ofrecer financiación y, por otro, los prestatarios no podrían recurrir a esa fuente de financiación que, recuerdo, no es la tradicional proveniente de entidades de crédito. Por lo anterior, en mi opinión, se puede afirmar que las PFP crean el mercado de servicios de financiación participativa.

65 Vid. las CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SZPUNAR, M., presentadas el 30 de abril de 2019, apartados 45 y ss. donde analiza las sentencias de Élite Taxi y Uber France. Asimismo, ver también el ya referido apartado 50 de la sentencia Star Taxi App y VELASCO SAN PEDRO, L.A., "Economía colaborativa", en DE LA CUADRA SALCEDO, T., y PIÑAR MAÑAS, J.L., (dir.), *Sociedad digital y Derecho*, Boletín Oficial del Estado. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, Madrid, 2018, p.644 y ss. así como BUSTILLO SAIZ, M.M., "Plataformas digitales de alojamiento: ¿ofrecen prestaciones constitutivas de servicios de la sociedad de la información o del servicio subyacente de alojamiento?" en MARTINEZ NADAL, A., (dir.), *Plataformas Digitales: Aspectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, p.232 y ss.

66 En este sentido, los apartados 52 a 55 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland) y el fundamento de derecho sexto de la STS 30 diciembre 2020 en relación con Homeway Spain, hoy Vrbo Spain (RO): STS 4484/2020).

67 FERNANDEZ PEREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, cit., p.213-214.; MAYORGA TOLEDANO, M.C., "La intermediación en línea de las plataformas. El caso Airbnb." en GONZÁLEZ CABRERA, I., y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P., *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 62; DICTAMEN DEL COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES, "Un marco europeo de respuestas normativas a la economía colaborativa", 2020/C73/08, DOUE de 10 de marzo de 2020, p.40.; BUSTILLO SAIZ, M.M., "Plataformas digitales de alojamiento", cit., p. 233 -234.

Dicho lo anterior, la creación de una oferta debe entenderse como un indicio de indisociabilidad entre servicios⁶⁸, pero no es suficiente para determinarla. Para ello es necesario plantear la segunda cuestión antes mencionada y analizar si, además, se organiza el funcionamiento de la oferta o se influye decisivamente en las prestaciones del servicio de financiación.

Para ello, debe estarse a los tres criterios clave siguientes⁶⁹:

Precio: Si es la plataforma quien establece el precio del servicio subyacente en el que, en principio, no es parte, puede indicar que es la primera quien presta o influye decisivamente en el segundo. En el caso de Uber, bastó con que la plataforma estableciera el precio máximo por el servicio⁷⁰. En el caso de las PFP este punto parece claro pues es manifiesto que son las mismas quienes imponen el tipo de interés del préstamo.

Condiciones esenciales del contrato subyacente: De igual forma que el precio, si la plataforma establece otros términos y condiciones del contrato subyacente que determinan la relación entre las partes, puede indicar que está prestando el servicio subyacente. Por ejemplo, cuando la plataforma establece instrucciones obligatorias a seguir en la prestación del servicio subyacente. Igual de claro es este punto como el anterior, pues con la excepción de la duración del préstamo y su cuantía, es la PFP quien impone todos los términos y condiciones del contrato aplicable entre las partes.

Propiedad de activos clave: Es relevante también si la plataforma posee los activos clave para la prestación del servicio subyacente. En el caso de la financiación participativa, si entendemos los activos clave para la prestación del servicio subyacente de préstamo en el sentido de medios estructurales o funcionales, los pagos y transferencias de efectivo se realizan, habitualmente, mediante la contratación de una entidad de pagos siempre que la propia PFP no tenga la condición de entidad de pagos híbrida conforme al artículo 52 letra b LFFE que remite a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago y normativa que la desarrolla. En este sentido, si bien no es propietaria de dichas estructuras por prohibición expresa de la LFFE (art. 52) sí que las subcontrata, ordena y controla sus transacciones.

Además de los tres criterios anteriores, según el caso de que se trate, deben tenerse en cuenta otros servicios que también puede desempeñar la plataforma.

68 Apartados 58, 64 y ss. de las CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SZPUNAR, M., presentadas el 30 de abril de 2019.

69 Establecidos por la COM(2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, junio de 2016, p.6 y 7.

70 STJUE 3 diciembre 2020 (asunto C-62/19 Elite Taxi), apartado 39.

En el caso de Uber, el tribunal valora también el control de la plataforma sobre la calidad de los vehículos e idoneidad de los prestadores del servicio de transporte, lo cual, trasladado a la financiación participativa de crédito, puede entenderse como el control de la PFP del tipo de prestamista ante el que se está, si acreditado o no acreditado.

Asimismo, en el caso de Airbnb el TJUE toma en cuenta el hecho de que la plataforma no selecciona los arrendatarios que acceden a ella, lo que creo que sí sucede en las PFP, pues como se ha expuesto, son estas las encargadas en un primer momento de seleccionar los proyectos que se presentan y de determinar si son publicados o no.

Si bien es cierto que, como se ha establecido⁷¹, la oferta de sistemas de calificación o evaluación no constituyen en sí mismos una prueba de influencia significativa, eso sucede en los casos en que son los propios usuarios quienes realizan dicha evaluación entre ellos y no la plataforma. En el caso de las PFP, por el contrario, es la plataforma quien evalúa la viabilidad del proyecto y la solvencia del prestatario, estableciendo un “scoring” y ofreciéndolo a los posibles prestamistas para facilitar su toma de decisiones.

En definitiva y a la vista del análisis anterior, creo que existen sólidos argumentos para acreditar el hecho de que en ciertas circunstancias las PFP organizan el funcionamiento general de los servicios de financiación que se prestan entre usuarios. Por lo anterior, debe entenderse que los servicios prestados por las PFP se encuentran vinculados indisolublemente de los servicios de financiación prestados por los prestamistas en el sentido de que unos no pueden prestarse sin los otros, lo cual afecta a la naturaleza del servicio prestado por las PFP impidiendo que sea calificado de servicio de la sociedad de la información. En consecuencia, entiendo que tanto la Directiva 2000/31 como la LSSICE no son aplicables a la actividad desarrollada por las PFP de crédito y así, que no les aplica la previsión de exclusión de responsabilidad en los supuestos previstos por el artículo 14 de la Directiva 2000/31.

71 COM(2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, junio de 2016, p.7

BIBLIOGRAFÍA

ALGAR, R.: "Collaborative Consumption", *Leisure Report*, abril de 2007, p.8.

BASEL COMMITTEE OF BANKING SUPERVISION: "Basel III: Finalising post-crisis reforms", de diciembre de 2017. Disponible en <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf>.

BELK, R.: "Sharing", *Journal of Consumer Research*, vol.36, 2010, p. 715 a734.

BOTSMAN, R., Y ROGERS, R., *What 's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins, New York, 2010, p. 64 a 80.

BUSTILLO SAIZ, M.M.: "Plataformas digitales de alojamiento:¿ofrecen prestaciones constitutivas de servicios de la sociedad de la información o del servicio subyacente de alojamiento?" en MARTINEZ NADAL, A., (dir.), *Plataformas Digitales: Aspectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 232 y ss.

CAMACHO CLAVIJO, S.: "Las modalidades de financiación participativa o crowdfunding y su distinción respecto las figuras afines: equity-crowdfunding emisión de valores y obligaciones, crowdlending y mecenazgo participativo", en MARTÍNEZ-ECHEVARRIA, A., y PAÑEDA USUNÁRIZ, F., (dirs.), *Las plataformas de financiación participativa -crowdfunding-*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 41.

CAMPUZANO, A.B.: "Las plataformas de financiación participativa", en CUENA CASAS, M., (dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 239.

CARRASCO, A.: "La financiación participativa a través de plataformas de "crowdfunding"", *CESCO*, de 19 de abril de 2014. (Disponible en: www.uclm.ws/centro/cesco)

CAUFFMAN, C.: "The Commission's European agenda for the collaborative economy - (Too) platform and service provider friendly?", *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 7, 2016, p.4.

CUENA CASAS, M., *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea.*, REUS, Zaragoza, 2019, p.22.

DE LAS HERAS BALLELL, T.: "El crowdfunding: una fórmula de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos", *Revista Pensar en Derecho*, nº3, 2013, p.101 y ss.

“La responsabilidad de las plataformas: Alcance, límites y estrategias”, en MORENO SERRANO, E., y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., *Crowdfunding: Aspectos Legales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 369.

“Responsabilidad de las plataformas de financiación participativa”, en CUENA CASAS, M., *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.506.

EVAN, D.S., and SCHMALENSEE, R.: “Matchmakers: The new economics of multisided platforms”, *Harvard Business Review*, Boston, 2016.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 36 y ss.

GANSKY, L., *The Mesh. Why the future of business is changing*, Penguin Group, New York, 2010, p. 72 a 75.

GARCÍA LABARTA, C.: “Presente y futuro del crowdfunding como fuente de financiación de proyectos empresariales”, *Revista Española de Capital Riesgo*, nº1/2014, p. 3 a 19.

GARCÍA-OCHOA MAYOR, D., Y NARVÁEZ BARBA, I.: “Economía colaborativa y financiación”, *Diario la Ley*, nº8807, de 20 de julio de 2016, p. 2.

KRAAKMAN, R. H.: “Gatekeepers: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy”, *2 J.L. Econ.&Org.*, nº1, spring 1986, p. 53 a 104.

LESSIG, L.: “Two Economies: Commercial and Sharing”, en LESSIG, L., *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Bloomsbury Academic, London, 2008. p. 117–176.

MARTINEZ BARREIRO, A.: “La cultura del usar y tirar. ¿Un problema de investigación?”, *RIPS*, vol.II, nº. 4, 2012, p.149-150.

MAUDEZ GUTIERREZ, A., en el prólogo de ALFONSO SÁNCHEZ, R., y VALERO TORRIJOS, J., (dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thompson Reuters, Pamplona, 2016, p. 50.

MAYORGA TOLEDANO , M.C., “La intermediación en línea de las plataformas. El caso Airbnb.” en GONZÁLEZ CABRERA, I., Y RODRÍGUEZ GONZALEZ, M.P., *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 62.

MONTERO PASCUAL, J.J., (dir.), *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 89.

MORENO SERRANO, E., "Configuración jurídica del <<Crowdfunding>> como forma alternativa de financiación", en MORENO SERRANO, E., Y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., (coord.), *Crowdfunding: Aspectos Legales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 37.

NACIONES UNIDAS, "Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible", Johannesburgo, Sudáfrica. Celebrada del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002. (Disponible en: https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/modelos_ni.htm)

PIATTELLI, U., *Il crowdfunding in Italia*, Giappichelli editore, Torino, 2013, p. 16.

PRICE, J.A.: "Sharing: the integration of intimate economic", *Antropológica*, vol. 17, n° 1, 1975, p. 3 a 27.

VELASCO SAN PEDRO, L.A.: "Economía colaborativa", en DE LA CUADRA SALCEDO, T., Y PIÑAR MAÑAS, J.L., (dir.), *Sociedad digital y Derecho*, Boletín Oficial del Estado. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, Madrid, 2018, p. 644 y ss.

VILCHES, A., Y GIL, D., *Construyamos un futuro sostenible. Diálogos de supervivencia*, Cambridge University Press, Madrid, 2003, p.153.

ZIEGLER, T., et.al.: "The Global Covid-19 FinTech rapid assessment report", *Cambridge Center for Alternative Finance*, University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2020, p. 107 a 108.

ZIEGLER, T., et.al., "The 2nd Global Alternative Finance Market Benchmarking Report", *Cambridge Center for Alternative Finance*, University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2021, p. 25-30.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Encuadre sistemático y conceptual de la financiación participativa (crowdfunding)", en CUENA CASAS, M., (dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 40.

