

Matilde CUENA CASAS

Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea¹

Segismundo Álvarez Royo-Villanova
Doctor en Derecho
Notario

Los cambios tecnológicos se suceden a una velocidad cada vez mayor, transformando nuestro mundo y exigiendo por tanto respuestas del Derecho. Esto explica el gran número de obras recientes que tratan temas como la inteligencia artificial, *blockchain*, y el amplio mundo de las Fintech, es decir la prestación de servicios financieros a través de nuevas tecnologías.

Entre estos se encuadra el nuevo libro de la Catedrática de Derecho Civil Matilde CUENA, que trata del llamado *crowdlending*. Siguiendo nuestra Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial (en adelante LFFE) este término podría traducirse como “financiación participativa de préstamos”, pero no lo utilizaré por su longitud pero sobre todo porque el término préstamo participativo se refiere en nuestro derecho a un híbrido entre la financiación ajena y los recursos propios que nada tiene que ver con el préstamo concedido a través de una Plataforma de Financiación Participativa (en adelante PFP) que es lo que aquí se estudia

La obra tiene como primer mérito la profundidad y extensión.

La profundidad viene dada por su propia estructura, que va de lo general a lo particular: la primera parte se inicia con un estudio de la economía colaborativa y dentro de estas pone el foco en las plataformas intermediarias, estudiando primero sus caracteres para terminar con sus efectos que tiene sobre la contratación. En la segunda

¹ CUENA CASAS, Matilde: *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, prólogo de Sergio CÁMARA LAPUENTE, Editorial Reus, Madrid, 2019, 382 pp.

parte nos vamos acercando a nuestro objetivo: se caracteriza el *crowdlending* dentro de las diversas modalidades de financiación participativa, examinando los oportunidades y riesgos del mismo, lo que plantea el problema de si -y en su caso cómo- abordar la regulación del mismo, para pasar después al detallado examen de ésta regulación.

La extensión la da la propia complejidad de la materia, que la autora no rehúye: no basta estudiar la Ley que regula estas plataformas de financiación participativa (en adelante PFP), pues la contratación a través de ellas está afectada por una gran variedad de normas: la normativa de consumidores general (Ley de Condiciones Generales de Contratación y de Consumidores y Usuarios), la específica de crédito al consumo (LCC), la de intermediación en el crédito (Ley 2/2009), la Ley de Servicios de Sociedad de la Información y la de protección de datos (RGPD, LOPDyGDD). La autora, además, no se conforma con el examen de la legislación vigente, sino que tiene en cuenta las importantes iniciativas de regulación en marcha en la Unión Europea, en particular el Borrador de Propuesta de Directiva sobre plataformas en Línea (en adelante BPDPL) y la Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a los proveedores de servicios de financiación (en adelante PSPF).

Otro mérito de la obra es que la exhaustividad, en la profesora CUENA, no está nunca al servicio de un simple afán descriptivo: se pretende además determinar si el sistema jurídico vigente favorece la justicia y la eficiencia. En un momento en que la crisis financiera de 2008 todavía está muy presente y en el que vuelven a aparecer signos que anuncian otra recesión, la pregunta es si este nuevo sistema va a ampliar las posibilidades de financiación de las empresas o simplemente va a ser una nueva forma de facilitar el sobreendeudamiento de los particulares que tantos problemas ha traído. El estudio de la evaluación del riesgo por las plataformas sirve al mismo tiempo a la autora para plantear los defectos de nuestro sistema en general en esta cuestión. Se trata por tanto de un estudio crítico que persigue que nuestro sistema jurídico mejore en beneficio del conjunto de la sociedad, en la línea de lo que propone la Fundación Hay Derecho -de la que la autora es Vicepresidenta- que aparece como coeditora de la obra.

Con ánimo solo de destacar algunas de las cuestiones de particular interés entre las muchas que el lector puede encontrar en el libro, hago un somero recorrido del libro siguiendo el plan de su autora.

La economía colaborativa es sin duda una de las principales novedades en la economía de la última década. Internet y la ubicuidad de los móviles permiten ahora una conexión universal e instantánea entre las personas y la colaboración entre iguales

(peer to peer o P2P) para multitud de actividades. Sin embargo, esa interacción no suele ser directa sino a través de plataformas que facilitan ese contacto, lo que supone la aparición de un tercer sujeto que actúa como intermediario. Los retos jurídicos que plantea esta nueva forma de interacción derivan en buena parte de que la protección de los consumidores estaba pensada para una relación vertical entre proveedor profesional y consumidor, mientras que ahora las relaciones son –en principio– horizontales, con la figura de la plataforma como simple intermediario. Eso lleva a la autora a hablar de la “economía de plataforma” y a plantear la necesidad de una regulación uniforme pues tienen caracteres comunes: constituyen servicios de la sociedad de la información y fomentan transacciones directas entre clientes de las mismas, de forma que varían los roles tradicionales de oferente/empresario y demandante/consumidor, dando lugar incluso a neologismos como el de “prosumidor”. El papel de la plataforma es también complejo, y es necesario determinar si es un simple intermediario o presta el servicio, cuestión que ha sido abordada en el BPDPL y sobre todo por la jurisprudencia tanto española como europea (casos Uber y Blablacar, por ejemplo, que se estudian en la obra). La autora aborda el estudio de su naturaleza jurídica y dedica un sugerente capítulo a explicar por qué la actividad de la PFP se debe encuadrar en el contrato de mediación. Pero esta clasificación no soluciona todos los problemas de regulación, pues ésta “mediación tecnológica” tiene especialidades respecto de los contratos de mediación tradicionales. Aunque considera, como se ha dicho, que la actuación de la PFP no es meramente técnica, sí debe ser neutral e imparcial para no desnaturalizar su condición de mediador.

Otra cuestión de máximo interés es si las plataformas han de ser consideradas prestadores de servicios de sociedad de la información, lo que las exoneraría de responsabilidad por el contenido de la información que aparece en las mismas (art. 16 LSSICE). La autora considera que esta exención solo se justifica cuando el servicio no se presta directamente por la plataforma ni ésta tiene control de los datos que se intercambian en la misma, es decir cuando su actuación sea técnica, automática y pasiva. No será el caso cuando la Plataforma, por ejemplo, cree perfiles de reputación online, que se examinan críticamente en el libro; tampoco cuando organice y clasifique esa información.

En la segunda parte la autora diferencia esta modalidad de *crowdfunding* de las restantes (donación, recompensa e inversión) y destaca su importancia en la práctica, pues es la de mayor volumen y crecimiento en todos los países desarrollados. La PFP de préstamos forma parte del mundo Fintech pues interviene en el crédito, pero no actúa como una entidad financiera: no asume el riesgo de crédito ni tiene en ningún momento el dinero del prestamista en su balance.

La autora reconoce las posibilidades del sistema, pero alerta de sus riesgos: por una parte, porque a menudo concurre la condición de consumidor tanto en el prestamista como en el prestatario, sin que a su juicio la Ley les proteja adecuadamente. Pero sobre todo, porque la evaluación del riesgo plantea problemas: alguno propio del funcionamiento del *crowdlending*, como que la PFP no asuma el riesgo de impago; otros, comunes a todo el sistema financiero español, que es que no existan ficheros positivos de solvencia; y finalmente otros derivados de que el mercado de crédito tradicional y el de las plataformas funcionen en paralelo y sin conexión: ni las PFP tienen acceso a los sistemas de información de impagados ni al CIRBE, ni los préstamos concedidos en estas acceden a su vez a esos ficheros. La consecuencia es que la evaluación de la solvencia es más difícil tanto para las PFP como para las entidades financieras y que el sistema solo parece útil para préstamos de alto riesgo. Esto limita su potencial de favorecer la competencia en el mercado de crédito y aumento el riesgo de sobre endeudamiento.

El legislador puede optar por no regular las PFP, someterlas a la regulación de las entidades financieras o establecer una regulación específica, que es por lo que ha optado nuestro legislador con la LFFE. La parte más extensa de la obra está dedicada al estudio de la regulación sobre la materia, pero como dijimos, no se limita ni mucho menos a esta Ley específica.

La regulación de la LFFE gira en torno a las PFP: les reconoce su carácter de intermediarios del crédito, pero les exonera de algunas obligaciones de la Ley 2/2009. La autora critica la posibilidad que la LFFE les otorga de participar en la financiación – aunque la limite- por suponer un conflicto de intereses y por ser implícitamente una recomendación de inversión, en principio prohibida por la LFFE. Respecto de la naturaleza de la relación con promotores (es decir, prestatarios) e inversores (prestamistas), considera que encaja dentro de la mediación, sin que el hecho de que se otorgue poder a la PFP para formalizar el contrato desnaturalice la relación dado que se trata de un poder sin mandato, limitado a la formalización.

Aparte de regular los requisitos que las plataformas deben cumplir para operar (autorización, capital, garantías) y sus normas de funcionamiento, la LFFE también trata de proteger al prestamista (llamado incorrectamente inversor). La autora critica con razón que el régimen sea prácticamente idéntico al de quien invierte en participaciones o acciones de la sociedad promotora (*crowdinvesting*), pues el perfil de riesgo es distinto y distinta es también la regulación aplicable fuera del ámbito de la LFFE. También critica que la única protección del prestamista-inversor sea limitando sea limitar el importe invertido, olvidando una mejor evaluación del riesgo y una mayor

transparencia, abocando al crowdlending a ser solo un mercado para los préstamos de alto riesgo.

El art. 85 de la LFFE dice que se aplican a la relación de la PFP con inversores y usuarios las normas de protección del consumidor. La autora entiende que de esta forma la Ley quiere extender esa protección a todos los usuarios al margen de su carácter de consumidor, como revela el que en otros artículos se exija esa condición para la aplicación de determinadas protecciones. Este tema se retoma después para analizar hasta qué punto se aplican todas las normas de la Ley 2/2009 sobre intermediarios de crédito o si cabe hace alguna exclusión adicional a las que prevé la LFFE, que parece necesaria por la propia naturaleza de las relaciones.

En cuanto a la responsabilidad de las PFP, la LFFE parece excluirla para caso de impago. Sin embargo, la autora señala que de las reglas generales del Derecho Civil puede derivarse una obligación de resarcir los daños causados en caso de que se hayan incumplido las obligaciones legales. Por ejemplo, la selección de proyectos implica comprobar que los proyectos cumplen con los requisitos que impone la Ley y la falta de esos requisitos puede dar lugar a una responsabilidad de la PFP por incumplimiento de contrato. Otros incumplimientos de la Ley pueden dar lugar a la nulidad del contrato entre la PFP y los usuarios, aunque en principio no a la de los contratos entre estos. Sin embargo, esta nulidad sí podrá derivarse de la falsedad de la información que da el promotor, que según la LFFE es el único responsable de ésta. Sin poder detallar todas las cuestiones que suscitan las relaciones triangulares PFP/inversor/promotor, es especialmente interesante la discusión sobre la aplicación de la normativa sobre Condiciones Generales de la Contratación a las cláusulas establecidas por la PFP: en este caso el predisponente (la PFP) no es parte en el contrato, pero la autora la entiende aplicable con sólidos argumentos. La condición de consumidor en la relación inversor-promotor es difícil y la autora estudia todas las posibles situaciones en que se pueden encontrar en función de si actúan o no de manera profesional. La cuestión es crucial pues de cómo se califiquen las partes dependerá la aplicación de la normativa de consumo, pero también la calificación del préstamo como mercantil o civil.

El servicio auxiliar de clasificación del crédito por la PFP es en la práctica especialmente importante, pues dado que la información de solvencia la aporta el promotor, es la única información “independiente” de la que dispone el inversor. La autora censura que las PFP evalúen el riesgo sin soportar el riesgo de impago, pero sobre todo la inevitable falta de calidad de esta evaluación dado que no existe acceso a ficheros positivos de solvencia, posibilidad que la autora (probablemente la mayor experta nacional en esta materia) defiende.

Una de las partes más sugerentes de la obra es la del examen de la utilización de otras fuentes de información para la evaluación de la solvencia, en particular la aplicación de algoritmos a la información recogida por los proveedores de servicios de internet para crear perfiles de riesgo. Se examina con detalle la regulación de protección de datos para llegar a la conclusión de que solo con un consentimiento expreso y con la debida transparencia acerca de su recogida y finalidad de tratamiento sería admisible la utilización de dicha información.

El examen de la regulación de los conflictos de interés lleva a la autora a proponer la prohibición de inversión en los proyectos por parte de la PFP. Otra reforma necesaria es la de que las PFP publiquen sus datos de morosidad e incumplimiento, pues solo de esa manera los inversores podrán hacerse una idea del riesgo real que corren.

La conclusión es que la regulación existente no favorece el desarrollo de esta forma de financiación. La falta de evaluación fiable de la solvencia dará lugar a un mercado de crédito ineficiente y poco transparente, lo que dará malos resultados tanto desde el punto de vista de la justicia como de la economía. En el plano de la equidad, los inversores estarán poco protegidos y los promotores/prestatarios correrán más riesgo de sobre endeudarse. En el plano económico, el sistema quedará reducido a los préstamos de alto riesgo y se perderán oportunidades de financiación para deudores más solventes, de forma que no existirá mayor competencia en este sector; además el sobre endeudamiento de particulares tiene efectos negativos sobre la economía en general, y a pesar que las PFP no actúan como entidades financieras, la creciente participación de inversores institucionales en las mismas podría llegar a crear cierto riesgo sistémico. Esto no significa que la autora abogue por abandonar o paralizar el sistema: más bien se trata de reformar su regulación en el sentido de dar mejores medios para la evaluación de la solvencia a las PFP y el tiempo exigirles mayor responsabilidad y transparencia, tanto respecto de esa evaluación como en relación a los resultados generales para los inversores.

Se trata, para concluir, de un libro imprescindible para cualquiera que tenga interés en el crowdfunding como en las Fintech en general. No obstante, va más allá de estas materias, pues constituye también un examen de las múltiples implicaciones jurídicas de la “economía de plataforma”, a través de estudio exhaustivo de la normativa y de la doctrina patria e internacional, que se acompaña de una bibliografía completísima y unas notas extensas que permiten dar contexto a las opiniones de la autora. Se agradece la valentía de contemplar el objeto del estudio por todas sus caras, desde las más evidentes, como la normativa específica, a otras más complejas como el Derecho de Consumidores, hasta las –al menos para mí– oscuras, como la normativa de protección de datos. La autora demuestra que desde la sólida base del Derecho Civil y

sin miedo a lo novedoso –ni, sobre todo, al esfuerzo- no hay ámbito del Derecho que sea demasiado complejo para arrojar luz sobre él. Pero no es valentía lo que le falta a la autora, ni para adentrarse en el complejo mundo de las Fintech, ni para criticar los defectos del sistema.

Fecha de recepción: 17.12.2019

Fecha de aceptación: 22.12.2019