

El “crowdfunding”, o financiamiento colectivo por la web, frente al nuevo código civil

*Eduardo M. Favier Dubois*³⁵² y *Lucía Spagnolo*³⁵³

Sumario

1.- El “crowdfunding” como sistema de captación de fondos masivos por internet para nuevos proyectos con finalidades benéficas, de apoyo a emprendedores, de préstamo o de inversión de riesgo, debe ser apoyado y fomentado como modo de financiación a bajo costo.

2.- Conforme con el nuevo Código Civil y Comercial, la celebración de contratos por la web tiene pleno valor legal, lo que incluye al “crowdfunding”.

3.- Cuando los créditos de los participantes como aportantes en un “crowdfunding” de inversión queden incluidos en los conceptos de “valores negociables” o de “títulos valores” corresponderá la intervención, reglamentación y control de la Comisión Nacional de Valores en los términos de la ley 26.831.

4.- En el nuevo Código Civil y Comercial es posible instrumentar un “crowdfunding” de inversión sin acudir a una estructura societaria mediante la instrumentación de “contratos asociativos de participación” (art. 1442), “negocios en participación” (art. 1448) o “mutuos participativos” (art. 1531).

5.- En todos los casos se tratará de “contratos de adhesión a cláusulas predispuestas” (art. 984) que exigirán la imposición de controles y requisitos a las plataformas web respectivas en protección de los aportantes por parte de la autoridad correspondiente.

³⁵² Libertad 567, piso 9º, CABA, cod. C1012AAK, Tel. 011-43820973, Mail emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com

³⁵³ Libertad 567, piso 9º, CABA, cod C1012AAK, Tel. 011-43820973, Mail: lspagnolo@favierduboisspagnolo.com

II- Fundamentos

1.- El “Crowdfunding”

1.1.- Conceptos y antecedentes

El “crowdfunding”³⁵⁴ puede conceptualizarse como un sistema de cooperación colectiva, llevado a cabo por muchas personas por medio de una red, generalmente por internet, para brindar dinero u otros recursos para financiar esfuerzos e iniciativas de emprendedores o de organizaciones que los requieren.

La financiación masiva apareció en el entorno artístico, y así nació en Estados Unidos- Kickstarter, una plataforma web para financiar proyectos creativos. Posteriormente, frente al éxito de sus creaciones y también al trabajo que eso conllevaba, empezaron a pedir donaciones y la respuesta fue de nuevo mayor de la esperada.

En ese momento, entre los creadores (que requerían de financiación) y los usuarios (que demandaban proyectos creativos y pagaban por ellos) nacia el “crowdfunding” la financiación colectiva, como una nueva opción para financiar, en un primer momento, proyecto creativos.

Un trabajo de investigación del Banco Mundial publicado en el año 2013 describe genéricamente al financiamiento colectivo como “una manera que ofrece internet para que las empresas u otras organizaciones reúnan dinero en forma de donaciones o inversiones realizadas por múltiples personas particulares”, agregando: (i) que “esta manera de formación de capital surge organizadamente a comienzos de la crisis financiera de 2008, en gran medida a raíz de las dificultades para captar fondos que enfrentaban artesanos, emprendedores y empresas en sus etapas de inicio”, (ii) que “en menos de una década, el financiamiento colectivo ha ganado tracción en una serie de economías que incluyen a Australia, el Reino Unido, los Países Bajos, Italia y EEUU y (iii) que “Este excitante fenómeno se está esparciendo en todos los países desarrollados y actualmente capta un interés considerable en aquellos en vías de desarrollo también”⁽³⁵⁵⁾.

Los pasos para que funcione el “crowdfunding” son:

³⁵⁴ Término del inglés que traducido sería “crowd” como multitud o grupo y “funding” como financiación.

³⁵⁵ Crowdfunding’s Potential for the Developing World, 2013, InfoDev, Finance and Private Sector Development Department, Washington, DC, World Bank

- Se construye o utiliza alguna de las plataformas específicas en la web para recibir ideas y proyectos de creadores y las opiniones y fondos de los aportantes.

- El emprendedor (creativo) envía el proyecto a esa plataforma indicando descripción, cantidad de dinero necesaria, tiempo de recaudación, recompensas, retornos, etc.

- Algunos se valoran de forma comunitaria, otros los valora la propia plataforma web

- Se publica el proyecto por un tiempo determinado de 30/120 días.

- Se promociona lo máximo posible.

- Vencido el plazo, se determina si el proyecto resulta financiado o no y se cierra.

1.2.- Clases

El sistema de “crowdfunding” permite diferenciar diversas clases conforme con sus objetivos y contraprestaciones:

A.- Recompensas;

1. El creador publica en una de las plataformas específicas toda la información del proyecto, su meta y los objetivos de la financiación.

2. A las aportaciones que hace el público pueden corresponder diferentes “recompensas”: desde un mínimo aporte (por ejemplo, diez pesos, un dólar o un euro) al que corresponde un “muchas gracias”, pasando por aportaciones medias que le reportan al donante ser nombrado por ejemplo en los créditos del proyecto artístico financiado o recibir algún obsequio, hasta un nivel de mecenazgo más importante que se puede recompensar con cosas más exclusivas, como una cena con los creadores, una edición exclusiva u obra original, etc.

3. Sólo si se reúne el total del dinero solicitado, en ese momento se le descuenta a cada donante el importe de la tarjeta de crédito, y el creador recibe el dinero y cumple con las recompensas.

4. Si no se reúne el total del dinero, el proyecto se pospone o se cancela, y los fondos no son asignados al proyecto y por tanto tampoco se cargan sobre las cuentas de los donantes.

En muchos sentidos, lo que llama la atención es el hecho de que determinados proyectos sean capaces, gracias a una plataforma de “crowdfunding”, de alcanzar una visibilidad más elevada y de convencer a un número elevado de personas para que “pre-compren” el producto, financiando así a la compañía mediante unas donaciones no exentas de un cierto nivel de riesgo, pero

que ponen el dinero en manos de los emprendedores precisamente cuando más falta les hace.

El modelo basado en recompensa parece tener fuerza en América Latina con ejemplos ilustrativos en industrias creativas (Argentina en el mundo editorial y Brasil en el campo musical) aunque con interesantes opciones para el equity en empresas tecnológicas (el caso de Chile) o proyectos de carácter social (México).

B.- Donaciones

Se refiere a proyectos relacionados con el tercer sector (voluntariado, sin ánimo de lucro, ONGs, etc.) o para la integración, la solidaridad y el desarrollo de comunidades, o la especialización de determinadas plataformas en proyectos que poseen unas características determinadas.

Otros ejemplos son los de requerir fondos para campañas electorales, o para salvar un club de barrio de la quiebra.

C.- Préstamos

Se trata de superar los altos costos de los sistemas de financiamiento bancario y de mercado de capitales.

1.- Los emprendedores disponen de una alternativa para financiar sus proyectos con la suma de aportaciones individuales.

2.- Los ahorristas particulares (aquellas personas que aportan o prestan dinero) tienen la oportunidad de ayudar a proyectos concretos, conocer a las personas que hay detrás y ganar más dinero que el que les puede ofrecer cualquier banco, ayudando a personas con talento e ilusión a construir un tejido empresarial.

3.- Las tasas de interés son “éticas”, o sea más bajas que las del mercado.

D.- Inversiones

1.- La plataforma de “crowdfunding” capta capital en modo “crowdinvesting”.

2.- Cada uno de los grandes y pequeños inversores que invierten en los proyectos seleccionados y mostrados en su sitio web compran derechos sobre participaciones en la empresa de captación de capital y adquieren los derechos de uso y disfrute que la ley les otorga, entre ellos los de percepción de dividendos y/o los de transmisión de sus derechos (realizando la plusvalía del valor por revalorización).

3.- La plataforma de Crowdfunding está segmentado por niveles de acceso de confidencialidad progresiva.

En el nivel más alto y menos confidencial se muestran proyectos agrupados por áreas.

Para acceder a información más detallada y confidencial de un proyecto, el usuario deberá formalizar compromisos sucesivos de confidencialidad legalmente vinculantes independientemente de que decida invertir o no en él.

4.- Estos compromisos son específicos para cada proyecto y por tanto:

- El usuario interesado podrá decidir qué nivel de detalle y confidencialidad le da acceso a la información que necesita de cada proyecto.

- Un mismo usuario puede tener diferentes niveles de acceso en diferentes proyectos.

5.- Al último nivel sólo pueden acceder los usuarios que han invertido en el proyecto y se han convertido en acto notarial en socios de la sociedad que capta capital para el proyecto.

6.-La inversión puede hacerse on-line (por ejemplo, mediante Pay Pal o similar) u off-line (por ejemplo, por transferencia bancaria o ingreso en metálico).

Es el denominado “equity crowdfunding” que permite invertir en acciones o en deuda subordinada de las compañías, el que ha tardado algo más en popularizarse, en gran medida debido al hecho de que en el país que más interviene en la popularización de este tipo de fenómenos, los Estados Unidos, son opciones que no están disponibles aún.

1.3.- Ventajas del sistema

Se señalan las siguientes:

1. En primer lugar, la mayoría de iniciativas de “crowdfunding” no se plantean como un préstamo (aunque existe esa posibilidad), por lo que ya no hace falta endeudarse con un banco, con los riesgos que esto implica. Simplemente, se recibe financiación de personas que confían en el proyecto y que a cambio reciben una recompensa de algún tipo. Personas a las que hay que mantener informadas del desarrollo del proyecto y a las que se recompensará con lo que se haya establecido.

2. En segundo lugar, permite calibrar la aceptación de un producto o servicio y recibir feedback. Una campaña de “crowdfunding” donde la multitud participa, implica que el proyecto que se trata de financiar tiene buena

acogida. Si un gastronómico trata de obtener financiación para desarrollar una aplicación móvil de reserva de mesas en su restaurante, y no obtiene ni un peso (o muy poco), ya sabe que eso no es lo que los clientes, o posibles clientes, quieren.

3. En tercer lugar, se minimiza el riesgo. Si el proyecto no sale adelante, no se pierde nada (excepto el tiempo invertido). Relacionado con la ventaja anterior, no es lo mismo invertir dinero en una aplicación que después no tenga éxito, que ni siquiera empieza, a desarrollarla costosamente para que luego a los clientes no les resulte interesante o útil.

4. Por último, las personas que lo financien se convertirán seguramente en fieles defensores y promotores del proyecto, con la consiguiente difusión. A este punto se puede llegar siempre que se logre involucrar a la multitud, que sientan el proyecto como propio. Además, estas personas pasarán a formar parte de la comunidad de usuarios de la empresa que lance la iniciativa de “crowdfunding”.

2.- El “Crowdfunding” frente al sistema jurídico

2.1.- La contratación por la web

El nuevo Código admite expresamente y fomenta la contratación por vías informáticas y digitales, tal como es la del “crowdfunding”, donde se destacan los siguientes instrumentos:

a) FIRMA DIGITAL: Ratifica el valor de la firma digital (art. 288) y de los instrumentos particulares no firmados (art. 287).

b) CONTABILIDAD DIGITAL Y DOCUMENTACION DIGITAL: Permite –autorización mediante- la contabilidad informática y la emisión y conservación de toda la documentación comercial en soportes digitalizados (art. 329 inc. b), reduciendo riesgos y costos de conservación.

c) ASAMBLEAS: Admite las asambleas a distancia: en toda clase de personas jurídicas privadas (art.158),

d) TITULOS VALORES INFORMÁTICOS: Reglamenta la conversión de títulos valores de papel en títulos informáticos (art. 1836), la directa emisión de éstos últimos y el modo de llevar sus registros (arts. 1850, 1876 y cc).

2.2.- La regulación del “Crowdfunding”

Al tratarse de un sistema novedoso no existe en nuestro país regulación jurídica específica que determine un régimen sobre los derechos y obligaciones de las partes, como así sobre la protección de los inversores y prestamistas.

En tal sentido, se plantea la cuestión de si un “crowdfunding” relativo a una inversión o a un préstamo no estaría encuadrado en la ley de mercado de capitales en tanto “oferta pública de valores negociables”, como así, si no se trata de otro caso de consumidor financiero al que hay que proteger.

En tal sentido, deben destacarse los aportes de Martín Paolantonio proponiendo que la Comisión Nacional de Valores dicte normas de control de las plataformas, como así la exigencia de información, la fijación de los límites de inversión por individuo en términos absolutos y relativos a su ingreso anual, y, en los casos del “equity crowdfunding” algunas pautas de gobierno corporativo que tutelen la situación de los accionistas minoritarios luego de la inversión ante la ausencia de un mercado secundario³⁵⁶.

Por nuestra parte adherimos plenamente a dicha postura.

Sin perjuicio de ello, entendemos que la inversión o el préstamo podrían alternativamente canalizarse por instrumentos distintos al de los “valores negociables” o “títulos valores” previstos por la ley 26.831, teniendo en cuenta que los créditos de los aportantes podrían no ser negociables.

Al respecto, encontramos en el nuevo Código Civil y Comercial dos herramientas de gran utilidad.

Por un lado, la de los “contratos asociativos” que tengan por objeto la “participación” con “comunidad de fin” que no son sociedades, ni personas jurídicas ni sujetos de derecho (art. 1442).

Los mismos podrán adoptar el tipo del “negocio de participación” (arts. 1448 a 1452) o formalizarse fuera de ese tipo, acudiendo a la libertad contractual que resulta de ese Capítulo, en particular en materia de formas (art. 1444), libertad de contenidos (art. 1446) y plenos efectos entre las partes (art. 1447).

La otra herramienta consiste en la modalidad de mutuo prevista por el art. 1531 inc. b del CCCN que establece que se aplican las reglas del contrato de mutuo cuando “el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital solo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario”.

Vale decir que las inversiones de riesgo del “crowdfunding” podrían canalizarse, sin acudir a una estructura societaria emitiendo acciones, por medio de contratos asociativos de participación y de préstamos a riesgo.

³⁵⁶ PAOLANTONIO, Marín E, Introducción a la financiación colectiva (Crowdfunding) en el mercado de capitales, Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 2, Abril 2014, p. 287 y ss.

Sin perjuicio de ello, debe considerarse que el “crowdfunding”, por su forma de contratación, siempre encuadrará dentro de los “contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” del art. 984, donde se prevé expresamente la contratación informática (art. 985 in fine), con sus requisitos de contener cláusulas comprensibles y autosuficientes (art. 985), interpretación contra el predisponente (art. 987), cláusulas abusivas que se tienen por no escritas (art. 988) y control judicial en todos los casos (art. 989).

En todos los casos, la señalada calidad de “contratos de adhesión a cláusulas predispuestas” exigirán la imposición de controles y requisitos a las plataformas web respectivas en protección de los adherentes, sea a cargo de la Comisión Nacional de Valores o, en caso de no ser “valores negociables” por la autoridad tutelar de la Defensa del Consumidor financiero.