

REJIE NUEVA ÉPOCA

Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Nº19 - Enero 2019



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Málaga

Presentación al núm. 19

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

INNOVACIÓN EDUCATIVA Y METODOLOGÍAS DOCENTES

Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿Desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos?

DAVID CARRIZO AGUADO Y M^a NIEVES ALONSO GARCÍA

El cine y la prensa escrita como medios de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal

RUBEN LÓPEZ PICÓ

INVESTIGACIÓN SUSTANTIVA

Globalización y crisis económica en la economía social: algunas cuestiones tributarias

IGNACIO CRUZ PADIAL

Sexual harassment in the workplace. A practitioner's reflections on the current reviews in the United Kingdom post #metoo

SHELAHG MCKENZIE

Encadenamiento de contratos y responsabilidad empresarial

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

Las dificultades de la Administración Concursal en los concursos de entidades deportivas

CÉSAR GILO GÓMEZ

RESEÑAS

SOTO MOYA, M. M., *Tributación del Crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 321 pp., por GUILLERMO SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (Dir.), *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, 406 pp., por ADRIANA ANTÚNEZ SÁNCHEZ

GARRIDO GÓMEZ, Ma.I., *El soft law como fuente del derecho extranacional*, Dykinson, Madrid, 2017, 236 pp., por PEDRO ANÍBAL DELGADO RODRÍGUEZ

La REJIE pretende abrir a nivel nacional e internacional “un espacio virtual” en el que cualquier profesor universitario pueda plasmar sus reflexiones sobre la actividad docente en Ciencias Jurídicas, ya sea con trabajos de investigación sustantiva o con propuestas de innovación educativa.

Se trata especialmente de contribuir a la implantación y desarrollo del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) desde la investigación y la experiencia práctica del profesorado, exponiéndola al conocimiento general de forma fácil y accesible.

No obstante la revista se encuentra abierta a la participación de profesores universitarios iberoamericanos y de otros continentes que deseen reflexionar sobre la docencia y la investigación en Ciencias Jurídicas (sobre la metodología docente, la necesidad de renovación o cambio, problemas actuales, etc.).

Prueba de la apertura de la revista al exterior es que junto al Comité Científico Nacional, cuenta con un Comité Científico Internacional formado por profesores de Bulgaria, Canadá, Chile, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Hungría, Italia, Polonia y Portugal.

Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de la exclusiva responsabilidad de los autores

Directora

Isabel González Ríos
isa_gonzalez@uma.es

Subdirectora Académica

Carmen María Ávila Rodríguez
cmavila@uma.es

Secretaria Académica

María del Pilar Castro López
mdcastro@uma.es

Promotor

Grupo de innovación docente
PIE 017/08.UMA

Editor

Universidad de Málaga

ISSN

1989-8754

www.revistas.uma.es/index.php/rejie

REJIE NUEVA
ÉPOCA
Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Número 19
Enero 2019

La Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, nueva época (REJIE nueva época) se encuentra indizada en el catálogo de revistas Latindex, Dice, Isoc e IdeasRePec.

Directora: Isabel González Ríos (*Universidad de Málaga*)

Subdirectora académica: Carmen María Ávila Rodríguez (*Universidad de Málaga*)

Secretaria académica: María del Pilar Castro López (*Universidad de Málaga*)

Consejo de redacción

JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga

CARMEN M^a ÁVILA RODRÍGUEZ, Universidad de Málaga; JUAN MANUEL AYLLÓN DÍAZ GONZÁLEZ, Universidad de Málaga; PATRICIA BENAVIDES VELASCO, Universidad de Málaga; ROCÍO CARO GÁNDARA, Universidad de Málaga; BELÉN CASADO CASADO, Universidad de Málaga; M^a DEL PILAR CASTRO LÓPEZ, Universidad de Málaga; ELISA GARCÍA LUQUE, Universidad de Málaga; M^a ENCARNACIÓN GÓMEZ ROJO, Universidad de Málaga; ISABEL GONZÁLEZ RÍOS, Universidad de Málaga; MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOCHEA, Universidad de Málaga; M^a ÁNGELES LIÑÁN GARCÍA, Universidad de Málaga; MABEL LÓPEZ GARCÍA, Universidad de Málaga; M^a BELÉN MALAVÉ OSUNA, Universidad de Málaga; ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, Universidad de Málaga; JOSÉ M^a SOUVIRÓN MORENILLA, Universidad de Málaga; DIEGO J. VERA JURADO, Universidad de Málaga; PATRICIA ZAMBRANA MORAL, Universidad de Málaga; M^a REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ, Universidad de Málaga.

Comité científico

Comité científico nacional

JOSE CALVO GONZÁLEZ, Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga; ANA CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga; JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga; JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO, Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Málaga; JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide; ROSA QUESADA SEGURA, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga; ÁNGEL RODRÍGUEZ VERGARA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga; ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga; JOSÉ M^a SOUVIRON MORENILLA, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga. ÁNGEL VALENCIA SAIZ, Catedrático de Ciencia Política, Universidad de Málaga.

Comité científico internacional

MACIEJ BARCZEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Gdansk (Polonia); CARLOS JUSTO BRUZÓN VILTRES, Profesor Asistente del Departamento de Derecho, Universidad de Grama (Cuba); VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS, Catedrática de Derecho Público, Universidad Paris X-Nanterre (Francia); PAULO FERREIRA DA CUNHA, Catedrático y Director del Instituto Jurídico Interdisciplinar de la Facultad de Derecho, Universidad de Oporto (Portugal); ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Profesor Emérito, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso (Chile); GABOR HAMZA, Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Romano, Universidad Eötrös Loránd, Budapest (Hungría); KAZIMIERZ LANKOSZ, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Jagellónica, Cracovia (Polonia); BJARNE MELKEVIK, Catedrático de Metodología Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Laval, Québec (Canadá); HENRI R. PALLARD, Catedrático de Filosofía y Teoría del Medio, Universidad Laurentiana, Sudbury, Ontario (Canadá); LUCIO PEGORARO, Catedrático de Derecho Comparado, Universidad de Bolonia (Italia); GEORGE PENCHEV, Catedrático de Derecho Administrativo y del Medio Ambiente, Universidad de Plovdiv (Bulgaria); HARRY E. VANDEN, Catedrático de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, University of South Florida, Tampa, (Estados Unidos); TADEUSZ WASILEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Administración, Nicholaus Copernicus University, Torun (Polonia).

Sumario

Presentación al núm. 19 CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ	9
 INNOVACIÓN EDUCATIVA Y METODOLOGÍAS DOCENTES	
Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿Desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos? DAVID CARRIZO AGUADO y M ^a NIEVES ALONSO GARCÍA	11
El cine y la prensa escrita como medios de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal RUBÉN LÓPEZ PICÓ	25
 INVESTIGACIÓN SUSTANTIVA	
Globalización y crisis económica en la economía social: algunas cuestiones tributarias IGNACIO CRUZ PADIAL.....	39
Sexual harassment in the workplace. A practitioner's reflections on the current reviews in the United Kingdom post #metoo SHELAGH McKENZIE	69
Encadenamiento de contratos y responsabilidad empresarial MIGUEL ÁNGEL GOMÉZ SALADO	87
Las dificultades de la Administración Concursal en los concursos de entidades deportivas CÉSAR GILO GOMÉZ.....	101
 RESEÑAS	
SOTO MOYA, M. M., <i>Tributación del Crownfunding</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 321 pp. por GUILLERMO SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO	115
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., (Dir.), <i>Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro</i> , Marcial Pons, Barcelona. 2018, 406 pp. por ADRIANA ANTÚNEZ SÁNCHEZ.....	119
GARRIDO GÓMEZ, Ma. I., <i>El soft law como fuente del derecho extranacional</i> , Dykinson, Madrid, 2017, 236 pp. por PEDRO ANÍBAL DELGADO RODRÍGUEZ	121

PRESENTACIÓN AL NÚMERO 19

Tenemos el placer de presentarles el N° 19 de la REJIE, Nueva época. En el primer bloque sobre Innovación docente se incluyen dos artículos de profesores de la Universidad de León, la Universidad Isabel I y la Universidad de Granada. En el segundo bloque, dedicado a la investigación sustantiva, se incluyen cuatro artículos de profesores de Derecho Financiero y Tributario, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Derecho Mercantil de las Universidades de Málaga y Salamanca.

El primer artículo sobre innovación docente se ha realizado por David Carrizo Aguado, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León, y M^a Nieves Alonso García, Profesora doctora de Derecho Constitucional de la Universidad Isabel I. Este artículo lleva por título “Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales ¿desencuentro con el Reglamento europeo de protección de datos?”. En él se analiza, de forma clara y muy práctica, el conflicto entre el intenso y normalizado uso de las TICs en la práctica docente del Derecho y el derecho a la protección de datos de carácter personal previsto constitucionalmente y reforzado tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El estudio aborda especialmente la inclusión del Google Calendar como nueva aplicación tecnológica en la planificación docente, la relevancia de los principios de transparencia y limitación del plazo de conservación de los sistemas de evaluación y la publicación de las notas como supuesto de cesión o comunicación de datos. El segundo artículo, que cierra el bloque dedicado a la innovación educativa, lo ha elaborado Rubén López Pico, Becario de Formación Interna en Derecho Procesal de la Universidad de Granada y lleva por título “El cine y la prensa escrita como medios de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal”. El autor presenta en su estudio cómo se puede sustituir el enfoque tradicionalmente atribuido a la docencia práctica, consistente en la resolución por los estudiantes de una serie de supuestos prácticos y en la contestación escrita a las cuestiones planteadas por el profesorado mediante el uso de la legislación, jurisprudencia y bibliografía, por una dinámica basada en la utilización del cine y de la prensa escrita como medios e instrumentos docentes, prácticos e innovadores en la enseñanza y el aprendizaje -respectivamente- del Derecho Procesal. Para ello concreta en su artículo tanto los recursos específicos como la secuencia metodológica a emplear.

El bloque dedicado a la investigación sustantiva se abre con el artículo de Ignacio Cruz Padiá, Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Málaga, cuyo título es “Globalización y crisis económica en la economía social: algunas cuestiones tributarias”. En su estudio el autor, en primer lugar, hace referencia a las nuevas formas de financiación (crowdfunding, business angels, microcrédito...) que se han generado en los últimos años y analiza en qué medida pueden considerarse como apropiadas para los entes de economía social en el marco del proceso de crisis económica sufrido. En segundo lugar, el autor se refiere a las implicaciones que está ocasionando la economía digital y por ello estudia en qué medida los entes de economía social pueden adaptarse a esta nueva forma de actividad económica, abordando especialmente el supuesto de las cooperativas, por considerar que, junto a las sociedades anónimas laborales, son las que pueden desarrollar una actividad más en la línea o filosofía

de lo que son empresas de capital. El segundo de los artículos de investigación sustantiva ha sido realizado por Shelagh Anne McKenzie, profesora visitante de la Universidad de Málaga del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Su artículo se titula “Sexual Harassment in the Workplace. A Practitioner’s Reflections on the Current Reviews in the United Kingdom post #MeToo”. En él la autora analiza algunos de los debates que se están produciendo actualmente en el Reino Unido sobre el acoso sexual en el entorno laboral tras las denuncias que empezaron a publicarse en prensa en el año 2017 sobre acoso sexual en la industria del entretenimiento. A raíz de estas denuncias y las que les siguieron en otras industrias, la autora examina como el movimiento #MeToo y el Proyecto “Everyday Sexism”, han puesto de relieve hasta qué punto el sexismo, los comentarios y comportamientos sexistas continúan existiendo a día de hoy en la sociedad británica. Del mismo modo la autora estudia los informes que distintas instituciones británicas (the Equality and Human Rights Commission y the Women and Equalities Committee of the House of Commons) han publicado en 2018 sobre el acoso sexual en el entorno laboral en el Reino Unido y cómo estos informes han propuesto reforzar y cambiar las leyes laborales. El tercer artículo lo ha realizado Miguel Ángel Gómez Salado, personal Investigador en Formación FPU del Ministerio de Educación y Formación Profesional, del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la Universidad de Málaga. Su estudio lleva por título “Encadenamiento de contratas y responsabilidad empresarial” y en él, el autor analiza las repercusiones que en la gestión y dinámica de las relaciones laborales tiene el encadenamiento de contratas, centrándose concretamente en dos cuestiones: la extensión de la responsabilidad empresarial, y la existencia o no de límites en la cadena de contratas. Finalmente, el artículo de cierre del bloque de investigación sustantiva es el realizado por Cesar Giló Gómez, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca y Abogado en ejercicio. Su estudio lleva por título “Las dificultades de la Administración concursal en los concursos de entidades deportivas” y en él se analizan el especial mandato que se encomienda a la Administración concursal cuando la actividad del concursado es la participación en competiciones deportivas. Además el autor, tomando como referencia los precedentes judiciales existentes, examina las decisiones que la Administración Concursal debe adoptar para garantizar la continuidad de la actividad de la entidad, con todas las implicaciones que ello conlleva en cuanto a la necesaria intervención de los poderes públicos y la masa social propia del club en los acuerdos que puedan alcanzarse.

El número se cierra con tres reseñas. La primera de ellas es realizada por Guillermo Sánchez-Archidona sobre el libro *Tributación del Crowdfunding*, cuya autora es María del Mar Soto Moya, profesora de la Universidad de Málaga. La segunda reseña es realizada por Adriana Antúnez Sánchez sobre el libro *Sanidad Transfronteriza y Libertad de Circulación*, dirigido por la profesora Elsa Marina Álvarez González de la Universidad de Málaga. Y la tercera reseña es realizada por Pedro Aníbal Delgado Rodríguez sobre el libro *El soft law como fuente del derecho extranacional*, cuya autora es la profesora María Isabel Garrido Gómez de la Universidad de Alcalá.

Esperamos que la Revista siga resultado útil como foro para compartir experiencias de innovación educativa y para tener conocimiento y estar al día de cuestiones actuales y bibliografía reciente en cualquier campo de las disciplinas jurídicas.

Carmen María Ávila Rodríguez
Subdirectora académica de la REJIE, Nueva época

INNOVACIÓN EDUCATIVA Y METODOLOGÍAS DOCENTES

MÉTODOS DE PLANIFICACIÓN Y PRÁCTICA DOCENTE CON HERRAMIENTAS DIGITALES: ¿DESENCUENTRO CON EL REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS?

METHODS OF TEACHING PLANNING AND PRACTICE USING DIGITAL MEDIA: DISAGREEMENT WITH THE DATA PROTECTION REGULATION?

DAVID CARRIZO AGUADO

Profesor Ayudante Doctor (acred.) de Derecho Internacional Privado

dcara@unileon.es

Universidad de León

M^a NIEVES ALONSO GARCÍA

Profa. Dra. de Derecho Constitucional

marianieves.alonso@ui1.es

Universidad Isabel I

Resumen:

En los últimos años los avances tecnológicos han abierto la posibilidad de que la práctica y planificación docente se ejercite a través de herramientas digitales. Las TICs se convierten en un instrumento encaminado a fortalecer la relación entre profesor/alumno y a facilitar la participación, deliberación y colaboración entre los mismos. Este sistema de enseñanza tecnocrático entra en colisión con el derecho a la protección de datos de carácter personal constitucionalmente reconocido y cuyo amparo se ha visto reforzado con la entrada en vigor del *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*.

Palabras clave: TICs, práctica y planificación docente, Google Calendar, protección de datos.

Abstract:

In recent years, technological advances have opened up the possibility of teaching practice and planning being exercised through digital tools. ICT become an instrument aimed at strengthening the relationship between teacher / student and facilitate participation, deliberation and collaboration between them. This technocratic education system collides with the right to the protection of constitutionally recognized personal data whose protection has been reinforced by the entry into force of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

Keywords: ICT, teaching practice and planning, Google Calendar, data protection.

REJIE Nueva época: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Núm.19, Enero 2019, pp. 11-23

[En línea] <http://www.revistas.uma.es/index.php/rejie>

Recibido: junio 2018

Aceptado: octubre 2018

Sumario: 1. La práctica docente del Derecho y la repercusión de las TICs. 1.1 Justificación disciplinar. 1.2. Contextualización social y su imbricación con el ámbito educativo. 1.3. Aplicación de las TICs en la docencia jurídica. 1.4. La inclusión de las nuevas aplicaciones tecnológicas en la planificación docente. Especial referencia al uso de Google Calendar. 2. El tratamiento de los datos personales del alumno en el marco del nuevo Reglamento de Protección de datos: los sistemas de evaluación. 2.1. Consideraciones previas. 2.2. Los principios de transparencia y de limitación del plazo de conservación. 2.3. El “alma mater” de la evaluación: la publicación de las notas. 3. A modo de reflexión final. Bibliografía.

1. La práctica docente del Derecho y la repercusión de las TICs.

1.1. Justificación disciplinar.

“La coyuntura presente reclama de juristas, filósofos y teóricos del derecho una conciencia tecnológica, es decir, una actitud reflexiva, crítica y responsable antes los nuevos problemas que en las diversas esferas del acontecer social suscita la tecnología y ante los que ni el derecho, ni quienes lo aplican o estudian pueden permanecer insensibles”¹.

Esta reflexión de Perez Luño constituye la esencia de esta contribución desde la perspectiva docente en las asignaturas de Derecho Constitucional y Derecho internacional privado. En los planes de estudio de todo Estado social y democrático de Derecho se incorpora como materia el Derecho Constitucional en tanto en cuanto, la Constitución como cúspide del ordenamiento jurídico tiene como objetivo velar por la existencia de una sociedad organizada sobre una base democrática y participativa². Por su naturaleza, es el basamento sobre el que descansan el resto de las ramas del Derecho.

Sobre este sustrato, el Derecho internacional privado parte de otro aspecto incuestionable de la realidad social: las relaciones humanas tienden a superar las fronteras político-jurídicas de un país y por tanto queden conectadas con más de un sistema jurídico. Los movimientos migratorios, la nueva sociedad digital, la globalización en la economía, la apertura de los mercados... han resultado foco vislumbraste en la actividad de los particulares hacia sus relaciones³, vinculándose por tanto, con uno o varios ordenamientos jurídicos fuera de su esfera normativa y que, trasciende del ámbito de aplicación de uno solo de los ordenamientos. Consecuentemente, la pluralidad de sistemas jurídicos determina la importancia objetiva y funcional del Derecho internacional privado. Realmente, cada Estado posee su propio ordenamiento jurídico el cual debe convivir con normas de carácter regional y supraestatal. Es por ello que, una misma conducta o actuación pueda estar conectada con más de un ordenamiento o incluso con más de una jurisdicción. Esta idea muestra la contraposición a una situación privada interna que se caracteriza porque todos sus

¹ PÉREZ LUÑO, E.A. (2001), *Ensayos de informática jurídica*, México: Fontamara.

² BALAGUER CALLEJÓN, F. (2016), “El derecho constitucional” en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Tecnos.

³ LÓPEZ- TARRUELLA MARTÍNEZ, A (2018), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Alicante: ECU.

elementos están vinculados a un único Estado o sistema jurídico. Es menester del Derecho internacional privado asegurar respuestas adecuadas a las relaciones jurídicas privadas-internacionales procurando facilitar las relaciones tanto personales así como comerciales entre los diversos sujetos implicados⁴.

Desde esta disciplina, se contribuye al conocimiento de la tutela judicial efectiva y el ejercicio de los derechos, los problemas vinculados al estatuto internacional de las personas y la determinación del Derecho aplicable a las situaciones y relaciones jurídicas de tráfico externo⁵. Para velar por el cumplimiento eficaz de estas competencias, es precisa su conexión con el Derecho Constitucional a través del cual se fomenta el aprendizaje de los valores democráticos propios de una sociedad civil democrática y se garantiza el conocimiento escrupuloso de los derechos fundamentales y principios que deben velar en el tráfico jurídico internacional y en el reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras en nuestro país⁶.

1.2. Contextualización social y su imbricación con el ámbito educativo.

En el ámbito político, y trasladable al ámbito educativo, en tanto en cuanto refleja elementos que puede ser referenciales, el estudio del INJUVE sobre jóvenes, política y TICs⁷ acredita que la falta de confianza de la población entre 18 y 30 años hacia canales de participación tradicionales no es incompatible con el interés de la política. La necesidad de implicar a los jóvenes en el debate a través del uso de las TICs en el proceso docente puede convertirse en una herramienta eficaz para el aprendizaje.

Este estudio extrapolado a la docencia evidencia que las nuevas tecnologías pueden suponer una motivación y un medio para potenciar un *feedback* entre profesores y alumnos⁸. Ambos sujetos deben prepararse para coexistir con la tecnología de forma armoniosa.

⁴ A mayor abundamiento, *vid.* CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2018), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 18ª ed., Granada: Comares. ; ESPLUGUES MOTA, C. / IGLESIAS BUHIGUES, J.L. / PALAO MORENO, G. (2018), *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch. ; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. / SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (2018), *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters. ; MICHINEL ÁLVAREZ, M.A. (2011), *El Derecho Internacional Privado en los tiempos hipermodernos*, Madrid: Dykinson.

⁵ Sobre el contenido del Derecho internacional privado se ha discutido mucho; ahora bien, los tres sectores fundamentales sobre el que se asienta la disciplina son: en primer término, la determinación de los tribunales competentes para conocer de un posible litigio; en segundo lugar, qué ley se debe aplicar para conocer el fondo del asunto y por último, qué eficacia puede llegar a tener en otros Estados un pronunciamiento judicial (*Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (2017), *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.)

⁶ A este respecto, *Vid.* entre otros: CRUZ VILLALÓN, P. (1992), “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista española de derecho constitucional*, 35: 63-84; RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2015), “Participación y ciudadanía más allá del sufragio. Los derechos de participación de las personas extranjeras”, *Revista de estudios políticos*, 169: 45-74.

⁷ <http://www.injuve.es/observatorio/infotecnologia/jovenes-y-nuevas-tecnologias>

⁸ BARRIOS ESPINOSA, E. / GARCÍA MATA, J. (2008), “Suministro de feedback a ensayos sobre diarios en un programa de prácticas de enseñanza: propuesta de una modalidad apoyada en tics y estudio de percepciones del alumnado”, *Pixel-Bit: Revista de medios y educación*, 33: 73-84; HAMODI GALÁN, C. (2013), “El feedback entre profesorado y alumnado como elemento potente para la regulación de los errores” en LÓPEZ PASTOR, V.M. / MONJAS AGUADO, R. / VALLÉS RAPP, C. (Coords.), *La Evaluación de Competencias en Educación Superior. La evaluación formativa y compartida en*

1.3. Aplicación de las nuevas tecnologías en la docencia jurídica.

La innovación docente en la era de la información esta intrínsecamente unida al dominio de las TICs⁹. Desde este prisma, las reflexiones sobre la innovación educativa tecnológica se centran en considerar que esta supone una transformación significativa e implica un cambio en la concepción de la enseñanza, que repercute en la práctica educativa y que tiene una finalidad: la mejora de la calidad del aprendizaje. A este respecto, la innovación no es un fin, sino un medio para mejorar la calidad y conseguir los objetivos que se proponen los centros educativos. De este modo, no implica necesariamente una creación, pero sí un cambio que conlleva mejoras en la calidad de la enseñanza basadas en una intervención deliberada¹⁰.

En los últimos años los avances tecnológicos han abierto la posibilidad de que la práctica docente se ejercite a través de la introducción de los MOOC (massive open online courses)¹¹, el empleo de herramientas online como “Moodle”, la incorporación de medios y redes sociales en la docencia o la implementación de sistemas de evaluación alternativos.

Las vías por las que circulará esta participación virtual de los alumnos serán los foros de debate virtuales, los blogs, las webs institucionales, las consultas online, o incluso las

enseñanza universitaria, Madrid: Red Nacional de Evaluación Formativa.; LOZANO MARTÍNEZ, F. / TAMEZ VARGAS, L.A. (2017), “Retroalimentación formativa para estudiantes de educación a distancia”, *RIED: revista iberoamericana de educación a distancia*, 2: 197-221; MEDEL MARCHENA, I. / JAÉN MARTÍNEZ, A. (2016), “La Gamificación en el proceso de mediación del aprendizaje en Enseñanza Superior: Análisis comparativo de aplicaciones de tipo feedback” en ROIG-VILA, R. (Coord.), *Tecnología, innovación e investigación en los procesos de enseñanza-aprendizaje*, Barcelona: Octaedro; SANTANA BONILLA, P. / JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F. / PINTOR DÍAZ, P. / HERNÁNDEZ RIVERO, V.M. (2017), “Cómo implicar al alumnado en la evaluación formativa. El valor del feedback”, en VEGA NAVARRO, Á., STENDARDI, D. (Coords.), *Imaginar y Comprender la Innovación en la Universidad: VII Jornadas de Innovación Educativa de la Universidad de la Laguna*, La Laguna: Universidad de La Laguna, Servicio de Publicaciones.

⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2013), “Una experiencia de innovación docente con nuevas tecnologías para aplicación del modelo Bolonia desde la Filosofía del derecho”, *Revista de Educación y derecho*, 9: versión-on-line.

¹⁰ DE PABLOS PONS, J. / JIMÉNEZ CORTÉS, R. (2007), “Buenas prácticas con TIC apoyadas en las Políticas Educativas: claves conceptuales y derivaciones para la formación en competencias ECTS”, *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*, 2: 20.

¹¹ La metodología docente para los MOOC debe contar con los siguientes elementos: “Vídeo Lecciones: Exposiciones magistrales del tutor grabadas en pequeños clips de vídeo de como máximo 15 minutos de duración, lo que constituye el método principal para comunicar los contenidos durante el curso y suelen tener una periodicidad semanal. Localizadas en la red y accesibles desde cualquier dispositivo pueden ser seguidas por los alumnos a su propio ritmo y no de manera secuencial; Cuestionarios. Son pruebas en línea que permiten al alumno demostrar su conocimiento sobre los temas que se está capacitando; Tareas. Ejercicios que están disponibles durante la semana y que han de completarse de manera correcta, pues de su resolución dependerá la solvencia en el examen posterior; Exámenes. Son las calificaciones globales después de responder con mayor o menor fiabilidad las preguntas que sobre los conceptos expuestos durante la semana se han tratado en las tareas y cuestionarios. Los exámenes tratarán los mismos temas que en las evaluaciones anteriores, pero de una manera más profusa; Foros y/o Tablones. Cuestiones que se plantean a los profesores de manera directa. Estas preguntas pueden ser visualizadas por el resto de los alumnos y votar por ellas. Los instructores responderán a las preguntas más votadas”. CALDERA-SERRANO, J. / LEÓN-MORENO, J.A. (2015), “MOOC (Massive Online Open Courses) como metodología plataforma educativa en el ámbito universitario”, *Documentación de las ciencias de la información*, 38: 302.

redes sociales, fundamentalmente Twitter¹². La potenciación de estas nuevas vías puede suponer significativos cambios en las relaciones entre docentes y alumnos.

Las Tics se convierten en un instrumento encaminado a fortalecer el interés de los alumnos por las tareas docentes que pueden experimentar mejoras a través de estas tecnologías que facilitan su intervención, el acceso a la información y las relaciones de colaboración. Su inclusión en el proceso de enseñanza debe promover la creatividad, la expresión personal y contribuir a la formación de una sociedad civil informada, participativa, crítica y seria. La Universidad debe ser capaz de integrar el desarrollo tecnológico para hacer más fácil e inmediata la consecución de sus objetivos.

La principal paradoja es la aspiración a que este entorno digital sea capaz de suplir una realidad física que inste a prescindir o minimizar el papel del docente. Valorar los aspectos positivos y negativos de estos recursos tecnológicos se entiende solo si la tecnología es una ayuda, un complemento o un refuerzo del sistema educativo que contribuya a fortalecer el aprendizaje. El reto es convertir a las TICs en herramientas útiles para la creación de entornos diferentes para el aprendizaje y la comunicación entre los participantes en la acción formativa. Para el cumplimiento de este fin requiere una participación activa de todos los agentes para evitar que estas herramientas se conviertan solo el vehículo para la distribución de mensajes.

Una percepción inicial se puede sintetizar en la prolija situación que deriva de la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito educativo. Así, si las TICs contribuyen a visibilizar las principales dificultades de comprensión de los alumnos, su contribución al fomento del diálogo y del debate tiene el riesgo de estimular la polarización de los participantes; su contribución a la estimulación del interés de los estudiantes puede verse lastrado por la desidia que desemboque en participaciones erráticas, esporádicas o carentes de compromiso; a la rapidez de sus flujos informativos y de sus inmediatas respuestas le surge la sombra de la ausencia de reflexión sobre las que se cimentan; al fortalecimiento del control le acompañan la debilidad del anonimato de quien lo ejerce, la irresponsabilidad que le acompaña y las dudas sobre la neutralidad de los buscadores y de la información desde la que se formulan los posicionamientos. En suma, a los aspectos positivos se le pueden enfrentar sombras que exigen cautela y mesura en ese reto digital que es inevitable¹³.

1.4. La inclusión de las nuevas aplicaciones tecnológicas en la planificación docente. Especial referencia al uso de Google Calendar.

El uso de la herramienta Google Calendar¹⁴ ha sido decisivo en la planificación horaria del curso académico. La diversidad de asignaturas, la estructuración en distintos grupos

¹² Sobre este particular, *Vid.* ABAD ARENAS, E. (2015), “Las distintas modalidades tutoriales impartidas mediante la utilización de las TIC en la UNED: las funciones del profesor-tutor ante este nuevo marco docente y discente” en DELGADO GARCÍA, A.M. / BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (Coords.), *Las TIC y las redes sociales y la docencia del derecho*, Barcelona: Huygens.

¹³ NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2013), “Reflexionando sobre las TIC: ventajas y peligros de las TIC en la docencia del derecho” en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. / DELGADO GARCÍA, A.M. (Coords.), *Buenas prácticas docentes en el uso de las TIC en el ámbito del derecho*, Barcelona: Huygens.

¹⁴ ABAD RUIZ, F. (2017), “Implementación de una agenda escolar colaborativa con Google Calendar. Proyecto y tutorial”, *e-CO: Revista digital de educación y formación del profesorado*, 14: 165.

junto con la tipología de créditos A, B1, B3 conlleva una tarea ardua que se ha facilitado mediante el uso de esta aplicación colaborativa de Google.

A través de la misma, se han configurado diariamente el tramo horario de cada una de las disciplinas a fin de que el alumno, desde sus dispositivos electrónicos, pueda conocer la hora de inicio y fin de las asignaturas, el aula en la que se imparte la materia y el tipo de crédito. La sincronización de esta aplicación con un teléfono móvil o tablet permitirá un conocimiento directo e instantáneo del alumno con su programación diaria.

En su elaboración se procedió a clasificar las asignaturas con diversos colores. La propia aplicación permite elegir entre once tonos distintos asignando un matiz predeterminado para cada una de ellas. Mediante la fijación de las fechas de inicio y final del curso académico, descontando los períodos no lectivos y considerando la carga horaria correspondiente a cada una de las asignaturas impartidas en el Grado se elabora un calendario académico proporcionadamente delimitado dentro de los planes de estudio.

El mismo proceso se ha llevado a cabo para la determinación de las fechas, horas y aulas en las que se realizarán los exámenes en las convocatorias ordinaria y extraordinaria. Igualmente, el alumno podrá acceder desde sus dispositivos al calendario de exámenes. Esta herramienta facilita la distribución de las fechas de los exámenes al hacer más visible el período temporal transcurrido desde la finalización de las clases teórico-prácticas y la realización de los mismos. Ese *impasse* es una de las principales preocupaciones manifestadas por los alumnos, que podrá ser solventada con mayor facilidad a través de esta aplicación.

De igual modo, el profesorado responsable de cada asignatura utilizará esta herramienta para la programación en detalle de la asignatura, de modo que el alumno con carácter previo al inicio de cada clase conozca el contenido de la guía docente que será impartido un determinado día. La finalidad perseguida con este sistema de planificación es facilitar una interrelación entre docente y alumno que otorgue un mayor dinamismo y un seguimiento más riguroso y coherente de la materia tratada.

2. El tratamiento de los datos personales del alumno en el marco del nuevo Reglamento de Protección de Datos: los sistemas de evaluación.

2.1. Consideraciones previas.

El establecimiento de un sistema que permita evaluar el aprendizaje continuo del estudiante es el ámbito donde el diseño de este sistema de enseñanza tecnocrático entra en colisión con el derecho a la protección de datos de carácter personal.

La evaluación desde una perspectiva tradicional se ha concebido como una actividad final encargada de cerrar el ciclo de formación de los estudiantes y, por tanto, al margen de la actividad de aprendizaje. En cambio, en la actualidad, la evaluación, de acuerdo con las modernas teorías pedagógicas, se entiende como un proceso integrado e interrelacionado con ciclos de formación desde el momento inicial de planificación

hasta la comprobación de los resultados en el cual resulta de gran utilidad el uso de plataformas docentes virtuales¹⁵.

En este contexto, la entrada en vigor del *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* ha aportado luz antes los nuevos interrogantes que plantea el tratamiento de datos en el ámbito digital y los derechos de los usuarios¹⁶.

Dicha norma europea ha llevado a cabo la urgente tarea que se veía reclamando a nivel comunitario para adecuar y armonizar de manera uniforme en los Estados miembros el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento lícito, leal y transparente de dichos datos¹⁷.

En él se refleja la idea de que el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad, que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad, lo que exige en su regulación mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad.

El Reglamento como norma jurídica de Derecho comunitario posee alcance general y eficacia directa en todos los Estados miembros de la Unión, de modo que no obliga a su trasposición a nuestro Derecho interno. De ahí, que los particulares lo puedan invocar a efectos de hacer efectiva la tutela jurisdiccional ante los tribunales nacionales o comunitarios a partir del 25 de mayo de 2018 como prevé su artículo 99.2.

2.2. Los principios de transparencia y de limitación del plazo de conservación.

Vinculado con el ámbito educativo, es especialmente relevante la regulación relativa a la legitimación para el tratamiento de datos y el deber de informar. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal¹⁸ establece como obligaciones vinculadas a la información que se ha de facilitar a las personas interesadas en el momento en que se soliciten los datos, la existencia del fichero o tratamiento, su finalidad y destinatario, el carácter obligatorio o no de la respuesta, así como de sus consecuencias, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y la identidad y datos de contacto del responsable del tratamiento¹⁹.

¹⁵ OLIVER CUELLO, R. (2010), “La evaluación del aprendizaje y la plataforma docente Moodle” en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. / DELGADO GARCÍA, A.M. (Coords.), *Docencia del Derecho y tecnologías de la información y la comunicación*, Barcelona: Huygens, pág. 79.

¹⁶ DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

¹⁷ DÍAZ DÍAZ, E. (2016), “El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6: 155-190; PLAZA PENADÉS, J. (2017), “Implementando el nuevo Reglamento General europeo de Protección de Datos”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 43: 19-21.

¹⁸ BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999.

¹⁹ Vid a este respecto, GUASCH PORTAS, V. / SOLER FUENSANTA, J.R. (2015), “El interés legítimo en la protección de datos”, *RDUNED, Revista de derecho UNED*, 16: 417-438.

Con la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Protección de Datos se establecen como requisitos adicionales en cuanto a la necesidad de informar a las personas interesadas, incorporando en líneas generales, los siguientes detalles: los datos de contacto del delegado de Protección de Datos, en su caso, la base jurídica o legitimación para el tratamiento, el plazo o los criterios de conservación de la información, la existencia de decisiones automatizadas o elaboración de perfiles, la previsión de transferencias a terceros países y el derecho a presentar una reclamación antes las Autoridades de Control. Asimismo, y en el caso de que los datos no se obtengan del propio interesado se prevé como requisito adicional el origen de los datos y las categorías de los mismos²⁰.

En la protección de los datos personales de los alumnos priman dos de los principios recogidos en el citado Reglamento: el principio de transparencia²¹ y el principio de limitación del plazo de conservación. Desde el primero, se vela porque el tratamiento de datos de carácter personal se realice de manera lícita, leal y transparente. Es decir, el derecho a estar informado de manera clara e inequívoca sobre el tratamiento que tiene el sujeto titular de los datos. Conforme al mismo, se impone al responsable del fichero la obligación de facilitar la información que debe dar el sujeto titular tanto con carácter previo como *ex post* si en un futuro se destinan a una finalidad diferente por la cual se recabaron sus datos personales. Desde el segundo, se prevé que los datos sean conservados de tal manera que se permita la identificación de los interesados, únicamente, el tiempo que sea necesario para los fines del tratamiento. Como excepción al plazo de conservación, los datos personales podrán ser mantenidos durante un tiempo superior siempre y cuando sean utilizados, exclusivamente, con fines de archivo de interés público, de investigación científica o histórica o estadística.

A este respecto, los exámenes y/o pruebas de evaluación, así como los trabajos de curso, se conservarán hasta la finalización del curso siguiente, excepto aquellos que den lugar a revisión y recurso que se conservarán hasta que finalice el último de los recursos posibles. Los modelos de examen, por el contrario, serán de conservación permanente.

2.3. El “alma mater” de la evaluación: la publicación de las notas.

La publicación de las calificaciones de las pruebas evaluativas constituye un supuesto de cesión o comunicación de datos. Conforme al artículo 3 i) de la Ley Orgánica de Protección de Datos, se entiende por cesión de datos "toda revelación de datos realizada a persona distinta del afectado". El término "revelación" implica que se integra en este concepto todos aquellos actos en los que la información se muestre a terceros, con independencia de que los mismos obtengan de modo efectivo o no aquélla.

²⁰ GRANDE SANZ, M. (2016), “La transferencia internacional de datos personales: presente y futuro”, *Diario La Ley*, 8808: versión on-line; ORTIZ LÓPEZ, P. (2017), “Regulando la privacidad del futuro. Análisis de la Propuesta de Reglamento europeo de e-Privacy y su interconexión con el Reglamento General de Protección de Datos”, *Diario La Ley*, 10, Sección Ciberderecho: versión on-line.

²¹ GARRÓS FONT, I. (2018), “El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales: Comentarios a propósito del Reglamento sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, *Actualidad Administrativa*, 2: versión on-line.

Sobre este particular, la *Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*²² en su Disposición adicional vigésimo primera relativa a la protección de datos de carácter personal, establece la obligación de las universidades de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, tratamiento o acceso no autorizados. En esta misma línea prevé que no será preciso el consentimiento de los estudiantes para la publicación de los resultados de las pruebas relacionadas con la evaluación de sus conocimientos y competencias ni de los actos que resulten necesarios para la adecuada realización y seguimiento de dicha evaluación. Asimismo, no será preciso el consentimiento del personal de las universidades para la publicación de los resultados de los procesos de evaluación de su actividad docente, investigadora y de gestión realizados por la universidad o por las agencias o instituciones públicas de evaluación.

Posee especial relevancia en la normativa europea la introducción de la figura del delegado de protección de datos²³. El Reglamento (UE) 2016/679 establece su obligatoriedad para autoridades y organismos públicos, responsables o encargados que tengan entre sus actividades principales las operaciones de tratamiento que requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala; responsables o encargados que tengan entre sus actividades principales el tratamiento a gran escala de datos sensibles.

Los dos últimos supuestos, la Ley Orgánica de Protección de Datos los circunscribe a los colegios profesionales y sus consejos generales, los centros docentes y las Universidades públicas y privadas, las entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas, los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando elaboren a gran escala perfiles de los usuarios del servicio, las entidades de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; los establecimientos financieros de crédito, las entidades aseguradoras y reaseguradoras y de servicios de inversión, los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica y de gas natural.

A tenor de la normativa expuesta, su presencia tendrá carácter obligatorio en el ámbito de las Universidades tanto españolas como europeas. Sus funciones girarán en torno a la obligación de informar y asesorar sobre protección de datos a la organización, evaluar el nivel de riesgo e impacto en la privacidad²⁴, notificar a los sujetos sobre violaciones de datos y cooperar con las autoridades de supervisión.

²² BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

²³ Vid. MARTÍNEZ MORIEL, I. (2017), “El delegado de protección de datos, como garante de la privacidad en las organizaciones”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 930: versión on-line; RECIO GAYO, M. (2016), “El delegado de la protección de datos” en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) / ÁLVAREZ CARO, M. / RECIO GAYO, M. (Coords.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Barcelona: Reus; ROJO FERNÁNDEZ-MATINOT, I. (2018), “El Delegado de Protección de Datos”, *Diario La Ley*, 9189: versión on-line.

²⁴ AA.VV. (2015), *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, APARICIO VAQUERO, J.B. / BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.), Granada: Comares; STANZIONE, M.G. (2016), “Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione”, *Europa e diritto privato*, 4: 1249-1264.

3. A modo de reflexión final.

Las herramientas tecnológicas son la clave para potenciar nuevas capacidades de aprendizaje, en particular la capacidad de comunicación profesor/alumno y en la misión pedagógica, instructiva y evaluadora.

El futuro ya es presente y la nueva etapa de la enseñanza universitaria es el resultado de la combinación de un contexto sociopolítico, dentro de la sociedad de la información, con el impacto de los avances tecnológicos sobre las instituciones educativas. Sus características se desgranar en torno a la accesibilidad, la responsabilidad y la eficacia.

La materia prima de la sociedad tecnológica es la transmisión de información. La formación de dicha información es la clave. La masiva información disponible para los alumnos es un elemento que refuerza el aprendizaje. El docente tiene que adoptar un rol activo en la transmisión de conocimientos a los alumnos. Para ello el recurso a las nuevas tecnologías es clave. Es importante que en esa estrategia de divulgación de contenidos se recupere un referente, el valor de la especialización del docente en los contenidos compartidos.

Es interesante abogar por la existencia de clases magistrales en las que el docente asuma el reto de contribuir a impulsar el interés de los alumnos en los contenidos impartidos a la par que facilitar la realización de actividades y su evaluación a través de las herramientas virtuales. Una calidad de la formación transmitida vinculada a un entorno tecnocrático desde el que se divulga no puede asimilarse a vulgarizar.

Todos estos cambios requieren de un equipo técnico que vele por la protección de los datos personales. La política debe inspirar los cambios, el derecho debe ofrecer sus garantías y los técnicos físicos y digitales deben asegurar la operatividad de cada propuesta que ha de beneficiar el interés de los docentes y alumnos.

Bibliografía.

-AA.VV. (2015), *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, APARICIO VAQUERO, J.B. / BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.), Granada: Comares.

-ABAD ARENAS, E. (2015), “Las distintas modalidades tutoriales impartidas mediante la utilización de las TIC en la UNED: las funciones del profesor-tutor ante este nuevo marco docente y discente” en DELGADO GARCÍA, A.M. / BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *Las TIC y las redes sociales y la docencia del derecho*, Barcelona: Huygens.

-ABAD RUIZ, F. (2017), “Implementación de una agenda escolar colaborativa con Google Calendar. Proyecto y tutorial”, *e-CO: Revista digital de educación y formación del profesorado*, 14: 131-165.

-BALAGUER CALLEJÓN, F. (2016), “El derecho constitucional” en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Tecnos.

- BARRIOS ESPINOSA, E. / GARCÍA MATA, J. (2008), “Suministro de feedback a ensayos sobre diarios en un programa de prácticas de enseñanza: propuesta de una modalidad apoyada en tics y estudio de percepciones del alumnado”, *Pixel-Bit: Revista de medios y educación*, 33: 73-84.
- CALDERA-SERRANO, J. / LEÓN-MORENO, J.A. (2015), “MOOC (Massive Online Open Courses) como método-plataforma educativa en el ámbito universitario”, *Documentación de las ciencias de la información*, 38: 301-310.
- CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2018), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 18ª ed., Granada: Comares.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1992), “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista española de derecho constitucional*, 35: 63-84.
- DE PABLOS PONS, J. / JIMÉNEZ CORTÉS, R. (2007), “Buenas prácticas con TIC apoyadas en las Políticas Educativas: claves conceptuales y derivaciones para la formación en competencias ECTS”, *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*, 2: 15-28.
- DÍAZ DÍAZ, E. (2016), “El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6: 155-190.
- ESPLUGUES MOTA, C. / IGLESIAS BUHIGUES, J.L. / PALAO MORENO, G. (2018), *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. / SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (2018), *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (2017), *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GARRÓS FONT, I. (2018), “El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales: Comentarios a propósito del Reglamento sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, *Actualidad Administrativa*, 2: versión on-line.
- GRANDE SANZ, M. (2016), “La transferencia internacional de datos personales: presente y futuro”, *Diario La Ley*, 8808: versión on-line.
- GUASCH PORTAS, V. / SOLER FUENSANTA, J.R. (2015), “El interés legítimo en la protección de datos”, *RDUNED, Revista de derecho UNED*, 16: 417-438.

-HAMODI GALÁN, C. (2013), “El feedback entre profesorado y alumnado como elemento potente para la regulación de los errores” en LÓPEZ PASTOR, V.M. / MONJAS AGUADO, R. / VALLÉS RAPP, C. (Coords.), *La Evaluación de Competencias en Educación Superior. La evaluación formativa y compartida en enseñanza universitaria*, Madrid: Red Nacional de Evaluación Formativa.

-LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A (2018), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Alicante: ECU.

-LOZANO MARTÍNEZ, F. / TAMEZ VARGAS, L.A. (2014), “Retroalimentación formativa para estudiantes de educación a distancia”, *RIED: revista iberoamericana de educación a distancia*, 2: 197-221.

-MARTÍNEZ MORIEL, I. (2017), “El delegado de protección de datos, como garante de la privacidad en las organizaciones”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 930: versión on-line.

-MEDEL MARCHENA, I. / JAÉN MARTÍNEZ, A. (2016), “La Gamificación en el proceso de mediación del aprendizaje en Enseñanza Superior: Análisis comparativo de aplicaciones de tipo feedback” en ROIG-VILA, R. (Coord.), *Tecnología, innovación e investigación en los procesos de enseñanza-aprendizaje*, Barcelona: Octaedro.

-MICHINEL ÁLVAREZ, M.A. (2011), *El Derecho Internacional Privado en los tiempos hipermodernos*, Madrid: Dykinson.

-NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2013), “Reflexionando sobre las TIC: ventajas y peligros de las TIC en la docencia del derecho” en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. / DELGADO GARCÍA, A.M. (Coords.), *Buenas prácticas docentes en el uso de las TIC en el ámbito del derecho*, Barcelona: Huygens.

-OLIVER CUELLO, R. (2010), “La evaluación del aprendizaje y la plataforma docente Moodle” en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. / DELGADO GARCÍA, A.M. (Coords.), *Docencia del Derecho y tecnologías de la información y la comunicación*, Barcelona: Huygens.

-ORTIZ LÓPEZ, P. (2017), “Regulando la privacidad del futuro. Análisis de la Propuesta de Reglamento europeo de e-Privacy y su interconexión con el Reglamento General de Protección de Datos”, *Diario La Ley*, 10, Sección Ciberderecho: versión on-line.

-PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2013), “Una experiencia de innovación docente con nuevas tecnologías para aplicación del modelo Bolonia desde la Filosofía del derecho”, *Revista de Educación y derecho*, 9: versión-on-line.

-PÉREZ LUÑO, E.A. (2001), *Ensayos de informática jurídica*, México: Fontamara.

-PLAZA PENADÉS, J. (2017), “Implementando el nuevo Reglamento General europeo de Protección de Datos”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 43: 19-21.

-RECIO GAYO, M. (2016), “El delegado de la protección de datos” en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.) / ÁLVAREZ CARO, M. / RECIO GAYO, M. (Coords.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Barcelona: Reus.

-RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2015), “Participación y ciudadanía más allá del sufragio. Los derechos de participación de las personas extranjeras”, *Revista de estudios políticos*, 169: 45-74.

-ROJO FERNÁNDEZ-MATINOT, I. (2018), “El Delegado de Protección de Datos”, *Diario La Ley*, 9189: versión on-line.

-SANTANA BONILLA, P. / JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F. / PINTOR DÍAZ, P. / HERNÁNDEZ RIVERO, V.M. (2017), “Cómo implicar al alumnado en la evaluación formativa. El valor del feedback” en VEGA NAVARRO, Á., STENDARDI, D. (Coords.), *Imaginar y Comprender la Innovación en la Universidad: VII Jornadas de Innovación Educativa de la Universidad de la Laguna*, La Laguna: Universidad de La Laguna, Servicio de Publicaciones.

-STANZIONE, M.G. (2016), “Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione”, *Europa e diritto privato*, 4: 1249-1264.

EL CINE Y LA PRENSA ESCRITA COMO MEDIOS DE INNOVACIÓN DOCENTE EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL

THE CINEMA AND THE PRESS WRITTEN AS MEDIA OF TEACHING INNOVATION IN THE TEACHING OF PROCEDURAL LAW

RUBÉN LÓPEZ PICÓ

Becario de Formación Interna en Derecho Procesal

rubenlopezpico@ugr.es

Universidad de Granada

Resumen:

El presente trabajo describe dos actividades de innovación docente que se desarrollarán durante el curso académico 2018-2019 en la asignatura Delincuencia Juvenil -grupo A, único- del Grado en Criminología y en la asignatura de Derecho Procesal II -grupos A y B- del Grado en Derecho y Ciencias Políticas, ambos de la Universidad de Granada. El desarrollo de estas dos actividades de innovación docente consistirá en la utilización del cine y de la prensa escrita como instrumentos innovadores en la enseñanza del Derecho Procesal; como recursos docente para que los alumnos de las asignaturas antes señaladas, además, de profundizar y reforzar los conocimientos teóricos adquiridos, desarrollen las habilidades y competencias propias de la materia. El empleo de estas dos herramientas en la enseñanza del Derecho Procesal permite establecer el inicio o el hilo conductor -dependiendo del momento- en la explicación y posterior debate sobre una institución o cuestión procesal, al tiempo, que incidir sobre la motivación del alumnado y, en consecuencia, sobre su aprendizaje.

Palabras clave: Innovación, Docencia, Metodología docente, Enseñanza del derecho, Aprendizaje innovador, Cine, Prensa escrita.

Abstract:

The present work describes two activities of teaching innovation that will be developed during the academic year 2018-2019 in the subject Youth Delinquency -group A, only- of the Degree in Criminology and in the subject of Procedural Law II -groups A and B- of the Degree in Law and Political Science, both from the University of Granada. The development of these two teaching innovation activities will consist in the use of the cinema and the written press as innovative instruments in the teaching of Procedural Law; as teaching resources so that the students of the previously mentioned subjects, in addition, to deepen and reinforce the theoretical knowledge acquired, develop the skills and competences of the subject. The use of these two tools in the teaching of Procedural Law allows establishing the beginning or the thread -depending on the moment- in the explanation and subsequent debate on an institution or procedural question, at the time, that affect the motivation of the students and, consequently, about their learning.

Keywords: Innovation, Teaching, Teaching methodology, Teaching of law, Innovative learning, Cinema, Press.

Sumario: 1. Introducción. 2. Objetivos. 3. El cine como medio de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal. 3.1. Metodología. 3.2. Desarrollo de la actividad de innovación docente. 3.3. Evaluación. 4. La prensa escrita como medio de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal. 4.1. Metodología. 4.2. Desarrollo de la actividad de innovación docente. 4.3. Evaluación. 5. Reflexiones finales. Bibliografía.

1. Introducción.

Las dos experiencias de innovación docente que se presentan serán llevadas a cabo, respectivamente, en la docencia práctica correspondiente a la asignatura Delincuencia Juvenil del Grado en Criminología y Derecho Procesal II del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas, respectivamente, ambas de la Universidad de Granada durante el curso académico 2018-2019.

La asignatura Delincuencia Juvenil del Grado en Criminología de la Universidad de Granada es una asignatura de carácter obligatorio y semestral de 6 créditos ECTS -la parte correspondiente al proceso penal de menores y, por ende, la impartida por el profesorado del Departamento de Derecho Procesal y Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada es de 3 créditos- que se imparte en el primer semestre de 4º curso -grupo A, único- de dicha titulación bajo la dirección del profesor GARRIDO CARRILLO¹. Las clases de esta asignatura serán impartidas todos los lunes y martes en horario de 16h a 18h durante un espacio de tiempo de 15 semanas a razón 4 horas/semana.

Por su parte, la asignatura Derecho Procesal II del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Granada también es una asignatura de carácter obligatorio y semestral de 8 créditos ECTS, que en el caso concreto de esta titulación -Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas- se imparte durante el segundo semestre de 3º curso -grupos A y B- bajo la supervisión del profesor GONZÁLEZ PALMERO². Las clases de esta asignatura se desarrollarán durante todos los miércoles, jueves y viernes -en horario de 11h a 13h para el grupo A; y de 18h a 20h para el grupo B- durante un periodo temporal de 5 semanas a razón de 6 horas/semana y de 10 semanas a razón de 5 horas/semana.

Por medio de estas dos experiencias de innovación docente, pretendemos sustituir el enfoque tradicionalmente atribuido a la docencia práctica de ambas asignaturas -consistente en la resolución por los estudiantes de una serie de supuestos prácticos y en la contestación escrita a las cuestiones planteadas por el profesorado de la asignatura mediante el uso de la legislación, jurisprudencia y bibliografía- por una dinámica completamente nueva basada en la utilización del cine y de la prensa escrita como medios e instrumentos docentes, prácticos e innovadores en la enseñanza y el

¹ D. Francisco Javier Garrido Carrillo. Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Granada.

² D. Francisco González Palmero. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Granada. Abogado.

aprendizaje -respectivamente- del Derecho Procesal. A través del desarrollo de las distintas sesiones -tanto de cine como de prensa-, los alumnos ponen en práctica los conocimientos jurídicos adquiridos de forma previa, durante el desarrollo de las clases teóricas -clases magistrales-; desarrollando, de ese modo, las competencias y capacidades básicas de la práctica del Derecho Procesal.

Mi participación en la docencia práctica de ambas asignaturas durante el curso académico 2018-2019 será posible tras haberme sido concedida la *Venia Docendi* bajo la tutela y supervisión de los profesores antes señalados. Será entonces cuando pondremos en práctica estas dos experiencias de innovación docente. Si los resultados obtenidos con su desarrollo son los esperados, estas dos actividades de innovación docente volverán a ser implementadas en el próximo curso académico -2019/2020-, siendo mejoradas cuando así necesario y en lo que sea necesario.

2. Objetivos.

El nuevo modelo educativo European Credit Transfer System -ECTS- impuesto por el Espacio Europeo de Educación Superior -EEES-, centrado en el aprendizaje autónomo de los alumnos bajo la supervisión -tutorización- del profesorado universitario responsable de las diferentes asignaturas -Delincuencia Juvenil y Derecho Procesal II, en nuestro caso-, lleva aparejado consigo la necesidad de repensar las tradicionales actividades de enseñanza y aprendizaje y su sustitución por el empleo de herramientas docentes realmente útiles en la elaboración, adquisición y transmisión de los conocimientos necesarios dentro del nuevo modelo educativo en el que estamos inmersos³.

Conscientes de esta nueva realidad y, por consiguiente, de este nuevo reto, defendemos la necesidad de que el profesorado universitario experimente un cambio radical con respecto al papel o rol que desempeña, al menos en lo que al proceso de enseñanza y aprendizaje se refiere. Debiendo apostar para ello, por el empleo de herramientas docentes que, de carácter accesorio a las tradicionales, permitan llevar a cabo el desarrollo de innovadores métodos pedagógicos.

Simultáneamente, junto a las nuevas exigencias educativas impuestas por el EEES, nuestra preocupación por que los alumnos universitarios, además de las propias de la materia impartida -Delincuencia Juvenil y Derecho Procesal, respectivamente, en nuestro caso concreto-, adquieran las denominadas competencias genéricas -trabajo cooperativo, capacidades de comunicación y experiencia profesional, entre otras muchas- que, en un futuro próximo, les faciliten su incorporación al mercado laboral, nos lleva a tenerlas presente en el momento de confeccionar los nuevos y modernos métodos de enseñanza y aprendizaje a los que antes nos hemos referido⁴.

³ GARRIDO CARRILLO, F.J. (2012), “La orientación y tutoría académica, profesional y personal del estudiante de Derecho”, en GARRIDO CARRILLO, F.J.: *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Granada: Comares.

⁴ LÓPEZ PICÓ, R. (2018), “El empleo del cine como medio de innovación en la enseñanza del Derecho Procesal”, en MENOR CAMPOS, D.J., PINEDA MARTOS, C., BERLANGA CAÑETE, F.A., RAYA BERMÚDEZ, A.I. y LEIVA CANDIA, D.E.: *Libro resúmenes de comunicaciones. I Congreso Virtual Internacional de Innovación Docente Universitaria*. Córdoba: Córdoba University Press.

En este mismo sentido, el empleo del cine y la prensa escrita en la asignatura Delincuencia Juvenil y Derecho Procesal II -respectivamente-, persiguen -como medios de innovación docente para la enseñanza del Derecho Procesal- la consecución de los siguientes objetivos:

- a) La adquisición de los conocimientos técnico-jurídicos necesarios para el posterior desarrollo de la praxis jurídica.
- b) La utilización de nuevos instrumentos docentes para la enseñanza práctica del Derecho Procesal.
- c) Complementar los conocimientos teóricos y manejo de la bibliografía, legislación y jurisprudencia, con el análisis de casos reales y supuestos, que permitan configurar en tiempo real situaciones jurídicas diferentes que requieran la aplicación de los conocimientos jurídicos adquiridos con anterioridad.
- d) Mejorar la capacidad de análisis y síntesis por los estudiantes de las situaciones jurídicas propuestas.
- e) El desarrollo por los estudiantes de un espíritu crítico personal, y de las habilidades relativas a la argumentación jurídica, exposición y al diálogo en público.
- f) La potenciación de la motivación y el autoaprendizaje de los estudiantes, profundizando en la aplicabilidad práctica de los conocimientos jurídicos que previamente han adquirido en clase.
- g) Mejora de las capacidades de trabajo en grupo.
- h) La adquisición y el ejercicio por los estudiantes de competencias diversas: competencias instrumentales -capacidad de análisis y síntesis; capacidad de gestión de la información; y capacidad de toma de decisiones y resolución de problemas-, competencias interpersonales -capacidad de crítica y autocrítica; capacidad de apreciación y respeto de la diversidad; y compromiso ético y profesional-, y competencias sistemáticas -capacidad para aplicar los conocimientos jurídicos adquiridos; capacidad para la investigación; y capacidad para el autoaprendizaje-.

3. El cine como medio de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal.

Las primeras experiencias relacionadas con el empleo del cine como medio de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal, tuvieron lugar en la Universidad de Granada bajo la dirección del profesor GARRIDO CARRILLO⁵.

⁵El profesor GARRIDO CARRILLO, forma parte, desde su constitución, de la sección de Derecho Procesal integrada dentro de la Red de Profesores para la elaboración de Materiales Didácticos para la enseñanza del derecho a través del cine. En la actualidad, esta Red se encuentra coordinada por el profesor FERREIRO BAAMONDE -Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Coruña-. En relación a esta misma cuestión, también debemos señalar que el profesor GARRIDO CARRILLO ha sido el Director de los distintos ciclos de Derecho y Cine “Fotogramas Jurídicos” que a lo largo de los últimos años han tenido lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

A través del empleo del cine como medio de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal durante el desarrollo de las clases encuadradas dentro de la docencia práctica de algunas de las asignaturas impartidas por el Departamento de Derecho Procesal y Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada, el profesor GARRIDO CARRILLO pretendía que sus estudiantes reforzasen y profundizaran en el estudio y la comprensión de determinados conceptos jurídicos de carácter procesal esenciales para el posterior desarrollo de la práctica jurídica y, por ende, de sus futuras actividades profesionales.

Y es que tal y como afirma CÁMARA RUIZ⁶ "los nuevos modelos de enseñanza no pueden obviar una realidad indiscutible: la imagen ha superado al texto escrito. Como primera vía de acercamiento a una materia, es más fácil captar la atención de cualquier alumno con la proyección de una película que con una exposición de diapositivas repletas de esquemas y comentarios escritos en un ámbito tan específico como el jurídico, caracterizado por una vertiente teórica muy marcada. Los códigos y los manuales priman como herramienta básica para el estudio de cualquier materia, sin embargo, esta propuesta de estudiar instituciones, principios y conceptos jurídicos de Derecho Procesal a través de películas supone un paso más en el desarrollo de nuevas metodologías que favorezcan el aprendizaje completo a través de la aplicación práctica”.

3.1. Metodología.

La asignatura Delincuencia Juvenil del Grado en Criminología de la Universidad de Granada se compone de un número de estudiantes no excesivamente elevado, lo que permite que todos los estudiantes puedan visualizar la película y participar en el posterior debate que se dirige sobre la misma en una única sesión, sin necesidad de esperas o de la realización y organización de turnos de trabajo.

En otro orden de cosas, señalar que los materiales necesarios para el desarrollo de esta actividad de innovación docente se reducen a las películas que se pretenden proyectar - “Matar a un ruseñor”⁷ dirigida por Robert Mulligan, por medio de la cual se trata de extraer consecuencias referidas al principio de igualdad de partes. Sobre todo desde la perspectiva de la igualdad real frente a la igualdad formal; “El crimen de Cuenca”⁸ dirigida por Pilar Miró, recoge la cuestión relativa al error judicial y a los problemas que en el sistema acusatorio actual existen para alcanzar la verdad y, por ende, si la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* y las normas del proceso penal sobre la carga de la prueba son o no suficientes para garantizar la justicia del resultado;

⁶ CÁMARA RUIZ, J. (2011), “Herramientas y técnicas para la docencia del Derecho Procesal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

⁷ FERREIRO BAAMONDE, X. (2009), "Matar un ruseñor o dereito a un proceso xusto", en PERNAS GARCÍA, J.J. (Coord.): *O ensino do Dereito a través do cinema: unha perspectiva interdisciplinar. Materiais didácticos para un sistema ECTS*. Coruña: Universidad de Coruña, Universidad de Santiago, y Universidad de Vigo.

⁸ CUBILLO LÓPEZ, I.J., FERNÁNDEZ CARRÓN, C., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (2011), “Utilización del cine como herramienta para la docencia del Derecho Procesal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *Aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

“12 hombres sin piedad”⁹ dirigida por Sidney Lumet, aborda la institución de carácter procesal penal del Jurado. Utilizada para reflexionar sobre la conveniencia de la propia institución, el sistema de elección de sus miembros y la deliberación de éstos últimos, entre otras muchas cuestiones- y a la ficha técnica de éstas -a la que ya antes hemos hecho referencia-. Por otro lado, indicar que esta actividad de innovación docente se desarrollará en la Sala de Vistas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada o en una de las Aulas polivalentes ubicadas en el Aulario de Derecho de la Universidad de Granada que disponen de todos los medios audiovisuales necesarios para la proyección de las películas y, como resultado, para el desarrollo de la actividad de innovación docente.

La realización de esta actividad de innovación docente tendrá lugar dentro de las horas de clases computables a la parte de la docencia práctica de la asignatura, debiendo reservarse al menos 3 sesiones prácticas -6 horas- para su realización. Al tener las clases una duración de 2 horas, estimamos oportunos distribuir el tiempo de la siguiente forma: proyección de la película -1h y 30 minutos- y debate posterior -30 minutos-. La realización de esta misma actividad de innovación docente tendrá lugar durante todo el semestre de forma coordinada con las explicaciones teóricas del contenido de la asignatura impartidas por el profesorado responsable de la misma, correspondientes a la parte de la docencia teórica de la asignatura.

3.2. Desarrollo de la actividad de innovación docente.

El desarrollo de esta actividad de innovación docente, consistente en la utilización del cine como medio de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal, requiere en primer lugar la selección de las diferentes películas -nacionales e internacionales- que se van a proyectar. La correcta selección, el enfoque y la presentación de las películas seleccionadas constituye un elemento básico para el éxito de esta actividad de innovación docente, de ahí, la importancia de que las películas seleccionadas aborden de una forma correcta y centrada las diferentes instituciones y los conceptos de Derecho Procesal que se desean trabajar¹⁰.

Así, la primera parte de esta actividad de innovación docente consistirá en la presentación de la película y la institución o el concepto de Derecho Procesal a trabajar, haciendo el profesorado responsable de la asignatura y, por ende, de esta actividad de innovación docente, la correspondiente explicación e indicación de cuáles son los elementos claves que servirán de referencia para los alumnos; no siendo otros que los que constituyen la dimensión jurídica de la película que se va a proyectar. En la segunda parte de esta misma actividad de innovación docente se proyectará la película previamente seleccionada y en la tercera se abrirá un debate entre los propios alumnos en torno a la institución o concepto de Derecho Procesal objeto de análisis.

⁹ DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (2013), “El aprendizaje del derecho procesal a través del cine”, en BERZOSA LÓPEZ, D., CUADRADO PÉREZ, C., CALATAYUD PRATS, I., y VELASCO FABRA, G.J. (Coord.): *La evaluación e innovación docente en el Grado de Derecho*. Cizur Menor: Aranzadi.

¹⁰ PICÓ I JUNOY, J., ADÁN DOMÉNECH, F, CERRATO GURI, E., y CASANOVA MARTÍ, R. (2015), “El cine como metodología docente del derecho procesal”, en VILLCA POZO, M., y CARRERAS I CASANOVAS, A.: *Docencia virtual y experiencias de innovación docente: entornos b-learning y e-learning*. Barcelona: Huygens, D.L.

Por último, y de forma posterior al desarrollo de la actividad de innovación docente, los alumnos deberán cumplimentar -en el plazo máximo de quince días- una ficha técnica, respondiendo a las distintas preguntas en ella formuladas y elaborar un comentario jurídico de carácter crítico de la película proyectada. En dicho comentario jurídico, los alumnos de forma argumentada y reflexionada deberán establecer los puntos de conexión existentes entre la institución o el concepto jurídico de Derecho Procesal indicado por el profesorado de la asignatura y el contenido de la película proyectada en la clase.

Inspirados en el empleo del cine como instrumento metodológico por los profesores FERREIRO BAAMONDE y PÉREZ-CRUZ MARTÍN¹¹, con el fin de poder orientar y guiar a los alumnos en la realización del comentario jurídico de carácter crítico de la película proyectada en clase, el profesorado les entregará una ficha técnica formada por varios apartados que deberán de completar:

1. Datos artísticos y técnicos de la película proyectada.
2. Breve descripción de la temática jurídica de la película, a modo de sinopsis argumental.
3. Comentario jurídico propio de la película proyectada realizado por el estudiante.
4. Resolución por los estudiantes de las distintas preguntas planteadas por el profesorado. Presenta como finalidad esencial la de comprobar la adquisición por los estudiantes de los conocimientos jurídicos pretendidos al iniciar la actividad. Las preguntas variarán dependiendo de los conceptos jurídicos que se pretenden reforzar a través del visionado de la correspondiente película.
5. Búsqueda por los estudiantes de películas y libros cuya temática esté relacionada con la temática de la película proyectada en clase.

Cabe también articular una variante para enriquecer el debate generado de forma posterior a la proyección de la película seleccionada: la organización de los alumnos en grupos dependiendo del rol jurídico que más les interese. De tal manera, que tanto en el visionado de la película, como en el posterior debate y en la realización de la ficha técnica, se trabaje por grupos y se fijen posiciones comunes y contrapuestas variables en función del rol jurídico previamente adoptado¹².

3.3. Evaluación.

Recordar que la asignatura Delincuencia Juvenil -grupo A, único- del Grado en Criminología de la Universidad de Granada se compone de 6 créditos, de los cuales 3 créditos recaen sobre el Departamento de Derecho Procesal y Eclesiástico del Estado de

¹¹ FERREIRO BAAMONDE, X. y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. (2011), “El cine como instrumento metodológico en la docencia del Derecho Procesal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

¹² GARRIDO CARRILLO, F.J. (2012), “Los espacios virtuales interactivos -EVI- en la enseñanza del Derecho: un modelo para la docencia de Derecho Procesal”, en GARRIDO CARRILLO, F.J.: *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Granada: Comares.

la Universidad de Granada. Con la intención de poder impartir el contenido teórico de la asignatura al tiempo que desarrollar la actividad de innovación docente propuesta, tal y como antes hemos señalado, de las 30 horas -3 créditos- de las se disponen, solo 6 horas -0,6 créditos- serán destinadas al desarrollo de esta actividad de innovación docente. Las 24 horas restantes -2,4 créditos- se destinarán a la explicación del contenido teórico de la asignatura a través de las clases magistrales impartidas por el profesorado universitario responsable de ella.

Conforme al contenido de la Guía Docente y Didáctica de la asignatura Delincuencia Juvenil -grupo A, único- del Grado en Criminología de la Universidad de Granada, su calificación final estará formada, de un lado, por la nota obtenida en el examen final que los alumnos realicen de la asignatura -70% de la nota final de la asignatura-, y de otro lado, por la calificación que se obtenga por la realización del resto de actividades -30% de la calificación final de la asignatura. De ese modo, la participación de los alumnos en el desarrollo de esta actividad de innovación docente podrá ser valorada con hasta un máximo de 3 puntos -1 punto por cada una de las tres películas que se pretenden proyectar-. En el momento de calificar la actividad realizada por el alumno se valorará esencialmente su participación activa en el debate generado de forma posterior a la proyección de la película y la calidad del comentario jurídico crítico que de la película proyectada en clase haya realizado.

La participación de los alumnos en el desarrollo de esta actividad de innovación docente será plenamente voluntaria, pero sobreentendiendo que, salvo por razones debidamente justificadas y comunicadas con anterioridad al inicio de la misma al profesorado de la asignatura que impidiesen al alumno participar en ella, todos los alumnos matriculados en la asignatura Delincuencia Juvenil -grupo A, único- del Grado en Criminología de la Universidad de Granada participarán en su desarrollo. En todo caso, para poder superar positivamente la asignatura será necesario que el alumno apruebe el examen final -escrito u oral- de la misma.

4. La prensa escrita como medio de innovación docente en la enseñanza del Derecho Procesal.

La enseñanza y aprendizaje de instituciones y conceptos jurídicos de Derecho Procesal a través del empleo de noticias o sucesos de carácter jurídico recogidos en la prensa local, autonómica y nacional -tanto escrita como digital-, despierta -como resultado de su veracidad, proximidad y popularidad- el interés y la implicación de los alumnos en la fase de investigación, como en la de recopilación de información y en la aplicación de los conocimientos de Derecho Procesal previamente adquiridos en clase a los hechos descritos y narrados en ella. Potenciándose de este modo, la motivación y el interés de los alumnos¹³.

¹³ GRANDE SEARA, P. y ESPINO HERNÁNDEZ, D. (2011), “La prensa escrita como recurso para el aprendizaje del Derecho Procesal Penal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch. En el mismo sentido, SERRANO MORENO J.L. (Coord.) (2014). *Cine y literatura como herramientas didácticas*. Granada: Godel.

4.1. Metodología.

En el caso concreto del Doble Grado en Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de Granada, la asignatura Derecho Procesal II está compuesta por un número de alumnos -tanto el grupo A como el B- no excesivamente elevado, lo que permite que los alumnos puedan trabajar de forma individual y simultánea, sin necesidad de tener que constituir grupos de trabajo que acaben por ralentizar el desarrollo de la actividad de innovación docente a la par que generar desequilibrios con respecto al grado de implicación y al trabajo realizado por cada uno de los distintos miembros que componen los diferentes grupos de trabajo. Ante un supuesto contrario al que acabamos de describir, recomendamos la formación de grupos de trabajo reducidos -4 o 5 alumnos, como máximo- para evitar, precisamente, los desequilibrios con respecto al grado de implicación y al trabajo realizado por cada uno de los distintos miembros que componen los diferentes grupos de trabajo, a los que antes nos hemos referido.

El principal inconveniente que se podría plantear a la hora de llevar a cabo el desarrollo de esta actividad de innovación docente radicaría en el hecho de que como bien hemos dicho antes, sus destinatarios son los alumnos de 3º curso -grupo A y B- del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Granada, que podrían carecer de los conocimientos jurídicos necesarios para poder participar en su desarrollo. Sin embargo, frente a este posible argumento, entendemos y presuponemos que todos los alumnos que se encuentran matriculados en la asignatura de Derecho Procesal II -grupo A y B- perteneciente al 3º curso del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Granada, ya disponen de todos los conocimientos jurídicos que son necesarios para poder participar en el desarrollo de la misma. Máxime cuando en los cursos académicos anteriores, ya han debido de cursar y superar satisfactoriamente la asignatura Derecho Procesal I -de carácter obligatorio-, así como otras asignaturas de carácter optativo cuya docencia también es impartida por el Departamento de Derecho Procesal y Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada -Arbitraje y Procesos Civiles, Proceso Contencioso Administrativo, Procesos Laborales, y Procesos Constitucionales-.

En cuanto a los materiales necesarios para el desarrollo de esta actividad de innovación docente, debemos hacer referencia a los diferentes diarios informativos de carácter impreso y digital -nacionales: El Mundo, el País, ABC, o La Razón; y locales: Ideal de Granada, Granada Hoy, o Granada Ciudad-. Se recomienda la selección de sucesos acaecidos a nivel local o autonómico, en los que el seguimiento informativo de los mismos es mayor¹⁴, la legislación, la bibliografía y la jurisprudencia, así como otros textos legales. La Facultad Derecho de la Universidad de Granada dispone de todos los medios materiales -biblioteca, aula de informática, seminarios, bases de datos, etc.- que son necesarios para el correcto desarrollo de esta actividad de innovación docente, quedando siempre y en todo momento a disposición del profesorado y de los alumnos¹⁵.

¹⁴ GARCÍA MARTÍN, R. (2014), “Análisis crítico de actualidad jurídica como método docente”, *Reduca (Derecho)*. Serie Derecho Procesal, vol.5, núm.1, pp.18-29.

¹⁵ GARRIDO CARRILLO, F.J. y ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M. (2012), “Nuevas tecnologías y adquisición de competencias en la enseñanza del Derecho”, en GARRIDO CARRILLO, F.J.: *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Granada: Comares.

La realización de esta actividad de innovación docente tendrá lugar dentro de las horas de clases computables a la parte de la docencia práctica de la asignatura, debiendo reservarse al menos 5 sesiones prácticas -10 horas- para su realización. La realización de esta misma actividad de innovación docente tendrá lugar a lo largo de todo el semestre coordinadamente con las explicaciones del contenido teórico de la asignatura impartidas -a través de las clases magistrales- por el profesorado responsable de la misma, dentro de la parte de la docencia teórica de la asignatura. Lo afirmado constituye una mera previsión, pues la realización de la actividad de innovación docente quedará en todo momento supeditado al tiempo disponible, así como a la propia organización docente de la asignatura.

4.2. Desarrollo de la actividad de innovación docente.

El desarrollo de esta segunda actividad de innovación docente, consistente en la utilización de la prensa escrita como instrumento en la enseñanza del Derecho Procesal, requiere de la búsqueda en los diferentes diarios informativos -nacionales y locales- de noticias jurídicas cuyo contenido en materia de Derecho Procesal penal sea consistente y, por ende, apto para el desarrollo de la misma. La correcta realización de esta primera tarea resulta primordial para la consecución del objetivo principal propuesto -la enseñanza del Derecho Procesal a través de la utilización de la prensa escrita como medio de innovación docente- y de todos los demás objetivos también antes señalados -segundo apartado: "*Objetivos*"-. Es por ello reseñable, el enorme interés en la localización y el uso de noticias que referidas a un mismo asunto, difieran en el tiempo y permitan realizar un seguimiento de las distintas cuestiones y aspectos procesales que en el pudiesen observarse con relación a cada una de las fases del proceso penal. El análisis de esas mismas noticias desde diferentes líneas editoriales enriquecerá en gran medida el desarrollo de esta actividad de innovación docente¹⁶.

El desarrollo de esta actividad de innovación docente estará dividido en cinco grandes sesiones:

1. La primera sesión servirá para informar y explicar a los alumnos en qué va a consistir el desarrollo de ésta actividad de innovación docente. Ya en esa primera sesión se establecerán los contenidos teóricos del programa de la asignatura que se pretenden trabajar a través de ella, así como las pautas y orientaciones necesarias para su desarrollo. También se aclararán las posibles dudas que pudiesen existir sobre la propia actividad de innovación docente, sobre su desarrollo o sobre su evolución, y se establecerá el cronograma relativo a su desarrollo.
2. La segunda sesión se dividirá en dos partes. En la primera de ellas, los alumnos tendrán que trabajar autónomamente y desde sus casas. Así, durante los 15 días posteriores a la celebración de la primera sesión, los alumnos deberán buscar la noticia de prensa -de carácter nacional o local relacionada con el contenido de la asignatura- que utilizarán para el desarrollo de toda la actividad. Se les

¹⁶ FONT RIBAS, A. (2004), "Líneas maestras en el aprendizaje por problemas", *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, núm. 49, pp.79-96.

recomendará que a la hora de escoger la noticia, intenten que ésta cuente con el mayor número de elementos posibles relacionados con el contenido teórico de la asignatura y, a ser posible, que sea una noticia de Derecho Procesal penal. Pues aunque el contenido de la asignatura también cuenta con una parte de Derecho Procesal civil, la parte de Derecho Procesal penal es la predominante en ella. Será de enorme interés establecer temas guías como por ejemplo: las cuestiones sobre la orden europea de detención -Caso Puigdemont-; las diligencias previas e investigación de un crimen -Caso de Diana Quer-; o la prueba en el juicio oral -Caso “La manada”-.

Durante ese mismo espacio de tiempo, y antes de iniciar la segunda parte de esta misma sesión, los alumnos deberán haber recopilado todas las noticias de prensa relacionadas con el caso jurídico que hayan seleccionado, leerlas y confrontarlas, a fin de establecer una relación de los hechos jurídicos más destacados, especialmente de aquellos que estén relacionados con el contenido teórico de la asignatura.

Una vez ya en clase, durante la segunda parte de esta sesión, los alumnos realizarán una exposición pública de todo el trabajo realizado hasta el momento, y responderán a las posibles preguntas que el profesorado o el resto de los alumnos les puedan plantear sobre los distintos aspectos procesales de los hechos jurídicos noticiables seleccionados.

3. Cuando en las clases teóricas impartidas por el profesorado de la asignatura se hayan abordado los temas relativos a la denuncia, la querrela y las partes acusadoras en el proceso penal, se iniciará el desarrollo de la tercera sesión. En ella, cada alumno redactará una denuncia partiendo de los hechos jurídicos de los que se componen la noticia elegida, que tras ser entregada al profesor, deberá ser expuesta públicamente en clase.
4. Explicados en clase los temas relativos a la detención y a la prisión preventiva, se desarrollará la cuarta sesión. Ésta se centrará en el estudio de las diferentes cuestiones relativas a la detención de los imputados, la prisión provisional y su duración, la libertad provisional bajo fianza, y el cómputo posible de la condena.
5. La quinta y última de las sesiones de la que se compone el desarrollo de esta actividad de innovación docente se destinará a practicar la redacción de los escritos que correspondan en atención a la fase procedimental en la que se encuentre el hecho judicial objeto de la noticia.

De forma común a todas las sesiones, cabe como variable que el resto de los alumnos conformen grupos que asuman diferentes roles procesales -Juzgador, Acusación Particular, Acusación Popular, Ministerio Fiscal, Defensa- para desde éstos poder debatir las distintas cuestiones procesales relacionadas con cada una de las noticias previamente seleccionadas¹⁷.

¹⁷ CABALLO I ANGELATS, L. (2011), “La docencia del Derecho Procesal basado en problemas”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

4.3. Evaluación.

Nuevamente, recordar que la asignatura Derecho Procesal II -grupo A y B- del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Granada se compone de 6 créditos. Con la intención de poder impartir el contenido teórico de la asignatura al tiempo que desarrollar la actividad de innovación docente propuesta, tal y como antes hemos señalado, de las 60 horas -6 créditos- de las se disponen, solo 10 horas -1 crédito- serán destinadas al desarrollo de esta actividad de innovación docente. Las 50 horas restantes -5 créditos- se destinarán a la explicación del contenido teórico de la asignatura a través de las clases magistrales impartidas por el profesorado universitario responsable de ella y, por ende, de la esta actividad de innovación docente.

De acuerdo al contenido de la Guía Docente y Didáctica de la asignatura Derecho Procesal II -grupo A y B- del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Granada, su calificación final se compondrá, de un lado, por la nota obtenida en el examen final que los alumnos realicen de la asignatura -70% de la nota final de la asignatura-, y de otro lado, por la calificación que se obtenga por la realización del resto de actividades -30% de la calificación final de la asignatura. Así, la participación de los alumnos en el desarrollo de esta actividad de innovación docente podrá ser valorada con hasta un máximo de 3 puntos.

La participación de los alumnos en el desarrollo de esta actividad de innovación docente será plenamente voluntaria, pero sobreentendiendo que, salvo por razones debidamente justificadas y comunicadas con anterioridad al inicio de la misma al profesorado de la asignatura que impidiesen al alumno participar en ella, todos los alumnos matriculados en la asignatura Derecho Procesal II -grupo A y B- del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Granada participarán en su desarrollo. En todo caso, para poder superar positivamente la asignatura será necesario que el alumno apruebe el examen final -escrito u oral- de la misma.

5. Reflexiones finales.

A través de la participación de los alumnos en el desarrollo de estas dos actividades de innovación docente, se pretende que éstos profundicen y refuercen el estudio de determinadas instituciones y conceptos jurídicos de Derecho Procesal esenciales para el posterior desarrollo de la práctica jurídica y, por ende, de sus futuras actividades profesionales; al tiempo, que pongan en práctica el conjunto de conocimientos jurídicos de Derecho Procesal que previamente han adquirido en clase a través de las lecciones magistrales impartidas por el profesorado responsable de ambas asignaturas. Objetivos que antes, por medio de los tradicionales sistemas de enseñanza basados en las clases magistrales de la asignatura impartidas por el profesorado universitario y el desarrollo de ciertas prácticas basadas en la contestación por el alumnado a determinadas cuestiones planteadas por el profesorado, eran imposibles de alcanzar.

Mientras los alumnos se convierten en los auténticos protagonistas de estas dos actividades de innovación docente, al constatar como los conocimientos jurídicos que previamente han adquiridos en las clases teóricas impartidas por el profesorado de la

asignatura pueden ser aplicados directamente en la práctica jurídica -a través de una película o de un caso real recogido en prensa, respectivamente-; el papel desempeñado por el profesorado responsable de las asignaturas y, como resultado, de estas dos actividades de innovación docente, durante el desarrollo de las mismas, no es el de un mero espectador, sino más bien todo lo contrario. El profesorado interactúa constantemente con los estudiantes: participando en el debate que se genera de forma posterior a la proyección de la película, planteando diferentes cuestiones, resolviendo las dudas que pudiesen invadir a los alumnos y facilitándoles a éstos últimos los materiales que les son necesarios para su participación en el desarrollo de ambas actividades de innovación docente. Es por ello, que el éxito o el fracaso de estas dos actividades de innovación docente dependerán en gran medida del nivel de interacción alcanzado entre el profesorado y los alumnos que en ellas participan.

Entendemos que trabajar con estos supuestos -películas y casos jurídicos recogidos en prensa, respectivamente- despierta el interés, la implicación y la motivación de los alumnos; transformando las clases prácticas de la asignatura en una actividad dinámica y atractiva para ellos, así como en una oportunidad para potenciar y fomentar su capacidad crítica y de autoaprendizaje.

Bibliografía.

-CABALLO I ANGELATS, L. (2011), “La docencia del Derecho Procesal basado en problemas”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

-CÁRAMA RUIZ, J. (2011), “Herramientas y técnicas para la docencia del Derecho Procesal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

-CUBILLO LÓPEZ, I.J., FERNÁNDEZ CARRÓN, C., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (2011), “Utilización del cine como herramienta para la docencia del Derecho Procesal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *Aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos en la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

-DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (2013), “El aprendizaje del derecho procesal a través del cine”, en BERZOSA LÓPEZ, D., CUADRADO PÉREZ, C., CALATAYUD PRATS, I., y VELASCO FABRA, G.J. (Coord.): *La evaluación e innovación docente en el Grado de Derecho*. Cizur Menor: Aranzadi.

-FERREIRO BAAMONDE, X. (2009), "Matar un reiseñor o dereito a un proceso xusto", en PERNAS GARCÍA, J.J. (Coord.): *O ensino do Dereito a través do cinema: unha perspectiva interdisciplinar. Materiais didácticos para un sistema ECTS*. Coruña: Universidad de Coruña, Universidad de Santiago, y Universidad de Vigo.

-FERREIRO BAAMONDE, X. y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. (2011), “El cine como instrumento metodológico en la docencia del Derecho Procesal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

-FONT RIBAS, A. (2004), "Líneas maestras en el aprendizaje por problemas", *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, núm. 49, pp.79-96.

-GARCÍA MARTÍN, R. (2014), “Análisis crítico de actualidad jurídica como método docente”, *Reduca (Derecho). Serie Derecho Procesal*, vol.5, núm.1, pp.18-29.

-GARRIDO CARRILLO, F.J. (2012), “La orientación y tutoría académica, profesional y personal del estudiante de Derecho”, en GARRIDO CARRILLO, F.J.: *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Granada: Comares.

-GARRIDO CARRILLO, F.J. y ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M. (2012), “Nuevas tecnologías y adquisición de competencias en la enseñanza del Derecho”, en GARRIDO CARRILLO, F.J.: *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Granada: Comares.

-GARRIDO CARRILLO, F.J. (2012), “Los espacios virtuales interactivos (EVI) en la enseñanza del Derecho: un modelo para la docencia de Derecho Procesal”, en GARRIDO CARRILLO, F.J.: *Intercambios y buenas prácticas en la enseñanza del Derecho. Nuevos Métodos Docentes*. Granada: Comares.

-GRANDE SEARA, P. y ESPINO HERNÁNDEZ, D. (2011), “La prensa escrita como recurso para el aprendizaje del Derecho Procesal Penal”, en PICÓ I JUNOY, J.: *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Bosch.

-LÓPEZ PICÓ, R. (2018), “El empleo del cine como medio de innovación en la enseñanza del Derecho Procesal”, en MENOR CAMPOS, D.J., PINEDA MARTOS, C., BERLANGA CAÑETE, F.A., RAYA BERMÚDEZ, A.I. y LEIVA CANDIA, D.E.: *Libro resúmenes de comunicaciones. I Congreso Virtual Internacional de Innovación Docente Universitaria*. Córdoba: Córdoba University Press.

-PICÓ I JUNOY, J., ADÁN DOMÉNECH, F., CERRATO GURI, E., y CASANOVA MARTÍ, R. (2015), “El cine como metodología docente del derecho procesal”, en VILLCA POZO, M., y CARRERAS I CASANOVAS, A.: *Docencia virtual y experiencias de innovación docente: entornos b-learning y e-learning*. Barcelona: Huygens, D.L.

-SERRANO MORENO J.L. (Coord.) (2014). *Cine y literatura como herramientas didácticas*. Granada: Godel.

INVESTIGACIÓN SUSTANTIVA

GLOBALIZACION Y CRISIS ECONOMICA EN LA ECONOMIA SOCIAL: ALGUNAS CUESTIONES TRIBUTARIAS

GLOBALIZATION AND ECONOMIC CRISIS IN THE SOCIAL ECONOMY:
SOME TAX ISSUES

IGNACIO CRUZ PADIAL
Catedrático de Escuela Universitaria
Área de Derecho Financiero y Tributario
ignacio@uma.es
Universidad de Málaga

Resumen:

Se ha producido un cambio importante en la forma de realizar las actividades comerciales motivado por la crisis económica y la economía digital. Este proceso ha incidido en las empresas tradicionales, así como en los entes de economía social.

Se pretende poner de manifiesto la incidencia que las nuevas formas de financiación surgidas pueden tener en la economía social en general y cooperativas en particular; asimismo, como puede incidir la economía digital en el desarrollo de la actividad económica de las cooperativas.

En ambos casos, se analizan las implicaciones tributarias que conlleva el desarrollo de la actividad económica, y se pretende poner de manifiesto en que medida se han utilizado las nuevas formas de financiación y la realización de actividades de forma digital.

Palabras clave: Crisis económica, fuentes de financiación, economía digital, economía social, cooperativas.

Abstract:

There has been a major change in the way of conducting business because of the economic crisis and the digital economy.

This process has had an impact on traditional enterprises, as well as on social economy entities.

It is intended to highlight the effects that new forms of financing can have on the social economy in general and cooperatives in particular; also, how the digital economy may affect the development of the economic activity of cooperatives.

In both cases, the tax implications of the development of economic activity are analyzed. The purpose of this research is to reveal the new avenues of finance and digital activities.

Keywords: Economic crisis, sources of financing, digital economy, social economy, cooperatives.

Sumario: 1. Introducción. 2. Estado actual de la cuestión. 3. Algunas formas de financiación alternativa. 3.1. Crowdfunding. 3.1.1. Incentivos fiscales. 3.2. Business Angels. 3.3. Microcrédito. 4. Economía Digital. 4.1. Las cooperativas digitales como fenómeno novedoso. 4.1.1. Cooperativas digitales: su delimitación y diferenciación con las cooperativas tradicionales. 5. A modo de resumen final. Bibliografía.

1. Introducción.

El cambio de siglo ha traído consigo una importante modificación en las relaciones comerciales a nivel internacional. Consideramos que han sido varios los factores claves que lo han desencadenado. No obstante, nosotros vamos a centrar nuestra atención en dos aspectos que consideramos esenciales en todo el proceso de lo que podríamos considerar como nueva forma de realizar la actividad económica; nos estamos refiriendo, por un lado, a la importante crisis económica que ha acontecido en la última década y que ha incidido en un cambio profundo en la forma de gestionar la actividad económica; de otro, al proceso de globalización de la actividad económica asociado a la economía digital.

Es obvio que todo este proceso descrito ha incidido en las empresas y en las entidades de economía social, entendida ésta como se define en el texto de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, como un conjunto de actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con unos principios, persiguen el interés general económico o social o ambos.

Ahora bien, cabría preguntarnos si les ha afectado de igual forma que al resto de entidades puesto que, en principio, puede resultar que los aspectos descritos como modificadores de las relaciones comerciales no les ha perjudicado igual que al resto de empresas, es más, también podría resultar que las entidades de economía social han sido un factor importante, por su evolución y desarrollo, para solventar la crisis económica con mayores garantía y eficacia que el resto de las entidades debido a su menor dependencia del mercado de capitales, motivado por la naturaleza y configuración de su estructura financiera.

Para responder a las ideas descritas pretendemos incidir en dos aspectos:

Así, vamos a hacer referencia a las nuevas formas de financiación que se ha generado en los últimos años y que pueden ser mecanismos que, en principio, deberían tener una mayor adaptación a la filosofía de las empresas de economía social, nos referimos entre otras a crowdfunding, business angels, microcrédito o cualquier otra forma alejada de la clásica financiación bancaria y como nuevos elementos surgidos, en que medida podemos considerarlos como apropiados para los entes de economía social en el marco del proceso de crisis económica que nos ha asolado.

En segundo término, vamos a referirnos a las implicaciones que está ocasionando la economía digital y en que medida los entes de economía social pueden adaptarse a esta nueva forma de actividad económica, pondremos un especial énfasis en las cooperativas, puesto que consideramos que estas últimas, junto a las sociedades

anónimas laborales, son las que pueden desarrollar una actividad más en la línea o filosofía de lo que son empresas de capital.

En definitiva, en este trabajo nos vamos a centrar solo en los aspectos tributarios de algunas de las nuevas formas de financiación surgidas, al margen de las consideradas tradicionales, y de forma más concreta en las que puedan implicar la tributación de las actividades económicas realizadas digitalmente.

No pretendemos hacer un estudio exhaustivo de cada una de las nuevas formas de financiación desde ninguna de las vertientes jurídicas posibles, sólo ponerlas de manifiesto y ver en que medida, desde la vertiente tributaria, las más significativas pueden contribuir ayudando a fomentar la actividad económica en general y a las empresas de economía social en particular.

El mismo planteamiento expuesto en el párrafo anterior lo aplicamos al entorno de la economía digital, con la idea de concretar las implicaciones tributarias que se derivan de esta forma de realizar la actividad económica, que entendemos no es en sí una nueva forma de actividad, sino que es la propia actividad económica del siglo XXI.

2. Estado actual de la cuestión.

La globalización económica es innegable que ha ocasionado un cambio en las relaciones económicas entre entes y a ello han contribuido diversos factores a los que de una forma sucinta vamos a hacer referencia.

Así, en primer término, el propio concepto de la globalización económica encuentra su máxima expresión en las actividades comerciales y/o empresariales, traspasando fronteras y potenciando una internacionalización que muchas de las pequeñas y medianas empresas no han podido materializar.

Con ello pretendemos poner de manifiesto como el proceso globalizador ha sido beneficioso en algunos aspectos, pero también ha desencadenado un aspecto perjudicial para determinados sectores económicos, como puede ser el sector de la pequeña y mediana empresa, ya que muchas de ellas debido a que el entorno económico es cada vez más cambiante no consiguen su adaptación a un mercado en el que las grandes empresas acaban ocupando posiciones relevantes y copan las cuotas de mercado¹.

En segundo término, podemos hablar de la crisis económica que nos ha asolado desde 2008 y que ha desencadenado una distorsión en los estándares establecidos, y que ha afectado, como es obvio, a los entes de economía social.

¹ Sobre este aspecto, puede verse CRUZ PADIAL, I. (2007), "Sistema tributario: su falta de adecuación al contexto actual originado por el proceso de globalización económica", *Nueva Fiscalidad*, nº 9, pp 12-13; donde se afirmaba que el contexto económico en el que se enmarcaban los parámetros legislativos no estaban en sintonía con lo que la globalización estaba ocasionando, en mayor medida con las normas tributarias, en las que la brecha que se establecía entre su configuración y su reflejo en la realidad económica estaba cada vez más lejana.

Ahora bien, como han argumentado Chaves y Monzón “las entidades de economía social están llamadas a desempeñar un especial papel en la crisis europea”²; en línea con esta afirmación cabe poner de manifiesto que, si bien es cierto que los efectos devastadores de la crisis económica son palpables, los entes de economía social tienen la oportunidad en este contexto de hacerse con una cuota de mercado que han dejado vacante otros entes o formas organizativas de corte capitalista.

La erosión que la crisis económica ha ocasionado en el Estado del bienestar ha otorgado una oportunidad de adquirir una cuota de mercado por aquellos entes organizativos que se caracterizan por desarrollar un modelo económico que no depende totalmente de las fuentes de financiación tradicionales. En efecto, en principio podría pensarse que los entes de economía social presentan una mayor resistencia a los procesos de crisis económica por la naturaleza socializada de sus fuentes de financiación, lo que les otorgaría una menor presión fiscal en las crisis financieras que desencadenan el menoscabo de la actividad económica³.

Otra causa a la que podríamos aludir como una de las principales consecuencias de la crisis económica ha sido el recorte de la liquidez disponible para los potenciales consumidores por parte de las entidades de crédito, situación que ha sido determinante, ya que se daba la circunstancia de que se venía de niveles históricos de financiación por parte de las entidades crediticias, con lo que los recortes radicales en ésta resultaron más traumáticos.

Es por ello, por lo que la búsqueda de sistemas de financiación alternativos adquirió especial relevancia, lo que han conllevado no sólo su puesta en práctica sino también como abordar la posible tributación que se deriva de su implantación, aspecto al que dedicaremos nuestra atención.

De entre las formas de financiación alternativas que aludimos, han sido diversos los mecanismos que se han instrumentado y que han puesto de manifiesto como la actividad empresarial puede presentar soluciones frente a la falta de liquidez crediticia por parte

² CHAVES, R Y MONZÓN, J, L. (2012), *La Economía Social en la Unión Europea*, Consejo Económico y Social Europeo, Bruselas, p. 23.

³ En este aspecto se nos presentan dudas razonables sobre la veracidad de la menor afectación de la crisis económica a los entes de economía social. Véase a este respecto el trabajo de CANTARERO, S, GONZÁLEZ-LOUREIRO, M, Y PUIG, F. (2017), “Efectos de la crisis económica sobre el emprendimiento de empresas de economía social en España: un análisis espacial”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 125; en el mismo a partir de la definición de un índice de agrupación de empresas se realiza una comparación entre la creación de empresas de economía social y mercantiles en épocas de crecimiento frente a épocas de recesión, lo hace considerando las distintas Comunidades Autónomas y los sectores económicos por sectores más representativos. En síntesis, en el estudio se pone de manifiesto como el carácter anti-cíclico de la economía social en las épocas de crisis queda en entredicho; lo que puede hacer cambiar la visión hasta ahora existente sobre los entes de economía social. Asimismo, en línea con lo antedicho, véase CHAVES AVILA, R y SAVALL MORERA, T. (2014), “La insuficiencia de las actuales políticas de fomento de cooperativas y sociedades laborales frente a la crisis en España”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 113, monográfico: Crisis económica actual y sus posibles repercusiones en la economía social, pp. 61-91, donde manifiestan que ante la crisis económica las cooperativas y sociedades anónimas laborales no constituyen un sector especialmente subvencionado ya que el alcance de esas políticas ha sido muy reducido, lo que ha ocasionado el no poder mejorar su estatus en épocas de crisis.

de las entidades financieras. Estos mecanismos de financiación alternativos han sido, como más relevantes, los denominados crowdfunding⁴, business angels⁵, microcrédito⁶. Mecanismos de financiación alternativos a los que, sin pretender hacer un análisis exhaustivo de cada uno de ellos, con posterioridad nos referiremos. Mecanismos alternativos que comportan una mayor independencia de las entidades financiadoras clásicas sin perder de vista que cada una de las modalidades descritas presenta sus propios parámetros y peculiaridad.

También podríamos haber considerado aquí como alternativa algunos modelos económicos o de negocios de mayor alcance como la economía del bien común⁷, nuevos modelos sociales de emprendimiento⁸, y la economía colaborativa⁹, pero su análisis, por breve que este fuera, excedería con creces los límites de este trabajo, que por sí mismo ya plantea cuestiones amplias.

De esta forma, teniendo presente que los factores enumerados tienen una influencia importante en el desarrollo de la actividad económica, ello debería hacer que los entes de economía social asumieran un rol relevante y ocuparan el hueco que dejan las empresas capitalistas y buscaran su consolidación en un contexto económico y social que demanda soluciones¹⁰.

Asimismo, cabe destacar el papel que en este aspecto juegan los Organismos supranacionales, que deben ser los incentivadores de los entes de economía social, nos referimos a la Unión Europea, la Comisión y al Parlamento Europeo. En los últimos años han sido muchas las medidas articuladas que han puesto el énfasis en la

⁴ SANZ GÓMEZ, R, y LUCAS DURÁN, M. (2015), Implicaciones tributarias del crowdfunding o financiación colectiva”, *Quincena Fiscal*, nº 9, pp. 19-69. SALVADOR SÁEZ, D. (2015), “El crowdfunding no lucrativo como mecanismo alternativo de financiación en la economía social”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26, pp. 303-329. SOTO MOYA, M.M. (2016), “La tributación del prestatario en los prestamos colectivos a través de plataformas electrónicas: especial referencia a los beneficios fiscales”, *Quincena Fiscal*, nº 20, pp. 37-53; MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. (2015), “El tratamiento fiscal del crowdfunding”, *Quincena Fiscal*, nº 14, pp. 59-86.

⁵ SOTO MOYA, M.M. (2016), “Incentivos a la financiación empresarial: el caso particular de los business angels en España”, *Cooperativismo y Desarrollo*, volumen 24, nº 108.

⁶ BAHÍA ALMANSA, B. (2011), “El microcrédito como instrumento de financiación al servicio de las entidades de economía social. Especial referencia al instrumento europeo de microfinanciación progress” *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 106, pp. 33-54.

⁷ GARCÍA CALVENTE, Y. (2015), “Economía del Bien Común: Análisis y propuestas sobre la constitucionalidad de su incentivación fiscal”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26, pp. 261-300.

⁸ SÁNCHEZ PACHÓN, L.A, y PÉREZ CHINARRO, E. (2015), “Las entidades de economía social como protagonistas de un nuevo modelo de emprendimiento y medidas legales de apoyo al emprendimiento”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 84, pp. 35-62.

⁹ NAVARRO EGEA, M. (2016), “La economía colaborativa ante la Hacienda Pública”, en la obra colectiva, *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, dir. (Alfonso Sánchez, R, y Valero Torrijos, J), Aranzadi, Pamplona, pp. 523-543.

¹⁰ En este sentido argumenta ARDAZUN, P. (2015), “Globalización del proceso productivo establecido y su impacto socioeconómico. El caso de ORKLIS. COOP. En China”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 83, pp. 173-176, que “respecto a las oportunidades es preciso aceptar la realidad y aprovechar las ocasiones que presenta la globalización. Solo es un riesgo para quienes se aferran al pasado”. La autora hace referencia expresa a las cooperativas.

importancia de la economía social como un instrumento eficaz frente a la crisis de la actividad económica empresarial y que, entre otras, podríamos sintetizar en:

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 27 de octubre de 2010 titulado “Hacia un Acta de Mercado único por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos”.
- Resolución del Parlamento Europeo de 2 de julio de 2013, en la que se resalta el papel de las cooperativas como motor para la creación de empleo en tiempos de crisis en la zona comunitaria y pone un especial énfasis en las cooperativas y los beneficios que estas pueden aportar para salir de la recesión económica.
- Programa Marco de la Unión Europea para el Empleo y la Política Social, de la Comisión Europea, en el que se pone de manifiesto la necesidad de cumplir los objetivos del programa Europa 2020, destacando el aspecto potencial que tienen los entes de economía social para conseguirlo.
- Resolución del Parlamento Europeo de 10 de septiembre de 2015, sobre emprendimiento social en innovación social en la lucha frente al desempleo que asola a la zona europea, poniendo a los entes de economía social como motor de cambio para revertir la situación.
- Resolución de 7 de diciembre de 2015, en la que se dice que la economía social ha contribuido a que la crisis económica vea mermada su influencia, y que han contribuido al desarrollo económico, social y humano de Europa.
- Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016 “Una Agenda Europea para la economía cooperativa”, en la que además de proporcionar una definición uniforme, para los Estados miembros, sobre lo que debe entenderse por economía colaborativa en la UE, se identifican problemas y se trazan líneas estratégicas que, a modo de orientaciones, han de inspirar las políticas nacionales y propiciar el desarrollo de buenas prácticas en materia fiscal.

Es por ello por lo que podríamos afirmar que los entes de economía social se han afianzado, y diríamos que asentado, en un contexto económico no favorable; es más, podríamos tener la percepción de que quienes realizan una actividad amparada por los valores en los que se asientan los entes de economía social estarían contribuyendo a evitar destrucción de empleo e incluso a la creación de nuevos entes que desarrollen su actividad bajo el prisma de la economía social. Cabría plantearse si la creación de un ente de economía social con la finalidad de acogerse a beneficios fiscales, cada día menores, no estaría más en sintonía con la idea de su creación como medio de vida y subsistencia, bajo el prisma de que el empleo y los valores que promueven estos entes resisten a entornos sociales y económicos adversos.

Establecido lo anterior, podríamos afirmar que, tras la crisis económica, podemos concretar nuevos elementos caracterizadores de la economía social; o lo que es igual, ha existido una evolución en sus elementos definidores, no nos referimos a un cambio, puesto que los entes de economía social están basados en unos valores y principios que están recogidos en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social y que no es

posible desprenderse de ellos¹¹. No obstante, junto a estos principios y valores no podemos obviar que se han incorporado otras notas características, a tenor de las experiencias sobrevenidas en los últimos años que les han afectado; entre ellas podemos destacar¹²:

- Capacidad de adaptación al entorno, los entes de economía social han demostrado capacidad de subsistencia en entornos económicos desfavorables que les ha permitido mantener una cuota de mercado.
- Su posible independencia respecto de los ciclos económicos, o lo que es igual su carácter anti-cíclico que les ha posibilitado subsistir en situaciones económicas adversas¹³.
- Pueden constituir un elemento relevante de presión social para lograr una adaptación legislativa o creación de la misma. Ello puede ser motivado porque las iniciativas ciudadanas, usualmente canalizadas a través de Asociaciones profesionales, pueden ir por delante de la articulación en textos normativos de la realidad social. Consideramos ejemplos de esta situación la propia Ley de Economía Social, así como la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.
- Se convierten en un medio de subsistencia, ya que las situaciones de crisis económica devienen en la necesidad de encontrar fórmulas alternativas de financiación y por ende de subsistencia.
- Son pioneras en sobrevivir en un entorno fiscal que suscita recelo y confusión por la dificultad de su aplicación práctica; el problema de la fiscalidad de las cooperativas, por su interpretación, diríamos que en la actualidad sería extrapolable por la falta de regulación específica de muchas de las actividades que podríamos encuadrar bajo los principios de la economía social¹⁴.
- Se constituyen en referentes para crear actividades que son constitutivas de una demanda social. En efecto, no resulta extraño que muchas actividades que, por causas diversas, no han sido objeto de las empresas tradicionales acaben siendo creadas por los entes de economía social para cubrir ese hueco del mercado en el que existía una demanda real.

¹¹ Como principios que conforman la Economía Social, podemos destacar: primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en una gestión autónoma, transparente, democrática y participativa; aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por los socios; promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local; la igualdad de oportunidades; la cohesión social; la inserción de personas en riesgo de exclusión social; y la generación de empleo estable y de calidad.

¹² Véase, GUTIERREZ BENGOCHEA, M y SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. (2016), *Aspectos tributarios de las cooperativas y sociedades laborales*, Comares, pp. 29-31.

¹³ En este sentido, véase GRÁVALOS, M.A y POMARES, I. (2001), “Cooperativas, desempleo y efecto refugio”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 74, pp. 84. Aquí también tenemos que aludir a CANTARERO, S, GONZÁLEZ-LOUREIRO, M, y PUIG, F. “Efectos de la crisis económica sobre el emprendimiento de empresas de economía social en España: un análisis espacial”, *op. cit.*, en el que, como ya hemos puesto de manifiesto, se llega a conclusiones contrarias.

¹⁴ Queremos resaltar en este punto como muchas de las actividades que podemos encuadrar bajo los principios de la economía social, al margen de las cooperativas que, si tienen regulación fiscal concreta, no es que hayan subsistido en un entorno fiscal ambiguo o confuso, sino que ha sido inexistente en muchos casos, como ha ocurrido con carácter previo a la promulgación de la Ley 5/2015, con las actividades basadas en modelos alternativos de financiación colectiva.

Pues bien, hasta aquí lo que podemos considerar como las circunstancias que han acaecido en los entes de economía social y como estos debido al proceso de globalización económica en el que nos encontramos inmersos y también a los efectos que la crisis económica ha provocado, han originado una evolución en estos entes, y es a partir de los nuevos mecanismos de financiación que se han generado lo que los convierte en entidades singulares para captar financiación. A algunas de estas modalidades de financiación, por las implicaciones tributarias que comporta su utilización, es a lo que vamos a hacer referencia, para seguidamente centrar nuestra atención en la Economía digital y los aspectos tributarios que conlleva para establecer las implicaciones que, de forma especial, pueda ocasionar en las cooperativas.

3. Algunas formas de financiación alternativas.

En este apartado, una vez descritos los cambios acaecidos en la economía social en los últimos años, vamos a analizar los mecanismos de financiación alternativos más representativos que se han auspiciado, entre otros motivos, por la crisis económica que ha limitado las fuentes de financiación y todo ello con el objeto de determinar en qué medida estas fuentes de financiación alternativas pueden afectar, siendo útiles, a la economía social en general.

3.1. Crowdfunding.

Como alternativa a la financiación bancaria surge el crowdfunding como un mecanismo de financiación colectivo que en los últimos años ha proliferado de forma considerable¹⁵.

En nuestro país hasta la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial no teníamos un régimen jurídico para las plataformas de financiación participativa, en esta norma se ha regulado la actividad de crowdfunding en las que prime el componente financiero, dejando fuera de regulación otras formas de financiación colectiva.

A nivel de Estados miembros de la Unión Europea se ha abordado este tema de forma diversa en lo que respecta a su normativa interna, unos no lo han abordado, otros ya tienen un marco jurídico aplicable¹⁶ y nosotros hemos tomado las primeras medidas para tener una normativa que respetando los derechos de las partes intervinientes aporte seguridad jurídica a ese tipo de financiación.

En nuestro país hasta la promulgación de la Ley 5/2015, no había existido regulación jurídica ni se había potenciado ningún tipo de incentivo tributario. De ahí que vayamos

¹⁵ Como indica la Comisión Europea en su comunicación sobre microfinanciación colectiva de 27 de marzo de 2014 “La microfinanciación colectiva presenta asimismo grandes ventajas potenciales para la innovación, la investigación y el desarrollo, y podría contribuir al crecimiento, el desarrollo social y la creación de empleo, haciendo posible a un tiempo la financiación de proyectos innovadores que carecen del nivel de madurez exigido por las fuentes tradicionales de los mercados financieros. En comparación con otros tipos de financiación, también pueden reducir los costes y la carga administrativa para las empresas, en particular las PYMES”.

¹⁶ En Italia, Regolamento in materia di “Raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line”, de 29 de marzo de 2013.

a centrar nuestro análisis en estos dos aspectos; así, de un lado pretendemos analizar el marco actual normativo del crowdfunding; de otro, el análisis de los incentivos fiscales aplicables a esta forma de financiación.

De las formas existentes de crowdfunding, vamos a centrarnos en las modalidades de crowdfunding lucrativo, préstamos y participaciones en el capital que son las que están recogidas en la Ley 5/2015, en la que se ha establecido un régimen diferenciado para cada una de dichas tipologías¹⁷.

El crowdfunding lucrativo, que está dirigido de forma primordial a proyectos empresariales, conlleva un retorno de carácter económico-financiero para el inversor en forma de intereses en el caso del crowdfunding de préstamos, o de participación en los beneficios de la entidad y plusvalías, en el supuesto de crowdfunding de inversión.

Esta modalidad de crowdfunding puede suponer un sistema alternativo de financiación de la pequeña y mediana empresa, bien mediante la modalidad de préstamos o la posibilidad de participar en el capital de la empresa promotora del proyecto¹⁸.

Este modelo de crowdfunding lucrativo, en el que el inversor espera recibir una remuneración dineraria por su participación en el proyecto, en esencia es un contrato atípico de difícil encaje en las figuras contractuales habituales, lo que unido a la posible participación relevante de inversores y al carácter arriesgado de esta modalidad de inversión, consideramos ha sido un factor determinante para la promulgación de la Ley 5/2015, que se ha limitado a regular el crowdfunding financiero con la finalidad de otorgar seguridad jurídica y claridad a esta modalidad de plataformas de financiación colectiva; no obstante, pensamos que esta regulación resulta demasiado restrictiva para todas las partes intervinientes y que sin embargo, ha obviado el tratamiento fiscal que debía haberla acompañado mejorando el sistema de beneficios fiscales.

No es nuestro objeto entrar en la regulación específica que sobre esta casuística se hace en la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial¹⁹, sólo incidir en la especial protección que se hace del inversor por los límites que se establecen²⁰, y ello porque no existen unos límites similares en otro tipo de inversiones privadas que comportan igual o mayor riesgo, lo que supone una cortapisa importante para el inversor a la hora de apoyar estas fórmulas de financiación alternativa, puesto que a éste se le supone conecedor del riesgo que toda inversión en proyecto empresarial comporta²¹.

¹⁷ No hacemos alusión a las otras dos formas usuales de crowdfunding, como son las basadas en donaciones y recompensas, por no encajar estas de forma directa como fuentes o alternativas de financiación empresarial. Sobre la tributación del crowdfunding en todas sus facetas, véase SOTO MOYA, M. M. (2018), *Tributación del crowdfunding*, Tirant lo Blanch.

¹⁸ Consideramos que la falta de interés o el crecimiento que podría esperarse de estas fórmulas de financiación informal en nuestro país está en su no consideración por los escasos incentivos estatales en estas modalidades de inversión, de forma especial en lo que a la vertiente tributaria se refiere.

¹⁹ Puede verse, entre otros a MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. “El tratamiento fiscal del crowdfunding”, *op. cit.*

²⁰ Véanse artículos 81-82 de la Ley 5/2017.

²¹ Otro aspecto que resaltar es que los promotores e inversores pueden ser residentes en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea, pero en ambos casos quedan sujetos a la Ley 5/2015, si canalizan su participación en una plataforma que ejerza su actividad en territorio español; este hecho puede

3.1.1. Incentivos fiscales.

Para alcanzar un auge en estas formas de participación, debe acompañarse de un régimen fiscal favorable que promueva el uso de plataformas de financiación colectiva como método alternativo para la obtención de recursos financieros; es por ello, por lo que vamos a determinar los incentivos fiscales que pueden ser aplicables y tratar de mejorar lo existente en aras de promocionar la inversión privada en áreas o entidades a las que resulte difícil su financiación.

La utilización de estas modalidades de financiación colectiva en determinados proyectos empresariales ha permitido su desarrollo en momentos en los que no ha sido posible su acceso a otras fórmulas, en especial por parte de las pequeñas empresas y aunque con la regulación establecida se dota de un marco jurídico adecuado de protección al pequeño inversor, entendemos que no conseguirá su propósito mientras no se acompañe de unos beneficios fiscales acordes con la finalidad que la norma pretende.

Vamos a realizar un breve recorrido por los incentivos fiscales que pudieran ser aplicables a esta modalidad de financiación y que en gran medida son aplicables también a las otras modalidades, por lo que al analizarlos en este punto nos limitaremos después a resaltar sólo los aspectos tributarios que sean concretos de las otras modalidades de financiación.

En nuestro análisis incidiremos en aquellos aspectos que pensemos no están produciendo el efecto pretendido y que habría que modificar para el fortalecimiento de esta modalidad de financiación participativa²².

Así, por lo que se refiere a la imposición indirecta, en lo que concierne a los incentivos fiscales aplicables al prestamista por la entrega del préstamo al prestatario, si es préstamo concedido por particular su constitución estará sujeta pero exenta en transmisiones patrimoniales onerosas (TPO), asimismo, si el otorgante es empresario o profesional estará sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) pero exento.

En cuanto a la imposición directa, el prestamista recibirá la remuneración pactada que tributara en su base imponible del ahorro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) si es persona física o en el Impuesto sobre Sociedades (IS) si es persona jurídica, y soportara la retención correspondiente por parte del prestatario pagador del interés²³.

No está previsto en la normativa tributaria actual ningún tipo de beneficio aplicable para el prestamista en esta modalidad de financiación colectiva, a diferencia de lo que ocurre

complicar el aspecto internacional de la financiación, por lo que sería aconsejable una regulación de ámbito europeo que utilizara criterios uniformes con independencia de residencia y territorio.

²² En relación con los incentivos fiscales creados en los últimos años por el legislador con la finalidad de fomentar el emprendimiento y su aplicación a las empresas y entidades de Economía social, véase, MONTESINOS OLTRA, S. (2017), “Incentivos fiscales al emprendimiento y Economía Social”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2.

²³ En relación con la tributación del prestatario y sus posibles beneficios fiscales puede verse, SOTO MOYA, M. M: “La tributación del prestatario en los préstamos colectivos a través de plataformas electrónicas: especial referencia a los beneficios fiscales”, *op. cit.*

con otros tipos de rendimientos del capital mobiliario que aparecen parcialmente sometidos al IRPF, como ocurre con las rentas vitalicias o temporales inmediatas²⁴.

En cuanto a los incentivos aplicables al inversor, podríamos decir que éste se ha visto favorecido por la regulación establecida para los inversores de proximidad o business angels que les son de aplicación.

Las inversiones que fomentan los posibles beneficios fiscales, consideramos que no tienen carácter empresarial, puesto que los inversores se limitan a comprar unas participaciones con la finalidad de obtener una rentabilidad, pero no se convierten en empresarios, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con los business angels, los inversores del crowdfunding no se implican en la gestión del proyecto.

Sin entrar al detalle de lo establecido en cuanto al régimen de deducciones en cuota por parte de las Comunidades Autónomas, cualquier régimen tributario favorable a esta modalidad de financiación debe establecerse mediante Ley estatal y de aplicación a todos los inversores que sean contribuyentes por IRPF o IS, con independencia del domicilio fiscal de la empresa financiada²⁵.

En este sentido, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, como norma reformadora, supuso un avance importante para favorecer las aportaciones privadas de capital, tanto por parte de los inversores de proximidad, como la de aquellos otros que, estando interesados sólo en aportar capital deciden financiar un proyecto innovador.

La Ley 14/2013, puso el acento en dos aspectos fundamentales para el crowdfunding lucrativo: uno, la inversión realizada en nuevos proyectos empresariales, que permite la deducción en cuota estatal del IRPF con motivo de la inversión realizada en una empresa de nueva o reciente creación; otro, la exención de la ganancia patrimonial que en su caso pudiera obtener con motivo de la posterior desinversión, con la condición de que ésta se reinvierta en otra nueva entidad²⁶.

Los requisitos para poder aplicar la deducción están contemplados en el artículo 68.1.2º de la Ley del IRPF, norma reformada, donde se establecen tres requisitos. Nos interesa especialmente el primero de ellos, el referido a la forma jurídica que debe revestir la entidad participada, en la que se dejan fuera del ámbito de aplicación de la norma entidades que no revistan la forma indicada y que, en calidad de emprendedores, no

²⁴ Véase artículo 25.3 de la LIRPF.

²⁵ Entendemos que sería recomendable establecer una ley estatal de mínimos y a partir de ahí que cada Comunidad Autónoma pudiera establecer deducciones adicionales si así lo quiere. En relación con las deducciones establecidas por las Comunidades Autónomas y los problemas que pueden suscitarse respecto de los principios de justicia tributaria por las diferencias en los tipos aplicables en la deducción de la cuota del impuesto, véase RIBES RIBES, A. (2014), “Reflexiones críticas sobre el tratamiento fiscal de los inversores de proximidad o *business angels*”, *Quincena Fiscal*, nº 14, pp. 65 y sgts.

²⁶ Beneficios fiscales que se mantienen con alguna ligera modificación después de la reforma del IRPF, Ley 26/2014, de 27 de noviembre, entrada en vigor 1 de enero de 2015.

podrán acudir a esta modalidad de financiación colectiva, puesto que los inversores no obtendrían ningún beneficio fiscal y no financiarían el proyecto emprendedor²⁷.

Asimismo, si la pretensión de la norma es estimular el desarrollo de la pequeña empresa, al exigirse que las entidades se constituyan con arreglo a las normas españolas, el requisito de residencia del inversor y en su caso del emprendedor, puede perjudicar la internalización de nuestra economía, a la que no olvidemos hace alusión nuestra Ley 14/2013, de 27 de septiembre; es más, pensamos que podría plantearse un problema de legalidad de esta deducción por parte de la jurisprudencia comunitaria, puesto que está discriminando a no residentes frente a residentes, puesto que un inversor no residente no podrá acogerse a la deducción, lo que puede ocasionar que se plantee la cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En cuanto a las condiciones que deben concurrir en el contribuyente inversor y en las acciones o participaciones adquiridas, están recogidas en el artículo 68.1.3º de la Ley del IRPF y a ello nos remitimos por considerar que se recogen requisitos que consideramos coherentes, lo único que nos llama la atención es que la participación directa o indirecta, incluyendo la línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta segundo grado, no pueda ser superior en ningún momento al 40%, lo que entendemos puede dificultar en gran medida el poder acogerse a este incentivo fiscal; tal vez, en este punto no debería ser la norma tan restrictiva, creemos que hay margen para ello sin que se altere la prevención de evitar la creación de empresas formadas mayoritariamente por familiares.

Respecto de la exención por reinversión de ganancias patrimoniales del artículo 38.2 de la LIRPF, esta es compatible con la deducción prevista en el artículo 68.1, siempre que se verifique que el importe total obtenido sea reinvertido en acciones o participaciones en otras entidades de nueva o reciente creación.

Esta exención vincula las deducciones posteriores, ya que no se podrá practicar la deducción por inversión en las nuevas acciones o participaciones mientras que las cantidades invertidas no superen la cuantía exenta por reinversión²⁸.

En síntesis, esta exención junto con la deducción por adquisición de acciones o participaciones supone un trato fiscal favorable, que podría ser mejorado, puesto que el excesivo rigor de las normas para poder aplicar la deducción y la exención puede

²⁷ Consideramos este aspecto esencial, puesto que, salvo por las sociedades anónimas laborales, podría decirse que este incentivo fiscal está fuera del alcance de las entidades de economía social en general, con especial énfasis en las repercusiones que tiene para las cooperativas. Respecto de los otros dos requisitos, que la entidad cuente con medios materiales y humanos necesarios para el desarrollo de la actividad, así como que el importe de la cifra de negocios no supere una cantidad determinada, entendemos que son meros requisitos establecidos que parecen congruentes con la finalidad de la norma de favorecer a la pequeña y mediana empresa, sobre todo en lo que se refiere al límite de fondos propios de la entidad participada.

²⁸ Exención que cuenta con dos supuestos en los que no es de aplicación: uno cuando el contribuyente adquiere valores homogéneos en el año anterior o posterior a la transmisión de las acciones o participaciones; otro, cuando se transmiten a cónyuge o personas vinculadas en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta segundo grado, o a una entidad respecto de la que concurren alguna de las circunstancias previstas en el artículo 42 del Código de Comercio.

perjudicar a los pequeños inversores del crowdfunding. En concreto, la exención vinculada de forma tan estricta a la reinversión puede ser objeto de desánimo para aquellas personas que en un momento determinado deciden invertir en un proyecto, pero que no pueden predecir en ese momento la decisión final sobre las posibles ganancias patrimoniales que pudieran obtener²⁹.

Podría decirse que el marco legal de este incentivo fiscal de carácter dual resulta demasiado complejo por los condicionantes que establece para su aplicación, con lo que reduce su efecto como incentivo, además de dificultad su aplicación práctica.

Finalmente, en este apartado hacer alusión a dos cuestiones de índole específica: una, que los dividendos que se obtengan tributen en su totalidad es realmente desincentivador, se podrían dejar exentos una parte de los mismos en contrapartida al riesgo que comporta esta clase de inversión y estaría más en consonancia con lo establecido para la tributación de otras modalidades de capital-riesgo más tradicionales³⁰; otra, sería mejorar la compensación de posibles pérdidas patrimoniales que no sería tan infrecuente que se produjeran por el riesgo que comporta este tipo de inversión en empresas de nueva o reciente creación.

3.2. Business angels.

Una vez analizados los aspectos más relevantes del crowdfunding como mecanismo alternativo de financiación colectiva, vamos a centrar nuestra atención en otra de las modalidades de esta forma de financiación; bien es cierto, como ya hemos indicado, que con el desarrollo efectuado para el crowdfunding muchas de las connotaciones de esta modalidad han quedado expuestas, por lo que nos limitaremos a resaltar los aspectos diferentes que tiene el business angels frente al crowdfunding, ambos como métodos de financiación colectiva.

Podríamos definir a los business angels o inversores de proximidad, como inversores privados que aportan recursos financieros a aquellas empresas que se encuentren en una fase inicial de puesta en marcha o en fase de expansión, apoyando además con su experiencia y contactos a los que los emprendedores no habrían podido tener acceso.

Siendo un modelo de financiación empresarial muy desarrollado en países anglosajones³¹, en los países europeos y en España, en particular, todavía constituyen

²⁹ Una posible solución o alternativa a esta disyuntiva en la que se coloca al pequeño inversor podría ser no condicionar en su totalidad la exención a la reinversión total, sino que una parte de la ganancia patrimonial obtenida (si ello ocurre) no tribute sin necesidad de reinversión. Esta parte de la ganancia que quedaría exenta de tributar podría estar referida al tiempo de permanencia de la inversión y a la cuantía de la misma.

³⁰ Entidades de capital riesgo reguladas en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, y cuyo régimen tributario se establece en el artículo 50 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

³¹ El business angels no es un concepto nuevo. Se atribuye su origen a los albores de Silicon Valley en 1938, cuando el entonces decano del departamento de ingeniería de la Universidad de Standford, presto 500 dólares a dos de sus licenciados para que pudieran desarrollar su proyecto empresarial, les ayudo a desarrollar el negocio y les apadrino los primeros años como nuevos empresarios. Con el paso del tiempo la empresa de los dos alumnos se convirtió en uno de los gigantes de la industria electrónica, Hewlett Packard, apellidos de los dos promotores empresariales. Asimismo, véase el informe del Ministerio de

una fuente minoritaria en la financiación empresarial, por causas diversas, pero, en nuestra opinión, es evidente que los escasos incentivos fiscales es un factor relevante para que ello ocurra. La importancia de esta figura es muy grande, ya que en muchas ocasiones permite al emprendedor optar a nuevas financiaciones de tipo institucional o de entidades financieras al adquirir un cierto estatus financiero gracias al ángel³².

La figura de los business angels se introduce en nuestro país con la Ley 14/2013, que ya hemos referido y es la que introduce las novedades tributarias aplicables a las inversiones que estos realizan³³.

Beneficios fiscales a los que ya hemos aludido al desarrollar los aspectos tributarios del crowdfunding, y que se ciñen a los artículos 38.2 para la exención por reinversión y en el 68.1 para la deducción en la inversión, ambos de la LIRPF y con los requisitos y limitaciones ya enumerados³⁴.

En cuanto a la deducción por inversión del artículo 68 de la LIRPF, hay que destacar como en su apartado 1. 2º, especifica que las acciones que se adquieran deben ser de sociedad anónima, limitada, o laboral, según se establece en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo de 1/2010, de 2 de julio y en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales. Lo que pone de manifiesto que este incentivo fiscal no es de aplicación a las entidades de economía social, salvo en la parte que pudiéramos entender como tal a las sociedades anónimas laborales³⁵.

Podría decirse que no estamos precisamente ante un régimen fiscal muy favorable que fomente el emprendimiento y su financiación en un contexto económico como el actual; podemos decir que la Ley 5/2015 ha supuesto una oportunidad perdida para una adecuada regulación del business angels, ya que la antedicha norma sólo se ocupa del

Industria, Turismo y Comercio, (2009), “Los Business Angels, innovando en la cultura de financiación de las empresas”.

³² En este sentido, RIBES, RIBES, A. “Reflexiones críticas sobre el tratamiento fiscal de los inversores de proximidad o Business Angels”, *op. cit.*, p. 67, cuando dice “la financiación proporcionada por los business angels es rápida, inteligente y flexible, pero también limitada, pues el crecimiento de la empresa termina por agotar los recursos que éstos pueden aportar. Es en ese momento donde se aprecia el efecto imán para atraer fuentes de financiación adicionales: los business angels incrementan el volumen de fondos propios de la empresa que cuenta con su aportación, lo que tiene efecto directo en el incremento de su capacidad para obtener financiación adicional en forma de fondos ajenos”

³³ Hay que recordar que con anterioridad a la promulgación de la Ley 14/2013, a diferencia del vacío legislativo estatal que existía, las Comunidades Autónomas habían establecido la figura del inversor de proximidad, disponiendo medidas fiscales para su fomento al objeto de promover el desarrollo económico.

³⁴ Desarrollo y limitaciones, junto a los incentivos que al respecto para esta modalidad establecen las Comunidades Autónomas, puede verse en SOTO MOYA, M.M. “Incentivos a la financiación empresarial: el caso particular de los business angels en España”, *op.cit.*

³⁵ Vuelve a ponerse en evidencia como incentivos tributarios a las nuevas modalidades de financiación empresarial dejan fuera de su ámbito de aplicación, entre otras entidades de economía social, a las cooperativas; aspecto éste al que no encontramos justificación, salvo que la finalidad última, como parece con las últimas modificaciones tributarias, sea hacer mas igualatoria la tributación de las empresas de corte capitalista con las entidades de economía social, puesto que falta poco para que, por ejemplo, el régimen general previsto en la LIS sea mejor que el establecido en la Ley 20/1990, de Régimen Fiscal de las Cooperativas.

crowdfunding, dejando fuera de regulación específica otras figuras, como la que estamos refiriendo. Es más, como es conocido, la norma descrita solo regula dos tipos de crowdfunding, el relativo a los préstamos y a las participaciones, o lo que es igual, las fórmulas de financiación que comportan una remuneración financiera para el inversor.

Resaltar también, como la Exposición de motivos de la Ley 5/2015 dispone que “Las Pymes constituyen el porcentaje mayoritario del tejido empresarial español y son, en su conjunto, el principal empleador del país, por lo que una restricción en el acceso al crédito bancario tiene un impacto muy significativo en el conjunto de la economía. La función de la pyme en una economía desarrollada como la nuestra no se agota en su contribución a la renta nacional, al consumo o a la generación de empleo, sino que también se manifiesta sobre el bienestar y la estabilidad social y económica del país”. Pues bien, a pesar de esa declaración de intenciones, en su desarrollo solo trata dos tipos de crowdfunding, sin mencionar las otras modalidades ni hacer mención a otro tipo de instrumentos, como los business angels, que son igual o más importantes para la obtención de créditos por parte de las pequeñas empresas.

3.3. Microcrédito.

Esta forma de financiación tiene un mayor recorrido que las descritas anteriormente, puesto que su vigencia en el tiempo es mayor.

Como fuente de financiación a las empresas de economía social alcanza relevancia desde hace años, muy especialmente para las cooperativas, puesto que estas desde la reforma mercantil y contable operada en nuestro país por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable para su Armonización Internacional con base en la normativa de la Unión Europa, ha hecho que este tipo de entidad busque nuevos instrumentos de financiación que ayuden a mantener la viabilidad de su estructura financiera³⁶.

Centrándonos en el microcrédito como fuente de financiación alternativa realicemos un breve recorrido de la historia reciente de esta modalidad.

³⁶ En relación con toda la problemática que plantea a las cooperativas la modificación de la NIC 32, en su asunción por nuestro ordenamiento mercantil-contable por la aprobación del Plan General de Contabilidad, Real Decreto 1514/2007, de 17 de noviembre, por los cambios introducidos en la normativa sobre fondos propios, planteando la distinción entre pasivos financieros e instrumentos de patrimonio, lo que coloca como exigibles las aportaciones de los socios a las cooperativas y por tanto dejar a estas con una estructura financiera en la que los fondos propios quedan en entredicho, véase CRUZ PADIAL, I. (2010), “Aspectos puntuales en la fiscalidad de las cooperativas”, Comunicación presentada en las XIII Jornadas de Investigadores en Economía Social, CIRIEC, Zaragoza, donde se analiza toda la problemática que comporta esta situación. Asimismo, véase, Disposición Adicional cuarta de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa europea, que modifica la Ley General de Cooperativas, dando nueva redacción al artículo 45.1 de ésta última, distinguiendo entre aportaciones a capital social, con derecho a reembolso en caso de baja, con lo que tendrían la consideración de pasivo, y aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector que serían consideradas como instrumentos de patrimonio.

Con carácter previo, el Parlamento Europeo en su resolución de 24 de marzo de 2009 “Una iniciativa europea para el desarrollo del microcrédito en apoyo al crecimiento y el empleo”, invitó a la Comisión a intensificar sus esfuerzos para desarrollar los microcréditos en apoyo del crecimiento y el empleo.

La Comunicación de la Comisión de 3 de junio de 2009 titulada “Un compromiso compartido a favor del empleo” subrayaba la necesidad de promover espíritu de empresa entre alguno de los grupos más desfavorecidos que tienen dificultades para acceder al mercado del crédito tradicional.

Consecuencia de ello, la Comisión anunció el 2 de julio de 2009 la propuesta de un nuevo instrumento de financiación para toda la Unión Europea con el objeto de difundir la microfinanciación, en particular entre los grupos de riesgo con la finalidad de facilitar el desarrollo del espíritu empresarial, la economía social y las microfinanzas.

En la cumbre del G-20 celebrada en Pittsburgh los días 24 y 25 de septiembre de 2009, se adquirió el compromiso de mejorar el acceso a los servicios financieros mediante instrumentos como la microfinanciación.

El Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen de 1 de octubre de 2009 sobre la “Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y el Comité por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social (Instrumento de Microfinanciación Progress)”³⁷, aludía a la importancia del microcrédito como instrumento de financiación de las entidades de economía social.

Mediante dicho instrumento se pretenden solventar determinados tipos de acciones, no sólo la casuística del microcrédito como fuente de financiación alternativa, sino también garantías e instrumentos de riesgo compartido, instrumentos de patrimonio, como el capital concedido a personas y microempresas, entre ellas las de economía social³⁸.

Las instituciones que gestionen las microfinanzas deben posibilitar que personas con pocos medios financieros, pero con ideas importantes, puedan obtener recursos que permitan inversiones productivas que aumenten el empleo. En este aspecto, el control social y el estilo de gestión democrática propio de las cooperativas debería servir de garantía para el reembolso de los préstamos³⁹.

De ahí, que consideremos que las secciones de crédito de las cooperativas y las cooperativas de crédito desempeñan un papel importante como instrumentos de canalización de los microcréditos. Al incorporar principios de responsabilidad social

³⁷ COM (2009) 333 FINAL-2009/0096 (COD).

³⁸ Un desarrollo más completo de este instrumento de microfinanciación “Progress”, puede verse en BAHÍA ALMANSA, B. (2011), “El microcrédito como instrumento de financiación al servicio de las entidades de economía social. Especial referencia al instrumento europeo de microfinanciación Progress”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 106, pp.33-54.

³⁹ Asimismo, entendemos que con esta forma de financiación se contribuye al desarrollo sostenible y a la responsabilidad social de la empresa, sobre este tema véase GARCÍA LUQUE, E. (2011), *Fiscalidad, Desarrollo Sostenible y Responsabilidad Social de la Empresa*, Lex Nova.

hace que sean muy adecuadas para aplicar principios de préstamo responsable y, de esta forma, evitar posibles endeudamientos excesivos por parte de personas y empresas⁴⁰.

Asimismo, para que los microcréditos sean efectivos deben acompañarse con un servicio al cliente que no es estrictamente bancario, nos referimos a que la elaboración y estudio de la viabilidad del proyecto debe facilitarse por las entidades proveedoras de la financiación, que les permita con posterioridad hacer un seguimiento del desarrollo del proyecto financiado, lo que, en cierta medida, les compromete a esforzarse para que estos sean viables.

La puesta en marcha de los microcréditos, como instrumentos alternativos a la financiación tradicional, precisa de una estructura organizativa que posibilite atender un número elevado de solicitudes; de ahí, que consideremos a esta forma de financiación muy adecuada para las cooperativas y que su canalización se haga mediante las entidades de crédito cooperativo, puesto que estas presentan una ventaja competitiva por la estrecha conexión que mantiene con el ámbito local o rural en el que las mismas ejercen su actividad⁴¹.

En cuanto a los aspectos tributarios específicos, que podamos considerar en los microcréditos, estos no presentan peculiaridad alguna, puesto que su concesión al igual que cualquier tipo de préstamo está exento en cuanto a la imposición indirecta, artículo 20. 18º. c), en IVA y artículo 45.13 en ITP. En cuanto a la imposición directa que afecta al prestatario por la financiación recibida, sólo podrá deducir los intereses de capitales ajenos que satisfaga por el préstamo, que usualmente serán de baja cuantía, puesto que el microcrédito ya lleva implícito un interés bajo, y es esta, y no otras de índole tributaria, a diferencia de las anteriores fuentes de financiación descritas, la ventaja específica que tiene esta fuente de financiación.

De ahí, que consideremos que no debe ser aplicable ningún tipo de incentivo fiscal específico a lo que es la estricta concesión del microcrédito. Otra cuestión sería estudiar algún incentivo a los efectos que pudieran conseguirse por la realización de la actividad económica que se ha puesto en marcha o desarrollado mediante el microcrédito.

Vistas algunas de las fuentes más usuales de financiación alternativa, las dos primeras crowdfunding y business angels que incorporan incentivos tributarios y el microcrédito que no tiene aspectos tributarios relevantes, pasamos a analizar el segundo aspecto que

⁴⁰ En este sentido, puede verse MARTIN LOPEZ, S, GARCIA-GUTIERREZ FERNANDEZ, C y LEJARREIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. (2010), “Las dificultades de financiación de las empresas de participación ante la crisis económica: la creación de una entidad de crédito como alternativa”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 100, monográfico, *La respuesta de la economía social ante la crisis económica*, pp. 11-42, donde ya ponen de manifiesto como las empresas de menor dimensión son las más afectadas por la falta de liquidez, lo que hace peligrar su viabilidad, consecuencia de las malas prácticas del sector financiero internacional.

⁴¹ SANCHIS PALACIO, J, R y PASCUAL GARCIA, E. (2017), “Banca ética y banca cooperativa. Un análisis comparativo a través del estudio de Caixa Popular y de Fiare Banca Ética”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 24, pp. 152-174, donde ponen de manifiesto como los bancos sociales representan en la actualidad una alternativa a la banca convencional, sobre todo por parte de quienes demandan un consumo socialmente responsable. Aluden a la banca cooperativa como un modelo de banca de proximidad enfocada al territorio.

hemos considerado como referente, nos referimos a la economía digital, que para nosotros constituye el eje primordial sobre el que queremos versar nuestras apreciaciones.

4. Economía digital.

En los últimos años se están experimentando cambios muy importantes en la tributación, de forma especial en el ámbito de la fiscalidad internacional, muy influenciado por el fenómeno de la globalización económica, lo que está ocasionando una gran incertidumbre en las relaciones tributarias entre países, ya que no se está produciendo un reparto fiscal equitativo de la soberanía fiscal.

En la actualidad una parte importante de las transacciones que se realizan en el comercio mundial se efectúan por vía digital, ello trae como consecuencia una desterritorialización de la actividad económica, lo que es obvio determina su influencia en el ámbito espacial de la norma tributaria y hace que haya que prestar especial atención a esta situación.

Si se utiliza internet, se puede operar en cualquier mercado sin necesidad de presencia física, lo que nos lleva a evitar la incidencia fiscal basada en el territorio, o el criterio de permanencia asociado a la residencia; en definitiva, esta forma de operar provoca el efecto de desterritorializar la fiscalidad por el hecho de practicar un tipo de comercio que puede ser calificado de inmaterial⁴².

Se especula con el hecho de que la economía digital (ED), entendida esta como una economía basada en la tecnología digital, se confunde cada vez más con el resto de la actividad económica, lo cual hace que no pueda separarse de esta para recibir un tratamiento autónomo a efectos fiscales. Al mismo tiempo, cada vez más se asienta la idea de que la economía digital engloba los conceptos de la economía clásica, puesto que consecuencia de la evolución tecnológica, cada día se tiende en mayor medida a realizar las actividades económicas on-line.

No debemos olvidar que los retos que cuestiona la economía digital y que se plantea resolver, presentan cuestiones comunes a otros tipos de negocios, con lo cual su resolución conlleva analizar de forma conjunta las soluciones que se aporten. Todo ello sin perjuicio de que los retos fiscales, que pudieran ser identificados como específicos de la economía digital, puedan requerir un análisis particularizado y pormenorizado.

El tema de la economía digital ha suscitado la atención por parte de Organismos internacionales, así en septiembre de 2013 se creó el grupo de expertos sobre la fiscalidad de la economía digital (GEFED), órgano auxiliar del Comité de Asuntos

⁴² Esta situación deviene en la necesidad de adaptar los conceptos tributarios a la realidad de la economía digital; es por ello que las organizaciones internacionales ni los Estados podrán quedar impasibles, sino que deben encontrar soluciones y hacerlo en un contexto internacional, ya que la economía digital no tiene barreras geográficas. Véase, ÁLAMO CERRILLO, R y LAGOS RODRIGUEZ, G. (2015), "Necesidad de adaptación de los conceptos tributarios a la economía digital", *Quincena Fiscal*, nº 3, pp. 19-30.

Fiscales (CAF) en el que participaron países del G-20 no pertenecientes a la OCDE en su condición de asociados en igualdad de condiciones con los países de la OCDE.

El Grupo de Expertos estableció como objetivo “Identificar las principales dificultades que plantea la economía digital para la aplicación de las normas fiscales en vigor y trabajar, desde un planteamiento holístico que comprenda tanto los impuestos directos como indirectos, en la elaboración de opciones detalladas que permitan abordar dichas dificultades....”.

En definitiva, lo que se pretendía era un análisis exhaustivo de los distintos modelos empresariales que pueden acontecer en este sector.

En el informe que se publicó en septiembre de 2014 sobre los retos fiscales planteados por la economía digital, se identifican los problemas que plantea la ED y las posibles acciones a desarrollar para hacerles frente; todo ello, aceptando que es un documento básicamente descriptivo en el que se analizan los modelos típicos y principales características de la ED⁴³.

Se plantea la economía digital como el resultado del proceso de cambio experimentado en la actividad económica por el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

La economía digital es cada vez más la propia economía en sí misma, o dicho de otro modo, cada vez es más digital porque las TIC lo impregnan todo, por lo que surge la cuestión de si podríamos separar la ED como si fuera un sector concreto y diferenciado del resto de la actividad económica para, de esta forma, aplicarle reglas fiscales de forma independiente, o si, por el contrario queda encuadrada dentro del marco genérico de la actividad económica como un aspecto más (especialmente relevante) dentro de ésta.

Consideramos que la atención no debe estar en considerar a la ED como sector diferenciado, sino en el modelo de negocio y características especiales que generan las empresas que operan en ED, y que vienen a incrementar la problemática usual que se suscita; modelos de negocio que no son sino los tradicionales que se desarrollan a mayor escala y distancia de lo que sin las TIC hubiera sido posible.

La ED, por su apoyo en las TIC, está en continua evolución, lo que plantea aspectos relevantes desde el punto de vista fiscal, puesto que el desarrollo y evolución que se produzca en las TIC tendrá su impacto en la ED, lo que acarreará consecuencias tributarias que podrían derivar en problemas adicionales a corto-medio plazo⁴⁴.

⁴³ Una síntesis del contenido del informe puede verse en, BARRENO, M, FERRERAS, J, MAS, J, MUSILEK, A, RANZ. (2015), “El proyecto Beps de la OCDE/G20: resultados de 2014”, DOC. n° 5, *Instituto de Estudios Fiscales*.

⁴⁴ Nos estamos refiriendo entre otras cuestiones a: incremento de los dispositivos conectados a internet que permiten su transacción (internet de las cosas); las monedas virtuales (bitcoin); la impresión en 3D que permite alterar el cómo y dónde se crea valor en la cadena de suministro; acceso al consumo colaborativo que permite el intercambio de bienes y servicios,.....; dicho en otros términos, el desarrollo de las TIC va a ser un condicionante esencial en la configuración de la fiscalidad internacional, lo que a su vez, deriva de forma inevitable en el ámbito interno de cada país.

No obstante, no podemos obviar que los modelos de negocio de la ED, aun considerándolos encuadrados dentro del modelo tradicional de comercio, presentan determinadas características potencialmente relevantes y que resultan clave desde la óptica tributaria; en este punto tendremos⁴⁵:

- a) Movilidad, tanto desde el punto de vista de los activos intangibles (propios de la ED) como de los usuarios; se produce una mayor facilidad para la adquisición de bienes y servicios en cualquier país.
- b) Dependencia de datos, se produce un uso masivo de los mismos por la capacidad de almacenamiento y procesamiento junto a una disminución de costes; la información de los bienes y servicios que pueden componer la economía digital es fácilmente accesible y a coste ínfimo.
- c) Efectos de red, las decisiones de unos usuarios pueden tener un impacto directo en el beneficio que reciben otros; el conocimiento que transmiten los usuarios de bienes y servicios por vía digital tiene un efecto inmediato en el resto de potenciales consumidores. Internet reduce costes de producción por lo que pueden disminuir el precio de los bienes y servicios que ofrecen, sin que ello implique un beneficio menor.
- d) Difusión de modelos de negocio multifacéticos mediante la utilización de plataformas donde grupos de personas pueden interactuar y sus decisiones pueden afectar a otros grupos⁴⁶.
- e) Tendencia hacia situaciones monopolísticas u oligopolísticas, puesto que algunos modelos de negocios dependen en gran medida de los efectos que producen en la red. Especialmente en aquellos casos en los que exista una patente u otro tipo de derecho de propiedad intelectual sin que exista un bien o servicio sustitutivo por lo único y específico del negocio que se trata.
- f) Volatilidad, por las reducidas barreras de entrada que hay en los mercados, y la velocidad con la que los clientes optan por probar nuevos productos y servicios. Este aspecto de la volatilidad hace difícil concretar donde se crea el valor, lo que dificulta la manera de cómo y dónde sujetar a tributación el producto o servicio de que se trate.

Asimismo, otro aspecto relevante a considerar es como la ED ha venido a alterar la forma en la que las empresas multinacionales estructuran las cadenas de valor que integran sus operaciones a nivel mundial. Antes de la ED, lo usual era establecer una filial en cada uno de los países en los que se hacía negocio y desde esta se administraba el mismo⁴⁷.

⁴⁵ Utilizamos como referencia el Informe, estructurado en tres bloques, publicado en septiembre de 2014 por el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (GEFED), órgano auxiliar del Comité de Asuntos Fiscales (CAF), OECD “Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy”, pp 94-96.

⁴⁶ En este aspecto es interesante considerar lo que puede suponer el crowdfunding, aspecto que ya hemos tratado como fuente de financiación y que, como es conocido, en nuestro país mediante la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial se ha regulado esta cuestión en lo que concierne a los aspectos de inversión y préstamo, excluyendo el mecenazgo y la compraventa, lo cual no significa que estos no se realicen y que haya intervención de la economía digital

⁴⁷ Estructura ésta de establecer una filial que venía originada por factores, entre otros, tales como: lentitud y dificultad en las comunicaciones; las limitaciones que imponía el uso de monedas distintas que

Los avances en las TIC han hecho que se produzca una evolución hacia productos digitales, podríamos incluso afirmar que ha existido un avance hacia una economía de servicios; esto ha permitido a los grupos multinacionales estructurarse para operar como empresas globales que adoptan modelos de negocios que centralizan sus funciones a nivel global en vez de hacerlo a nivel local⁴⁸.

Ante esta situación que acabamos de describir se plantea analizar la idoneidad que tiene la normativa fiscal internacional para hacer frente a los cambios en la actividad económica, al objeto de garantizar que los beneficios que provoca la ED se graven allí donde se realiza la actividad y donde se genera el valor.

Es por ello por lo que a los retos que se planteen, hay que intentar darles una respuesta adecuada, lo que se traduce en intentar darles una solución lo más rápida posible. Como retos más significativos en el ámbito concreto de la ED, tendremos⁴⁹:

NEXO: Hay que plantear si las reglas actuales de conexión existentes para la realización de negocios siguen siendo válidas en la evolución que ha tenido la forma de realizar transacciones comerciales; ¿sigue siendo necesaria la presencia física?, a ello si responde el nexo actual que sigue siendo en muchos casos el tradicional, pero en relación con la ED no parece estar la cuestión definida con la precisión que se requeriría.

Es evidente el incremento del potencial de las TIC, de ahí que podamos afirmar que el beneficio empresarial futuro está cada vez más en el mundo digital y nuestros sistemas tributarios no están respondiendo a esta nueva forma de realizar la actividad económica, ya que se configura una conexión (nexo) completamente distinta, lo que trae como consecuencia que el reparto de derechos entre Estados haya quedado desfasado en el tiempo⁵⁰.

establecía una dependencia del mercado de divisas; los aranceles; costes del transporte físico de los bienes. Factores estos que, en el ámbito de la UE, podríamos decir que han desaparecido.

⁴⁸ Esta evolución hacia la economía digital ha hecho que incluso empresas de reducida dimensión puedan operar con mayor facilidad en distintos mercados y países; podría decirse que pueden actuar como micro-multinacionales.

⁴⁹ Retos específicos que están recogidos en el tercer bloque del Informe del Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (GEFED).

⁵⁰ En relación con el tema del establecimiento permanente (EP) y comercio electrónico, al que consideramos como una parte específica de la economía digital, véase el trabajo de SEGURA ANDUEZA, J. J. (2007), “El concepto de establecimiento permanente y el comercio electrónico”, en *Cuadernos de Formación*. Colaboración 15/07. Volumen 3, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 219-236; en el que delimita la figura del establecimiento permanente en el comercio electrónico, y se cataloga como tal al servidor que alberga la página WEB por ser parte de un equipo con ubicación física y localización, a diferencia de la página que carece de materialidad y que no tiene la consideración de EP. Véase también SERRANO ANTON, F. (2015), “Los aspectos fiscales internacionales en el establecimiento permanente”, *Fiscalidad Internacional* (tomo I), CEF, p. 246, donde cita el informe que sirvió de base a la modificación del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE), donde se incluyeron comentarios a los artículos 5 y 12 con implicaciones en determinados aspectos para determinar la posible consideración como EP de: website, que al no ser tangible no conforma un EP; el servidor que si puede constituir un EP al ser base fija de negocio; ISP con contrato de hosting no constituye un EP; ISP que pone a disposición de la empresa el servidor puede ser EP siguiendo la cláusula de agencia; housing, puede constituir cláusula de agencia y ser EP; véase de forma específica las modificaciones realizadas en

DATOS: efectuar una adecuada asignación de las rentas imposables entre los distintos lugares en los que se realiza la actividad económica y se crea valor no está claro en la ED. El incremento de la sofisticación en las TIC permite a las empresas obtener y recopilar información sin precedentes, lo que plantea la cuestión de cómo atribuir valor creado a partir de la generación de datos mediante bienes y servicios digitales o como caracterizar a efectos fiscales el suministro de datos por persona o entidad en una transacción; lo que nos conduce al tercer reto,

CARACTERIZACIÓN: nos referimos a como se califican las rentas, el desarrollo de nuevos modelos de negocio plantea cuestiones respecto de la caracterización de las mismas, como se calificaran estas en las transacciones, se trata de delimitar, entre otras a: tema de la computación en nube, que es un modelo de consumir tecnología como servicio sin necesidad de inversiones, de forma segura y accesible desde cualquier lugar; la impresión en 3D, ya que la fabricación de bienes para su posterior distribución podría ser un sistema de licencias de diseño para su impresión remota y directa por parte de los consumidores. En definitiva, como se califica la renta obtenida, como actividad empresarial, profesional, o de otra forma.

Una vez descritos los aspectos esenciales en la configuración y evolución de la ED, es evidente que se plantean unos retos originados por el proceso globalizador de la economía. Tenemos que plantearnos en que medida las entidades de economía social son susceptibles de adaptación a esta nueva situación, y de forma muy especial, en lo que afecta a la tributación que se suscita por las transacciones realizadas; o lo que es lo mismo, la tributación indirecta (IVA) que se produce en este ámbito.

Así, nos encontramos como el comercio transfronterizo de bienes, servicios e intangibles crea retos para la recaudación del IVA, de forma especial cuando la transacción se realiza entre consumidores privados y proveedores extranjeros; ello es así y ha estado motivado por la ausencia de un marco eficaz que garantice la recaudación del IVA. Esta situación ha podido resultar especialmente costosa para las Pymes por la ausencia de normativa clara que estableciera como recaudar el impuesto y remitirlo a las Administraciones tributarias⁵¹.

Para las propias Administraciones tributarias se plantea el reto de gestionar un volumen importante de transacciones de bajo valor añadido, lo que crea una importante carga administrativa con ingresos marginales. El principal problema podría estar en las

los comentarios al artículo 5. Asimismo, véase la última versión del Modelo de Convenio de la OCDE, diciembre 2017, en la que se amplía la definición de establecimiento permanente y se limitan las excepciones según lo establecido en la acción 7 de BEPS; en síntesis, con el objeto de prevenir la evasión artificiosa de su estatus. Finalmente, la Propuesta de Directiva del Consejo de 21 de marzo de 2018; COM (2018) 147 final, por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa. Aspecto este que cuando se concrete será de vital importancia para la economía digital, ya que en ella se establece un nexo imponible para las empresas digitales que operan a nivel internacional sin presencia digital no física (presencia digital significativa), así como principios para atribuir beneficios a una actividad empresarial digital.

⁵¹ En este aspecto habrá que ver el efecto práctico que producen los nuevos regímenes en IVA, consecuencia de las nuevas reglas de localización que han entrado en vigor con fecha 1 de enero de 2015, nos referimos al “régimen exterior a la Unión” para los empresarios o profesionales que no estén establecidos en la UE y al “régimen de la Unión” para los que siendo residentes operen en la UE.

importaciones on-line de productos que incorporan un escaso valor que podría estar por debajo del límite exento en muchas jurisdicciones⁵².

A partir de los retos planteados, en las opciones que se planteen para darles respuesta habría que pretender concretar su:

- a) Viabilidad, esto consiste en conseguir que no se generen incentivos para que los negocios se desarrollen no distorsionando el modo usual en que se habrían realizado, ello incluye no alterar la atribución de beneficios, reglas de coste, que se siga evitando la doble imposición
- b) Problemas que se suscitarían para su adopción en la normativa interna de cada país.
- c) Incidencia económica que tendrían, ya que esta variará según la solución adoptada
- d) Muy especialmente si con la opción adoptada siguen cumpliéndose los principios de neutralidad, certeza, simplicidad, efectividad, justicia.

Hecho este breve recorrido a modo de sinopsis de las matizaciones e implicaciones tributarias que se suscitan en el ámbito de la economía digital, vamos ahora, dentro del ámbito de los entes de economía social, a referirnos a las cooperativas, por considerar que estas son las que en mayor medida pueden verse afectadas por el ámbito de la economía digital.

4.1. Las cooperativas digitales como fenómeno novedoso.

Podríamos decir que en el contexto internacional actual conviven dos modelos de política económica; por un lado, el modelo que ha primado a lo largo de años anteriores a la masiva implantación de internet y el proceso de globalización económica que podemos catalogar como “Economía pre-globalizadora”; de otro, el actual, que podemos denominar como economía digital.

La economía digital ha englobado los aspectos más relevantes de la economía clásica, puesto que consecuencia de la evolución de los medios tecnológicos se tiende a una mayor realización de actividades o negocios on-line frente a las que requieren una presencia física en un determinado territorio.

Ya hemos establecido una definición de la economía digital; no obstante y respecto de cualquier otra que se aplicara, puesto que no es única, lo que si podemos afirmar es que tendrá relación con las tecnologías de la información y la comunicación, por tanto, con el comercio electrónico y los bienes digitalizables⁵³.

⁵² Véase CRUZ PADIAL, I. (2016), “La economía digital en BEPS: una síntesis”, *Nueva Fiscalidad*, nº 2, pp. 57-58, donde se plantean las diversas opciones que tienen las Administraciones tributarias para hacer frente a los retos planteados. También, VVAA. (2017), *Tendencias y desafíos fiscales de la economía digital*, MORENO GONZALEZ, S, (directora), Aranzadi.

⁵³ Véase ÁLAMO CERRILLO, R Y LAGOS RODRIGUEZ, M^a, G. (2015), “La economía digital y la posibilidad de fraude fiscal”, *Revista Técnica Tributaria*, enero-marzo, pp. 135-136, donde analizan el fenómeno digital, conectado a la tecnología, y las implicaciones que éste puede tener en el fraude fiscal por no poderse establecer el lugar de realización de estas actividades.

Es por ello por lo que consideramos como el fenómeno digital, en esencia, no difiere del sentido que pueda tener en un entorno cooperativo, puesto que, partiendo de su definición, la información digitalizada y la comunicación puede aprovecharse de igual modo por un ente empresarial o por uno de carácter cooperativo.

4.1.1. Cooperativas digitales: su delimitación y diferenciación con la cooperativa tradicional.

Centrándonos en los aspectos relevantes que presentan las cooperativas digitales vamos a tratar de establecer su delimitación y diferencias con las cooperativas usuales; sus rasgos característicos; las experiencias a nivel internacional que podamos establecer; así como las posibles ventajas y desventajas que podamos considerar.

Las cooperativas digitales son entes que en su delimitación se amparan en los valores y principios que se recogen en la Ley de Economía Social⁵⁴, se diferencian de las usuales en que realizan su actividad sólo mediante red, y tienen como rasgo característico la interacción entre socios y clientes⁵⁵.

Las experiencias recientes de cooperativas digitales son la adaptación necesaria que estas han efectuado en el desarrollo de la actividad comercial o que se producirá en un futuro inmediato. El modelo de negocio virtual tiene que trasladarse a los entes de economía social al objeto de que no queden obsoletos frente al suministro de bienes y servicios de forma instantánea y eficaz⁵⁶.

El proceso digitalizador de las cooperativas debe ser una realidad para mayor provecho de la actividad cooperativa, que debe tener su propia articulación y evitar posibles distorsiones en el mercado⁵⁷.

⁵⁴ Véase artículo 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

⁵⁵ El hecho de que la actividad desarrollada requiera de un espacio físico no implica que dicha actividad deje por ello de ser virtual.

⁵⁶ Experiencias de cooperativas digitales también presentes en América Latina, véase Dialogo. Cooperativo Regional, julio 2015, en www.ccc-ca.com/documentos/dialogo2015-3.pdf, donde se habla de la conferencia organizada en Costa Rica por las principales asociaciones cooperativas de América latina en la que ya se pone de manifiesto la conclusión de que la economía digital puede ser la manera de incrementar el valor de las cooperativas, así como que la integración económica y digital de las cooperativas es un elemento fundamental para aumentar su oferta con respecto a los productos y servicios. Asimismo, en relación con el cooperativismo en Latinoamérica y su evolución, puede verse, COQUE MARTINEZ, J. (2002), “Las cooperativas en América Latina: visión histórica general y comentarios de algunos países tipo”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 43, pp. 145-172.

⁵⁷ Sobre el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el ámbito oleícola cooperativo, pueden verse los trabajos de: FERNANDEZ UCLÉS, D, BERNAL JURADO, E, MOZAS MORAL, A, MEDINA VIRUEL, M, J y MORAL PAJARES, E. (2016), “El sector cooperativo oleícola y el uso de las TIC: un estudio comparativo respecto de otras formas jurídicas”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 120, pp. 53-75; CRISTÓBAL FRANZI, E, MONTEGUR SALLA, Y, y DARIÉS RAMÓN, N. (2017), “Cooperativismo 2.0: presencia en internet y desarrollo del comercio electrónico en las cooperativas oleícolas de Cataluña”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 124, pp. 47-73; en los que se afronta la importancia del uso de las TIC por parte del sector cooperativo, oleícola en este caso, pero entendemos que extrapolable a los demás, al objeto de hacer frente a la competencia utilizando las redes sociales como herramientas que faciliten la actividad comercial, y que ello les permita no perder cuota en el mercado.

Asimismo, no vemos inconveniente alguno para que las cooperativas que operan por internet, tanto si lo hacen vendiendo sólo productos digitales o materiales y digitales, pero en ambos casos, bajo los parámetros de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), no implique discriminación en cuanto a posibles beneficios fiscales.

Si ello es así, lo único que diferencia a una u otra cooperativa es la forma de realizar su actividad económica diaria; de ahí que infiramos que el modo de realizar la actividad no es óbice para establecer diferencias con las consideradas cooperativas usuales o clásicas porque desarrollan su actividad físicamente; ello hace que en las cooperativas digitales se infieran una serie de elementos característicos:

- Existencia de una plataforma virtual en la que los socios desarrollan la actividad mediante su conexión a través de ordenadores y usuarios personales.
- El desarrollo de la actividad económica vía digital tendrá escasos costes internos, lo que permitirá destinar liquidez a otros conceptos.
- La economía digital es un fenómeno en auge, por lo que las iniciativas en este sentido son extrapolables a la economía social en general y a las cooperativas en particular, con la ventaja de que las necesidades financieras son mucho menores que en la actividad empresarial tradicional, lo que hará más factible poder acudir a fuentes de financiación distintas del usual crédito bancario.
- La economía digital responde a una necesidad en la búsqueda de medios de subsistencia y, ante la ausencia o dificultad en las fuentes de financiación tradicionales, se requiere el recurso a medios alternativos para facilitar el desarrollo de la actividad cooperativa.

La adaptación de las cooperativas al mundo digital resulta esencial en un mundo cada vez más mediatizado por las tecnologías de la información y la comunicación. Consecuencia de ello, podríamos resaltar algunas de las ventajas e inconvenientes que resultan de este proceso, así tendríamos⁵⁸:

- Aumentaría de forma exponencial su capacidad de internacionalización mediante la publicidad que otorga el mundo virtual, así como la capacidad para atraer a nuevos socios y la posibilidad de expansión de su actividad cooperativa.
- Se ganaría en rapidez en la creación y configuración de nuevas cooperativas con los beneficios que conlleva; desde la propia creación virtual de la cooperativa al acortar los plazos respecto de su creación física, así como la capacidad de reunir a los socios de forma virtual, obviando los inconvenientes que pudiera acarrear la presencia física de todos ellos.
- Se simplificaría el seguimiento de la actividad cooperativa, ya que cada usuario dispondría de un portal online individual mediante el que haría el seguimiento de sus operaciones sin necesidad de una comunicación física por administrador o socio que ejerza dicha función.

⁵⁸ GUTIERREZ BENGOCHEA, M y SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. *op. cit.*, pp. 39-40.

Resaltadas algunas de las posibles ventajas que podría acarrear la cooperativa digital frente a la tradicional, destaquemos ahora algunos de los condicionantes que en su implantación se podrían suscitar:

- Inexistencia de una regulación específica para las actividades cooperativas en la esfera virtual: ausencia regulatoria que incide de forma primordial en el ámbito de la fiscalidad⁵⁹.
- Carencia específica de posibles beneficios fiscales para esta modalidad de actividad cooperativa.
- Dependencia de los servidores que ante situaciones de corte en el suministro eléctrico o problemas en la red, podría provocar problemas en el desarrollo de la actividad, lo que causaría el correspondiente perjuicio.
- Necesidad de especializar a sus socios a la realidad electrónica, ello conllevaría una inversión importante en formación para dominar la actividad cooperativa a través de la red que aumentaría de inicio el coste cooperativo.
- Mayor inversión inicial en inmovilizado, lo que dificultaría el inicio de la actividad.
- Si la actividad digital actúa sólo como mero receptor, pero la mercancía sigue circulando físicamente, se originarán mayores costes que habría que contemplar o que estos fueran sufragados por el comprador.

Con lo expuesto en este apartado, hemos querido poner de manifiesto el funcionamiento de la actividad cooperativa mediante el uso de las plataformas digitales y como, con sus ventajas e inconvenientes, creemos que estas son un salida importante para que las cooperativas desarrollen su actividad económica, porque el trasfondo de toda esta cuestión radica en el hecho de que la financiación necesaria para su implantación y posterior desarrollo acabe siendo menor que en el caso de las cooperativas tradicionales y además, consideramos que la cooperativa digital podría resultar más atractiva a los posibles inversores que accedan al crowdfunding, en sus modalidades de préstamo e inversión, e igualmente pensamos que ocurriría con las otras alternativas de financiación, distintas de las tradicionales⁶⁰.

5. A modo de resumen final.

Hemos pretendido poner de manifiesto como las nuevas formas de realizar la actividad económica, que se viene realizando en los últimos años, se ha visto condicionada por dos factores relevantes, como han sido la crisis económica y la economía digital.

Respecto de la crisis económica, ésta ha traído consigo una problemática en el acceso a las fuentes de financiación tradicionales, lo que ha hecho que se creen e instauren nuevas formas de financiación

⁵⁹ La obsolescencia de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas, se hace aún más latente cuando hablamos de como regular tributariamente la actividad económica vía digital.

⁶⁰ A todo ello contribuiría de forma especial la subsanación de la limitación que para las cooperativas implica el artículo 68.1.2º de la LIRPF, al objeto de que los potenciales inversores puedan deducir por las cantidades aportadas.

Asimismo, la economía digital ha venido a modificar las relaciones comerciales, y resulta obvio que las entidades de economía social, en especial las cooperativas necesitan de su adaptación al mundo virtual.

De igual modo, hemos tratado, al hilo de las cuestiones tratadas, las fuentes de financiación alternativas, y en lo referente a la economía digital analizado las implicaciones fiscales más relevantes que se producen, al objeto de poner de manifiesto las posibles deficiencias que en este aspecto observemos.

Es por ello por lo que, como síntesis de lo expuesto, podemos concluir manifestando que:

- La crisis económica que ha afectado a la actividad económica empresarial es innegable que ha incidido de igual forma en los entes de economía social.
- Los entes de economía social por su peculiaridad y estructura financiera necesitan en mayor medida acudir a nuevas fuentes de financiación.
- El crowdfunding lucrativo, en especial el de préstamo, podría resultar muy adecuado para los entes de economía social, al no suponer la integración del prestamista en el propio ente.
- Los business angels presentan la ventaja de incorporar conocimiento además de financiación, lo que para proyectos innovadores en sus comienzos resulta fundamental, si bien no son de efectiva aplicación a los entes de economía social.
- Los incentivos fiscales a las nuevas formas de financiación, en cuanto a su concreción para los entes de economía social, se ven limitados por la propia normativa tributaria al obligar a unas determinadas formas jurídicas para su aplicación.
- Las nuevas fuentes de financiación no proporcionan suficientes incentivos tributarios relevantes distintos a los ya existentes, ya que los que se establecen son restrictivos.
- Sería necesario introducir nuevos incentivos fiscales para fomentar las nuevas formas de financiación.
- La economía digital supone un avance importante en la actividad económica, a la que los entes de economía social se tienen que incorporar.
- Las oportunidades que ofrece la economía digital, hasta ahora, están siendo poco aprovechadas por los entes de economía social.
- La actividad económica vía digital puede ser asimilable a la tradicional, sin embargo, en la actualidad, la actividad vía digital está ocasionando problemas de deslocalización que están dificultando el gravamen de las rentas que se obtienen mediante ella.
- Las cooperativas deben adaptarse en mayor medida a las nuevas formas de actividad comercial; en ese sentido les puede resultar fundamental las nuevas formas alternativas de financiación, si se limitan las restricciones actuales, para acceder a la liquidez necesaria para su adaptación a la economía digital.

Como corolario final, somos de la opinión de que los entes de economía social, y en particular las cooperativas, son entidades que por su estructura financiera deberían soportar mejor los ciclos económicos regresivos, ya que su dependencia de la financiación ajena tradicional es menor, sin embargo, existe constatación empírica de

que en términos relativos les afecta lo mismo o en mayor medida que a la empresa tradicional, lo que nos hace pensar que por su composición tienen mayor sensibilidad a los periodos económicos regresivos, cuando no debería ser así.

Tal vez, con una mayor financiación alternativa y una adaptación más específica a la actividad económica digital les haría tener mayor capacidad frente a los ciclos económicos regresivos; sería necesario un estudio empírico sobre esta cuestión para poder contrastar esta realidad que es evidente es un tema latente en la actualidad.

A todo ello, contribuiría en gran medida una mejora en los beneficios tributarios existentes para el inversor, cuando se trata de utilizar estas fórmulas de financiación alternativas, sin olvidar que hay que reelaborar la normativa tributaria para que estas sean de aplicación a las entidades de economía social.

Bibliografía.

-ÁLAMO CERRILLO, R y LAGOS RODRIGUEZ, M^a, G. (2015), “La economía digital y la posibilidad de fraude fiscal”, *Revista Técnica Tributaria*, enero-marzo.

-ÁLAMO CERRILLO, R y LAGOS RODRIGUEZ, G. (2015), “Necesidad de adaptación de los conceptos tributarios a la economía digital”, *Quincena Fiscal*, nº 3.

-ARDAZUN, P. (2015), “Globalización del proceso productivo establecido y su impacto socioeconómico. El caso de ORKLIS. COOP. En China”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 83.

-BAHÍA ALMANSA, B. (2011), “El microcrédito como instrumento de financiación al servicio de las entidades de economía social. Especial referencia al instrumento europeo de microfinanciación Progress”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 16.

-BARRENO, M, FERRERAS, J, MAS, J, MUSILEK, A, RANZ, A. (2015), “El proyecto Beps de la OCDE/G20: resultados de 2014”, DOC. nº 5, *Instituto de Estudios Fiscales*.

-CANTARERO, S, GONZÁLEZ-LOUREIRO, M, Y PUIG, F. (2017), “Efectos de la crisis económica sobre el emprendimiento de empresas de economía social en España: un análisis espacial”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 125.

-CRISTÓBAL FRANSI, E, MONTEGUR SALLA, Y Y DARIES RAMÓN, N. (2017), “Cooperativismo 2.0: presencia en internet y desarrollo del comercio electrónico en las cooperativas oleícolas de Cataluña”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 124.

-CRUZ PADIAL, I. (2007), “Sistema tributario: su falta de adecuación al contexto actual originado por el proceso de globalización económica”, *Nueva Fiscalidad*, nº 9.

- CRUZ PADIAL, I. (2010), “Aspectos puntuales en la fiscalidad de las cooperativas”, *Comunicación presentada en las XIII Jornadas de Investigadores en Economía Social, CIRIEC, Zaragoza*.
- CRUZ PADIAL, I. (2016), “La economía digital en BEPS: una síntesis”, *Nueva Fiscalidad*, nº 2.
- CHAVES, R y MONZÓN, J, L. (2012), *La Economía Social en la Unión Europea*, Consejo Económico y Social Europeo, Bruselas.
- FERNANDEZ UCLÉS, D, BERNAL JURADO, E, MOZAS MORAL, A, MEDINA VIRUEL, M, J y MORAL PAJARES, E. (2016), “El sector cooperativo oleícola y el uso de las TIC: un estudio comparativo respecto de otras formas jurídicas”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 120.
- CHAVES AVILA, R y SAVALL MORERA, T. (2013), “La insuficiencia de las actuales políticas de fomento de cooperativas y sociedades laborales frente a la crisis en España”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 113, monográfico: Crisis económica actual y sus posibles repercusiones en la economía social.
- GARCÍA CALVENTE, Y. (2015), “Economía del Bien Común: Análisis y propuestas sobre la constitucionalidad de su incentivación fiscal”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26.
- GARCÍA LUQUE, E. (2011), *Fiscalidad, Desarrollo Sostenible y Responsabilidad Social de la Empresa*, Lex Nova.
- GRÁVALOS, M. A y POMARES, I. (2001), “Cooperativas, desempleo y efecto refugio”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 74.
- GUTIERREZ BENGOCHEA, M y SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. (2016), *Aspectos tributarios de las cooperativas y sociedades laborales*, Editorial Comares.
- MARTÍN LOPEZ, S, GARCIA-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, C y LEJARREIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. (2010), “Las dificultades de financiación de las empresas de participación ante la crisis económica: la creación de una entidad de crédito como alternativa”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 100, monográfico: La respuesta de la economía social ante la crisis económica.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. (2015), “El tratamiento fiscal del crowdfunding”, *Quincena Fiscal*, nº 14.
- MONTESINOS OLTRA, S. (2017), “Incentivos fiscales al emprendimiento y Economía Social”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2.

-NAVARRO EGEA, M. (2016), “La economía colaborativa ante la Hacienda Pública”, en la obra colectiva, *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, dir. (Alfonso Sánchez, R, y Valero Torrijos, J), Aranzadi, Pamplona.

-RIBES RIBES, A. (2014), “Reflexiones críticas sobre el tratamiento fiscal de los inversores de proximidad o *businnes angels*”, *Quincena Fiscal*, nº 14.

-SANCHIS PALACIO, J, R y PASCUAL GARCIA, E. (2017), “Banca ética y banca cooperativa. Un análisis comparativo a través del estudio de Caixa Popular y de Fiare Banca Ética”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 24.

-SALVADOR SÁEZ, D. (2015), “El crowdfunding no lucrativo como mecanismo alternativo de financiación en la economía social”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26.

-SÁNCHEZ PACHÓN, L.A, y PÉREZ CHINARRO, E. (2015), “Las entidades de economía social como protagonistas de un nuevo modelo de emprendimiento y medidas legales de apoyo al emprendimiento”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 84.

-SANZ GÓMEZ, R, y LUCAS DURÁN, M. (2015), “Implicaciones tributarias del crowdfunding o financiación colectiva”, *Quincena Fiscal*, nº 9.

-SEGURA ANDUEZA, J. J. (2007), “El concepto de establecimiento permanente y el comercio electrónico”, en *Cuadernos de Formación*. Colaboración 15. Volumen 3 Instituto de Estudios Fiscales.

-SERRANO ANTÓN, F. (2015), “Los aspectos fiscales internacionales en el establecimiento permanente”, *Fiscalidad Internacional* (tomo I), CEF.

-SOTO MOYA, M. M. (2016) “Incentivos a la financiación empresarial: el caso particular de los business angels en España”, *Cooperativismo y Desarrollo*, volumen 24, nº 108.

-SOTO MOYA, M. M. (2016), “La tributación del prestatario en los prestamos colectivos a través de plataformas electrónicas: especial referencia a los beneficios fiscales”, *Quincena Fiscal*, nº 20.

-SOTO MOYA, M. M. (2018), *Tributación del crowdfunding*, Tirant lo Blanch.

-VVAA. ((2017), *Tendencias y desafíos fiscales de la economía digital*, MORENO GONZALEZ, S, (directora), Aranzadi.

SEXUAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE. A PRACTITIONER'S REFLECTIONS ON THE CURRENT REVIEWS IN THE UNITED KINGDOM POST #METOO

ACOSO SEXUAL EN EL ENTORNO LABORAL. LAS REFLEXIONES DE UN
ABOGADO EJERCIENTE SOBRE EL DEBATE ACTUAL EN EL REINO UNIDO
TRAS #METOO

SHELAGH MCKENZIE

Solicitor registered with the Law Society of Scotland

Visiting Lecturer at Malaga University

smck@uma.es

Abstract:

In autumn 2017 allegations about sexual harassment in the entertainment industry began to be reported in the press.¹ These allegations lead to women in a wide range of industries speaking out about sexual harassment in their workplaces. The #MeToo movement, together with the Everyday Sexism Project, have successfully highlighted the extent to which sexism, sexist comments and sexist behaviours continue to exist in our society today.² As a consequence, in 2018 two key reports were published into sexual harassment in the workplace in the UK, and there has been a lot of discussion about whether we should strengthen or change the existing employment laws.³ This article outlines some of the current debates in the UK with a view to contributing to the debate in Spain. It also offers some reflexions on how preventative sexual harassment training could be tailored and adapted to address the reality of different roles/remits within an organisation.

Key words: Sexual harassment, training, managers, trade union representatives, human resources professionals, male and female colleagues, role of regulators, role of lawyers, confidentiality and non-disclosure agreements.

Resumen:

En otoño de 2017 empezaron a aparecer en prensa denuncias sobre acoso sexual en la industria del entretenimiento. Dichas denuncias llevaron a otras mujeres de otras industrias a hablar sobre acoso sexual en sus lugares de trabajo. El movimiento #MeToo, junto con el Proyecto "Everyday Sexism", han conseguido poner de relieve hasta qué punto el sexismo, los comentarios y comportamientos sexistas continúan existiendo a día de hoy en nuestra sociedad. Como consecuencia, en 2018 se publicaron dos informes clave sobre el acoso sexual en el entorno laboral en el Reino Unido, y se han generado numerosos debates sobre si se deberían reforzar o cambiar las leyes laborales. Este artículo resume algunos de los debates que se están produciendo

¹ See, for example: <https://www.theguardian.com/film/2017/oct/13/harvey-weinstein-allegations-hollywood-enablers>

² <https://everydaysexism.com> and <https://twitter.com/hashtag/metoo>

³ Section 26(2) of the Equality Act 2010.

REJIE Nueva época: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa
Núm.19, Enero 2019, pp. 69-85

[En línea] <http://www.revistas.uma.es/index.php/rejie>

Recibido: octubre 2018

Aceptado: diciembre 2018

actualmente en el Reino Unido, con el objetivo de contribuir al debate en España. Igualmente, ofrece algunas reflexiones sobre cómo se puede modelar la formación preventiva en acoso sexual y adaptarla a diferentes roles dentro de una organización.

Palabras clave: acoso sexual, formación, prevención, directores, representantes de los trabajadores, profesionales de recursos humanos, formación por género, papel de los reguladores, papel de los abogados, acuerdos confidenciales.

Summary: 1. Introduction. 1.1. The recent reviews of sexual harassment in the workplace in the UK. 1.2. The definition of sexual harassment. 1.3 How common is sexual harassment in the workplace? 1.4. Sexual harassment in the workplace is a business problem. 2. Proposed UK statutory code of practice on sexual harassment in the workplace. 3. Training and awareness raising for future employers and employees. 3.1. Training for senior managers on sexual harassment. 3.2. Training for human resources professionals. 3.3. Sexual harassment and awareness training for trade union and employee representatives. 3.4. Sexual harassment and awareness training specifically for male colleagues? 3.5. Sexual harassment and awareness training specifically for female colleagues? 4. The role of regulators and professional associations/organisations in ensuring that leaders are equipped to lead on sexual harassment. 5. The role of lawyers in drafting non-disclosure or confidentiality agreements. 6. Conclusions. Bibliography.

1. Introduction.

Sexual harassment is not only in the media news stories, but it is also firmly on the international legal agenda. The UK and Spain have signed up to the Sustainable Development Goals which require the elimination of all forms of discrimination against women by 2030.⁴ Article 40 of the Istanbul Convention,⁵ which Spain has already ratified and which the UK intends to ratify, deals specifically with sexual harassment and requires parties to take the “necessary legislative or other measures” to tackle sexual harassment.

In March 2018 there was a report published entitled *Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces and political life in the EU* (hereinafter referred to as the “EU report”).⁶ The European Parliament has recently called on Member States to introduce measures to prevent and combat violence and harassment at the workplace including “comprehensive information and training courses to ensure that workers understand policies and procedures, and support for companies to draw up action plans to implement all these measures.”⁷

⁴ UN, Sustainable Development Goal 5.

⁵ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11.V.2011.

⁶ European Parliament's Committee on Women's Rights and Gender Equality and published by the Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, March 2018, *Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces and political life in the EU* (hereinafter the “EU report”).

⁷ European Parliament resolution of 11 September 2018 on measures to prevent and combat mobbing and sexual harassment at workplace, in public spaces, and political life in the EU (2018/2055(INI)).

1.1. The recent reviews of sexual harassment in the workplace in the UK.

In March 2018, the Equality and Human Rights Commission in the United Kingdom, published a report entitled: *Turning the tables: ending sexual harassment at work* (hereinafter referred to as “the EHRC report”).⁸ This publication shared evidence about sexual harassment in the workplace gathered from around 1000 individuals and employers, and made a series of recommendations about how to end sexual harassment at work.

This was followed on 25 July 2018 by the review and publication on *Sexual harassment in the workplace* by the Women and Equalities Committee of the House of Commons (hereinafter referred to as “the WEC report”) which endorsed some of the recommendations of the EHRC and made its own additional proposals.⁹ After hearing evidence from a wide range of interested parties, the Committee concluded that more preventative measures needed to be taken:

*It is shameful that unwanted sexual behaviours such as sexual comments, touching, groping and assault are seen as an everyday occurrence and part of the culture in workplaces...There is considerable focus on protecting people's personal data and preventing money laundering, with stringent requirements on employers and businesses to meet their responsibilities in these areas. They should now put the same emphasis on tackling sexual harassment.*¹⁰

1.2. The definition of sexual harassment.

Currently, the broad legal definition and concept of sexual harassment in both Spain and the UK is derived from European directives such as Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).¹¹

The European civil law concept of sexual harassment has been transposed into the law in the UK and is “unwanted conduct of a sexual nature, which is intended to, or has the effect of, violating a person’s dignity or creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment for them.”¹² Unwanted conduct may be verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature.¹³ Whether or not unwanted sexual conduct violates a person’s dignity or creates an offensive environment depends on the victim’s perspective and whether their reaction is reasonable in all the circumstances.¹⁴

⁸ Equality and Human Rights Commission of the UK, March 2018, *Turning the tables: Ending sexual harassment at work* (hereinafter referred to as the “EHRC report”).

⁹House of Commons Women and Equalities Committee Fifth Report of Session 2017-2019, July 2018, *Sexual harassment in the workplace* (hereinafter referred to as the “WEC report”).

¹⁰ Page 3 of the WEC report.

¹¹ Article 1(d) of Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006.

¹² Article 1(d) of Directive 2006/54/EC and Section 26 of the Equality Act 2010.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Section 26(4) of the Equality Act.

In practice, the concept of what behaviours constitute “harassment” and “sexual harassment” can vary from country to country.¹⁵ In the UK, for example, a one-off incident can constitute harassment.¹⁶ The courts have held that unwanted sexual conduct does not need to be aimed at the complainant; there simply needs to be proximity.¹⁷ Further, the fact that a claimant has put up with the conduct for years, or joined in with “banter”, does not necessarily mean that the conduct is not “unwanted.”¹⁸ In theory, a harassment claim can be brought by a colleague who does not share the “protected characteristic.”¹⁹

Everyday examples of sexual harassment include:

- Hearing comments of a sexual nature being made about other women in the workplace.
- Displays of pornographic material.
- The circulation of pornography by email, messages etc.
- Being the subject of unwelcome jokes of a sexual nature.
- Having comments of a sexual nature made about their body or clothes.
- Unwanted touching such as a hand on the knee or lower back.
- Unwanted sexual advances.
- Requests or demands for sexual favours.

The trade unions in the UK have noted that social media and email are also increasingly involved in workplace sexual harassment.²⁰

The objective of any sexual harassment awareness training should be to ensure that employees understand that sexual harassment as defined in this directive encompasses a whole range of behaviours or conduct on a sliding scale from the least serious examples such as “unwanted sexual jokes” to the most serious assaults which may also fall within criminal definitions of sexual harassment, assault or rape.²¹ Case law examples both from home and from other European countries are instructive on how this European concept is interpreted in practice across the European Union.²²

1.3. How common is sexual harassment in the workplace?

As the EU report notes: “measuring the extent of sexual harassment is complicated by the fact that perceptions of sexual harassment vary from person to person, from country to country, and over time.”²³

¹⁵ An analysis of the different judicial interpretations in Spain and in the UK is beyond the scope of this article but will be the topic of a future article.

¹⁶ *Reed v Stedman* [1999] IRLR 299 (EAT).

¹⁷ *Moonsar v Fiveways Express Transport Ltd* UKEAT/0476/04

¹⁸ See, for example: *Munchkins Restaurant Ltd and another v Karmazyn and others* UKEAT/0359/09

¹⁹ *Noble v Sidhil Ltd* UKEAT/0375/14/DA (note this was not a case specifically about sexual harassment)

²⁰ Trades Union Congress, 2016, *Still just a bit of banter: sexual harassment in the workplace* at page 7 (hereinafter referred to as the “TUC report”).

²¹ A consideration of the criminal law definitions of sexual harassment is out of the scope of this work.

²² See page 48 of the EU report for more information on how different EU countries approach this issue.

²³ As noted on page 20 of the EU report.

The UK Government does not currently collect data on the extent of sexual harassment in the workplace.²⁴ Data from employment tribunals also does not enable cases involving allegations of sexual harassment to be quickly identified. For these reasons the WEC has recommended that the Government should collect data on the number of employment tribunal claims relating to sexual harassment allegations and commission surveys every three years to “determine the prevalence and nature of sexual harassment in the workplace.”²⁵ The WEC recommends that the findings of each survey should be accompanied by “an evaluation of measures taken in the preceding period to tackle sexual harassment, and an action plan responding to the findings.”²⁶

Notwithstanding this, various surveys and investigations exist which suggest that there is a high incidence of sexual harassment in the workplace although it is not regularly reported to employers.²⁷ For example, between December 2017 and February 2018, the EHRC gathered evidence from around 1,000 individuals and employers. The EHRC also received 750 responses to an online survey: 75% of people who responded to the survey had experienced sexual harassment at work. The rest had witnessed harassment or supported others.²⁸ Nearly all of the people who had been sexually harassed were women.²⁹ Similarly, a BBC survey in November 2017 (surveying 6,206 adults in Great Britain) found that 40 per cent of women and 18 per cent of men (29 per cent overall) had experienced some form of unwanted sexual behaviour in the workplace in the preceding year.³⁰

When the Trade Unions Congress reviewed the issue of sexual harassment in 2016 it found that specific groups are “disproportionately affected or susceptible to sexual harassment at work, such as young women between the ages of 18 and 24, employees with a disability or long-term illness, and members of sexual minority groups. Workers with irregular, flexible or precarious employment contracts, common in the services sector, and freelancers are more likely to experience sexual harassment.”³¹ Similarly, the EU Agency for Fundamental Rights has also noted that women with “irregular or precarious employment contracts, which are common for many jobs in the services sector, are also more susceptible to sexual harassment.”³²

In Spain, there has also been a problem of visibility in terms of trying to assess the scale of the issue of sexual harassment, although the number of complaints dealt with by the Labour Inspectors are counted. It has been reported that the Observatory on Gender Violence is going to start to count the number of claims for sexual harassment.³³ Although complaints to the labour inspectors are counted, it is submitted that sexual

²⁴ Paragraph 7 of the WEC report.

²⁵ Paragraph 140 of the WEC report.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Paragraph 7 of the WEC report.

²⁸ Page 3 of the ECHR report.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ As reported in Paragraph 9 of the WEC report: BBC – Sexual harassment in the work place 2017, survey by ComRes, November 2017.

³¹ Paragraph 9 of the TUC report.

³² Page 9 of the TUC report and EU Agency for Fundamental Rights (2014) Violence Against Women: An EU wide survey.

³³ Blanco, S, 6 March 2018, “Una de cada tres españolas se ha sentido acosada sexualmente”, El País.

harassment claims raised at the pre-litigation stage and settled before the Spanish Mediation, Arbitration and Conciliation Service should also be declared and counted.

1.4. Sexual harassment in the workplace is a business problem.

Both in Spain and in the UK, employers can be vicariously liable for acts of sexual harassment (although in the UK there is a defence if the employer can show that they have taken all reasonable steps to prevent such harassment from occurring in which case only the employee is personally liable to pay any compensation).³⁴ Notwithstanding this, the WEC report concluded that employers have “failed to tackle workplace sexual harassment, despite evidence that this is a long-standing and endemic problem.”³⁵ Harassment can have a “devastating impact” on those who are subjected to it.³⁶ The WEC heard evidence that: “mental and physical health often suffer, leading to anxiety, poor sleep, depression, loss of appetite, headaches, exhaustion or nausea. Victims feel humiliation, mistrust, anger, fear and sadness.”³⁷

As the WEC report highlights, aside from the ethical or moral reasons for tackling sexual harassment it is important not to lose sight of the business reasons: “a poor organisational culture and failure to deal with sexual harassment allegations lead to employees being dissatisfied with work, having a low opinion of their managers, absenting themselves or wanting to leave.”³⁸ Indeed it is arguable that the behaviours which a business chooses to accept or reject, in terms of tolerating or not sexual “jokes” or comments about appearance or “minor” sexual related annoyances contributes to the culture within which the more serious forms of sexual harassment can thrive. Businesses must understand that the message from studies of employees who have suffered these types of regular transgressions is that this type of workplace culture undermines and belittles them.³⁹ It takes true courage and leadership to eliminate sexual harassment in the workplace through transforming workplace cultures and promoting zero tolerance.

2. Proposed UK statutory code of practice on sexual harassment.

Both the WEC and the EHRC have recommended that employers in the UK should be placed under a “*mandatory duty*” to protect their workers from harassment and victimisation. The WEC has suggested that the code of practice to support the mandatory duty on employers to protect workers from harassment should set out good practice guidance on issues including:

³⁴ Section 109 of the Equality Act 2010 Article 8.13 of the Royal Legislative Decree 5/2000, 4 August, Breaches and Penalties of the Social Order (hereinafter referred to as “LISOS” which is the Spanish acronym for this piece of legislation).

³⁵ Paragraph 17 of the WEC report.

³⁶ Paragraph 12 of the WEC report.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Paragraph 13 of the WEC report which refers to Written Submissions from Chartered Institute of Personnel and Development and Dr. Afroditi Pina.

³⁹ Paragraph 12 of the WEC report.

- a) reporting systems and procedures and what employers should provide as a minimum, including guidance on anonymous reporting and any relevant data protection issues that arise;
- b) support for victims, including access to specialist support and steps that should be taken to prevent victimisation of complainants;
- c) how to investigate and record complaints, including a presumption that all complaints should be investigated unless there is a compelling reason not to;
- d) how to identify when sexual harassment allegations may include criminal offences and how to conduct any investigation in a manner which does not prejudice any potential police investigation and criminal prosecution;
- e) training, induction, risk assessments and other policies and practices; and
- f) alternative dispute resolution including mediation, and risk assessments.⁴⁰

The EHRC has suggested that the code of practice could be referred to in any sexual harassment litigation when determining whether the mandatory duty has been breached.⁴¹ It is hoped that this code would change the way employers handle complaints of harassment, and in turn lead to increased reporting of such incidents.

If there was a mandatory duty to investigate and record any allegations of sexual harassment, perhaps this would deter otherwise serial harassers. It is also hoped that it would encourage complainants to speak out if they knew that their complaints could not be ignored. It has been argued that: “if a complainant is aware they are contributing to a portfolio of someone’s behaviour, this may encourage complainants to speak out as there is a greater good they are doing.”⁴²

A more controversial question which follows is whether previous complaints against the same alleged harasser which have been dismissed or not upheld should be included within subsequent investigations (particularly if there were no witnesses to either incident)?⁴³ There may be circumstances where an employer is entitled to exclude this information because of the nature of the previous incidents, the people involved, and the time that has elapsed between incidents (real or alleged),⁴⁴ but it is worth considering whether this should be the general rule if the objective of the rule is to protect employees from serial harassers in the workplace?

In the UK there is no equivalent law to the Spanish rules on prescription for very serious breaches of employment law.⁴⁵ Perhaps rules of prescription should not apply to sexual harassment or should be extended in order that, for example, a ten-year period rather than a six-month period could be considered.

⁴⁰ Paragraph 77 of the WEC report.

⁴¹ Paragraph 1.2 of the ECHR report.

⁴² *Daurka K*, March 2018, “Kiran Daurka of Leigh Day responds to Stephen Levinson”, Employment Lawyers Association Briefing.

⁴³ *Daurka K*, January/February 2018, “Sexual harassment: Why we need a mandatory duty and inferences of fact”, Employment Lawyers Association Briefing.

⁴⁴ Levinson S, “Sexual harassment: the debate continues”, March 2018, Employment Lawyers Association Briefing.

⁴⁵ Article 60 of the Spanish Workers’ Statute (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

3. Training and awareness raising for future employees and employers.

In Spain 39.9% of people employed work in micro businesses.⁴⁶ If discrimination laws and rights including the right not suffer sexual harassment are to be effective, they must not only be given effect to in practice to those employees who work in businesses who employ over 250 employees, but also to employees who work in micro or small businesses (particularly if there exists no collective agreement with express obligations). It is worth considering whether educational establishments should have a more formal role in preparing young people, as future employees, for the workplace by providing sexual harassment and diversity training as an obligatory part of their curriculum?

Sexual harassment in the workplace is an extension of sexual harassment in society in general. Earlier this year, it was reported that Exeter University in the United Kingdom expelled some law students who had participated in exchanging sexist and racist WhatsApp messages.⁴⁷ It can be deduced that these students simply did not realise how their “private jokes” could be interpreted by other students, teachers at the university, and the wider world beyond university. Schools, universities and further education providers are uniquely placed to try to ensure that students will not become liabilities for their future employers by ensuring that they have received awareness training on how discrimination law applies in all workplaces. After all, discrimination law extends throughout the European Union and exists in other jurisdictions too such as the United States, Australia, New Zealand.

In addition, it is recommended that in order to give effect to equality and diversity laws in practice, every local authority should offer reasonably priced or free regular access to discrimination and harassment courses to owners and employees of micro and small businesses. Universities should consider whether they could provide partnership in the development and provision of such training.

In both Spain and the UK, it is agreed that training with the objective of awareness raising is a key step to changing and improving workplace cultures. The importance of creating an appropriate workplace culture from the commencement of opening of a new workplace cannot be overstated. Workplace culture depends on workplace standards which depend on workplace values. These need to be agreed by management and conveyed to all new employees who enter an organisation as part of their induction training.

Spanish law already also imposes an obligation on businesses to promote conditions at work that avoid sexual harassment and sex harassment, and states that there should be specific procedures to prevent harassment and to address complaints from anyone who has been the subject of harassment.⁴⁸ Further if an employer has failed to comply with an obligation to develop an equal opportunities policy this is considered a “serious

⁴⁶ Spanish Ministry of Economy, Industry and Competitiveness, SMEs Figures, January 2018. <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2018.pdf>

⁴⁷ As reported by the BBC on 1 May 2018 “Exeter university students expelled over racist comments.” <https://www.bbc.com/news/uk-england-devon-43966504>

⁴⁸ Art. 48 of the Organic Law 3/2007, of 22 March. Organic Law for the effective equality of men and women (hereinafter referred to as “LO 3/2007”).

breach” of labour law, but not all employers are under an express obligation to develop an equal opportunities plan.⁴⁹

It is worth considering whether the law should go further and impose *an express obligation* on employers to provide annual or bi-annual sexual harassment training (and arguably equality and diversity training more generally), with a breach of any such obligation being expressly subject to fines in the Spanish legislation which regulates breaches and fines in employment law regardless of whether or not any sexual harassment complaints have been made. Understanding sexual harassment and providing training on the prevention of sexual harassment is key to creating a conducive work environment based on mutual respect and professionalism for all employees.

The EHRC noted in its report that “including information on sexual harassment in induction is an effective way of ensuring that all new staff are clear about the behaviours expected in the workplace and how to report instances where behaviour falls below this standard. However, only around two out of five employers included such information in their induction processes. Fewer than a third of the employers who provided us with evidence evaluated the effectiveness of their harassment policy through methods such as regular staff surveys.”⁵⁰

Training needs to be, of course, adapted to the audience, and the contents of the reports provide an interesting view of current workplace attitudes and cultures and as well as the roles of different stakeholders. It is important to ensure that appropriate training is given in the right place, at the right time and in the right way. It is not the same to ask employees, for example, to watch a podcast or short video as to actively engage them in face to face training. The contents of the reports contain observations which are helpful when considering what the contents of quality training may include, and how training may be adapted for different groups within the workplace.

3.1. Training for senior managers on sexual harassment.

Senior managers were singled out for their lack of awareness about the extent of sexual harassment in their organisations.⁵¹ The WEC thought that this “lack of awareness is in part arguably a symptom of the long-standing underrepresentation of women in leadership positions. People did not want to think that this was happening in their organisation; they could not believe that it was happening in their organisation.”⁵² The EHRC noted that:

A common theme among individuals who reported sexual harassment was a feeling that their employer did not take them seriously, dismissing the reported case as merely ‘a bit of fun’ or ‘laughing it off as boys being boys’. In a number of these cases, it was clear that other people had complained about the same person previously and that the perpetrator’s actions were widely known. One respondent said her line manager told her: ‘Well you know how he is, just stay out of his way.’ This example mirrors other

⁴⁹ Article 7(13) of LISOS.

⁵⁰ Page 10 of the ECHR report.

⁵¹ Paragraph 18 of the WEC report.

⁵² *Ibid.*

*responses, which described situations where harassment was tacitly accepted, with the onus put on the person who had been harassed to avoid contact with the perpetrator; often difficult in a work situation.*⁵³

In giving evidence to the WEC, Kathryn Nawroycki described how organisations can close ranks to protect senior managers when they are accused of sexual harassment:

*Quite often, harassment is perpetrated by a senior person to a more junior person. It is very difficult to challenge up the hierarchy in an organisation. [...] It is very typical that organisations will close ranks and protect their more powerful, senior people, even if they know they have crossed a line. It does not take long for that to become very common knowledge amongst employees: that, quite frankly, the organisation would rather keep them there being successful, earning money and doing whatever else, and make that slightly awkward, complaining, more junior person over there go away.*⁵⁴

Several studies have found that perpetrators of sexual harassment tend to be in a position of power over the target of the harassment.⁵⁵ This power imbalance needs to be acknowledged and understood. According to TUC report, four out of five women did not report sexual harassment to their employer.⁵⁶ Retaliation fears, concerns over lack of evidence and feelings of shame are some of the frequent reasons given for not reporting concerns.⁵⁷

Another key area which senior management (in order that they can ensure all line managers are appropriately trained), is the prevention of victimisation once a sexual harassment allegation has been made. Sue Coe, Principal for Work and Employment at the EHRC, described much of the practice that the EHRC earned about as “just paper-based compliance.” She gave evidence that you could “count on the fingers of one hand the number of organisations that had rounded practice where they had taken steps to train, evaluate that training, include steps in induction, track those who had raised complaints to make sure that they were not being victimised and were not blocked in their progression in the organisation.”⁵⁸

3.2. Training for human resources (“HR”) professionals.

According to the EHRC, most people who said they had reported sexual harassment found that the response they received from managers and HR staff was “very unhelpful.”⁵⁹ In order for HR professionals to carry out their duties effectively it is

⁵³ Page 6 of the EHRC report.

⁵⁴ Paragraph 75 of the WEC report.

⁵⁵ Page 9 of the TUC report citing Wilson, F. and Thompson, P. “Sexual Harassment as an Exercise Of Power” Gender Work and Organization 8 (1): 61-83, and Gruber, J. and Smith, M. In the Company of Men: Male.

Dominance and Sexual Harassment Northeastern University Press, Boston (2005).

⁵⁶ Page 5 of the TUC report.

⁵⁷ Daurka, K., “Sexual harassment: why we need a mandatory duty and inferences of fact”, January/February 2018, Employment Lawyers Association Briefing.

⁵⁸ Paragraph 20 of the WEC report.

⁵⁹ Page 7 of the ECHR report.

essential that they perceived to be neutral and objective working for the good of the organisation as a whole as opposed to any one individual. The EHRC report notes that:

Another common theme in responses was the existence of a power imbalance between the perpetrator of the sexual harassment and the person being harassed. Many individuals believed that senior colleagues, due to their position of influence within organisations, were not challenged by HR departments or other colleagues, with some describing these individuals as 'untouchable'.⁶⁰

In another example, one individual was advised against reporting an incident because it would "damage her brand."⁶¹

HR professionals are often in a difficult position in so far as their role involves balancing conflicting demands between management and employees. One HR professional who submitted evidence to the WEC stated:

There is frequently a stronger drive to maintain the status quo than to deal with the harassing behaviour. Reporters of harassment can be seen as troublemakers or liars, and all too often find themselves unemployed after reporting these incidents.⁶²

Consequently, in evidence to the WEC some described how victims lose confidence when they see "other cases being mishandled or dismissed or met with hostility, intimidation or further victimisation."⁶³ HR professionals need specially focused training which recognises that in practice there can be inherent conflicts in their role and which empowers them to challenge the power dynamic which exists in sexual harassment cases. They also need to have the support of the senior management team who understand that in carrying out their duties HR professionals may, at times, uncover awkward and unpalatable truths about individuals who hold positions of influence within the organisation.

HR professionals have a special role to play in ensuring that workplaces are free from harassment. It usually falls within their remit to ensure that there are clear policies outlining the steps to follow if someone is being sexually harassed. They should be instrumental in setting the expected standards of behaviour and the responsibilities of managers. They are also often responsible for providing or procuring sexual harassment training which includes examples of the sorts of behaviour they wish to target. They should be ensuring policies are communicated on an ongoing basis, for example, through antiharassment weeks, training or posters. They should also be regularly monitoring the effectiveness of policies through staff surveys. In practice, the EHRC noted that "fewer than a third of the employers who provided us with evidence evaluated the effectiveness of their harassment policy through methods such as regular staff surveys."⁶⁴

⁶⁰ Page 5 of the ECHR report.

⁶¹ Page 5 of the ECHR report.

⁶² Paragraph 71 of the WEC report.

⁶³ Paragraph 71 of the WEC report.

⁶⁴ Page 10 of the ECHR report.

3.3. Sexual harassment and awareness training for trade union and employee representatives.

In the UK, according to the TUC report, only one per cent of those women who had experienced sexual harassment confided in their trade union representative.⁶⁵ There is clearly therefore a role for trade unions to play in increasing their visibility in terms of campaigning on behalf of its members for workplaces free from sexual harassment and providing support to victims of sexual harassment. Trade union representatives who work in sectors with seasonal employment and where there is a large female workforce have particular responsibilities in ensuring businesses within these sectors are alert to the additional risks faced by females.

There is in Spain a specific requirement that employee representatives contribute to the prevention of sexual harassment and sex harassment through codes of good practice, raising awareness and training about the sorts of behaviour or conduct that can amount to harassment.⁶⁶ Trade unions can be part of the solution in terms of developing effective sexual harassment prevention training programmes and ensuring that this training is regularly provided to all members of staff.

3.4. Sexual harassment and awareness training specifically for male colleagues?

Research in the UK indicates that in 9 out of 10 cases, the perpetrator of sexual harassment was a man.⁶⁷ According to European Commission research on sexual harassment in the workplace, women working in male-dominated workplaces are more likely to experience sexual harassment.⁶⁸ In light of these findings, it is clear that the issue of sexual harassment in the workplace cannot be resolved without the assistance of men. It is therefore worth reflecting whether some harassment and awareness training should be specifically tailored for male colleagues and provided to male only groups?

This is because men who have not had the benefit of any sexual harassment training often do not realise that sexual harassment in the workplace can occur whether or not the perpetrator meant to harass the victim. They do not realise that sexual harassment can occur unintentionally, or in circumstances where the perpetrators are unaware of the level of upset and offence caused by their behaviour.

It seems that some of the backlash to the #MeToo movement and Everyday Sexism movement is because expectations in terms of standards of acceptable behaviour for men has not always been defined, explained or managed in the past. For example, there may be a lack of awareness of where the line is between “perceived flirting” and “perceived harassment.”

In addition, men, as well as women have a role to play when they are “bystanders” to incidents of sexual harassment. As Dr Rachel Fenton, a researcher into bystander intervention, explained to the WEC, “the environment in which [the harassment]

⁶⁵ Page 3 of the TUC report.

⁶⁶ Art 48.2 LO 3/2007.

⁶⁷ Page 15 of the TUC report.

⁶⁸ Page 10 of the TUC report citing a report by the European Commission (1999) Sexual Harassment at the Workplace in the European Union.

happens is really important, in terms of what other people's reactions are [...], how supportive they are of what you are suggesting and how other people around you act and respond. If you are met by a sea of silence and nobody shows any kind of solidarity, it reinforces that reporting is not the right thing to do.”⁶⁹

The fact that men are less likely to experience sexual harassment may exacerbate feelings of shame or embarrassment when it does happen. Specific sexual harassment training for men should include an express acknowledgement of the cultural barriers which may exist for men in terms of reporting sexual harassment.

3.5. Harassment training and awareness training specifically for female colleagues?

The WEC report expressly states:

*We are concerned by the evidence that many people, particularly women, feel that behaviours that could constitute sexual harassment are so normalised and commonplace that they should just put up with them. This feeling is reinforced when colleagues and others—'bystanders'—see the behaviour but do not step in to support the victim or challenge the perpetrator. A particular issue for both victims and bystanders can be knowing how to challenge unwanted or offensive behaviours in the moment, particularly if they fear being victimised or left unsupported as a result.*⁷⁰

Interestingly, the WEC report explains that surveys that ask about experience of “sexual harassment”, as opposed to listing examples of specific unwanted behaviours, tend to record a lower positive response from respondents, perhaps because people may not fully understand what type of conduct can fall into the category of “sexual harassment.”⁷¹ By the end of any training session on sexual harassment, employees should understand that sexual harassment does not just cover criminal behaviours, but a whole range of lower “micro aggressive” behaviours which have the effect of undermining and belittling victims in the workplace.

One interesting aspect emerging from the conversation amongst women which has surfaced post the #MeToo movement is how different women react and deal with sexual harassment when confronted with it in the workplace. Anecdotal evidence gauged in general conversation suggests that the most assertive women have been able to successfully confront the perpetrators in a robust way. However other women who may be less assertive by nature and who have never attended any assertiveness training courses may find it more difficult because they fear confrontation. It may be helpful for women to be able to have the conversation within the context of a training session about how to share tips and tactics for confronting uncomfortable situations and having difficult conversations in the workplace. It may also be useful for more assertive women to listen to and understand why less assertive women may feel unable to deal with difficult situations in the same way as themselves. Ideally, women should support and learn from each other, rather than judge each other.

⁶⁹ Paragraph 47 of the WEC report.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Paragraph 9 of the WEC report.

4. The role of regulators and professional associations/organisations in ensuring that leaders are equipped to lead on sexual harassment.

Regulators and professional associations also have a part to play in ensuring that leaders in their industry are conscious of and equipped to deal with their obligations under discrimination law. In its report the WEC has concluded:

Regulators must make it clear that sexual harassment by regulated persons is a breach of regulatory requirements by the individual and their organisation, that such breaches must be reported to the appropriate regulator, and that such breaches must be taken into account when considering the fitness and propriety (or equivalent) of regulated individuals and their employers. Perpetration of or failure to address sexual harassment in the workplace must be recognised as grounds for failing a 'fit and proper person' test or having professional credentials removed. Regulators should also set out the sanctions for perpetrators of sexual harassment in their sectors.⁷²

The main regulators of the legal profession are the Solicitors Regulation Authority (SRA) and the Bar Standards Board (BSB). There has traditionally been a gender divide within the legal profession, for example, with partners and decision makers more likely to be male.⁷³ Against this background, the Law Society of Scotland, has carried out anonymous surveys which specifically ask members about their experience of sexual harassment in the workplace.⁷⁴ The Law Society of Scotland has acknowledged that “some members (particularly although not exclusively female) have been subjected to a spectrum of inappropriate behaviour.”⁷⁵ Allegations of more serious sexual harassment such as physical touching or requesting sexual favours are “less common and do exist.”⁷⁶ One way in which the Law Society could encourage law firms to think about and address the issue of sexual harassment is to make it obligatory for an element of the annual continued professional development training to be dedicated to equality and diversity training each year.

5. The role of lawyers in drafting non-disclosure or confidentiality agreements.

A final issue and a separate issue for the legal profession which has been recently discussed in the UK is the use of unethical non-disclosure or confidentiality agreements (hereinafter jointly referred to as “NDAs”). For example, in one well-publicised case, an employee who signed a non-disclosure agreement was not allowed a copy of it and was permitted only to view it where it was held at a law firm’s office. In another incident, it was reported that non-disclosure agreements were handed out to young, female waitresses for signing before they served dinner.”⁷⁷

⁷² Paragraph 62 of the WEC report.

⁷³ See the website of the Solicitors Regulation Authority: How diverse are law firms? <http://www.sra.org.uk/solicitors/diversity-toolkit/diverse-law-firms.page>

⁷⁴ Written submission by the Law Society of Scotland into the Sexual Harassment in the Workplace Inquiry, March 2018. <https://www.lawscot.org.uk/media/359825/emp-sexual-harassment-in-the-workplace.pdf>

⁷⁵ Marrs R, February 2018, “Time to call out harassment”, The Journal of the Law Society of Scotland.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ As reported in paragraph 112 of the WEC report.

The WEC report noted that such agreements are “used unfairly by some employers and also some members of the legal profession to silence victims of sexual harassment.”⁷⁸ There “is insufficient oversight and regulation of their use.” The WEC concluded that:

*It is unacceptable that some NDAs are used to prevent or dissuade victims from reporting sexual harassment to the police, regulators or other appropriate bodies or individuals. Those who use NDAs unethically in this way must face strong and appropriate sanctions.*⁷⁹

The WEC has proposed that “use of provisions in confidentiality agreements that can reasonably be regarded as potentially unenforceable should be clearly understood to be a professional disciplinary offence for lawyers advising on such agreements.”⁸⁰

In the meantime, in March 2018, the Solicitors Regulation Authority of England and Wales (“SRA”) published a warning notice to solicitors which states that, “while NDAs can be legitimate, they must not prevent anyone from notifying the SRA, or other regulators or law enforcement agencies, of conduct which might otherwise be reportable.”⁸¹

6. Conclusions.

The truth is that sexual harassment is an uncomfortable subject for people to engage with which is perhaps why it has largely remained “invisible.” If this issue is to be tackled it is important that we make it “officially” more visible by collecting official data and recording allegations of sexual harassment.

Employees are employed to perform roles, and people do not necessarily see the prevention of sexual harassment as falling within the remit of their specific role. Most people do not want to think of themselves or their peers as sexual harassers or potential harassers. When people think of sexual harassment, they tend to think of the most serious form which is akin to criminal conduct. There is a general lack of awareness about the insidious effect of working in workplaces which tolerate “jokes” and “comments” of a sexual nature. Not enough is understood about the belittling and demotivating effect these types of behaviours can have on staff who, due to power imbalances, may opt to remain silent.

Sexual harassment exists, it has always existed, but we must do better for ourselves and our sons and daughters as they enter the workforce. We need to take a more proactive approach to preventative training. Universities and education providers should have a formal role to play in preparing the future employees of the workforce by ensuring they understand harassment and discrimination laws, and that they are not potential liabilities for future employers.

⁷⁸ Page 3 of the WEC report.

⁷⁹ Page 3 of the WEC report.

⁸⁰ Paragraph 134 of the WEC report.

⁸¹ Warning Notice: Use of non-disclosure agreements (NDAs) issued on 12 March 2018 by the Solicitors Regulation Authority. [https://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct/guidance/warning-notices/Use-of-non-disclosure-agreements-\(NDAs\)--Warning-notice.page](https://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct/guidance/warning-notices/Use-of-non-disclosure-agreements-(NDAs)--Warning-notice.page)

Breach of discrimination laws is a business problem because it can result in unhappy employees, financial penalties, and bad publicity for the business. Regulators too, must try to ensure that future leaders are “fit to lead” and attending and providing regular training. Lawyers should also not be complicit in creating an environment in which sexual harassment can thrive by providing non-disclosure or confidentiality agreements with the intention of discouraging people from taking advice about their rights.

The time has come to amend the law to expressly state that all employers have an obligation to ensure staff attend annual or bi-annual training on the issue of sexual harassment. This issue should be given the same priority as we give to training on data protection and money laundering issues. Sanctions for breaches should be imposed, taking into account the size of the business.

Training needs to be quality face to face training which is designed and adapted to make it useful and effective for different audiences. Senior managers need to work as part of a team with HR professionals and line-managers to create a zero-tolerance environment. Trade union representatives in sectors which have more casual employment, and which tend to engage more women have a special role to play to ensure that businesses in these sectors are providing awareness training in order to address the attitudes and behaviours that can permit sexual harassment to thrive. Businesses and organisations can no longer afford to carry on as before, relying on the fear of employees to not speak out. In the 21st century, we can do better, we must do better!

Bibliography.

-BODELÓN GONZÁLEZ, M.E. y GALA DURÁN, C. (2014), “Teoría y Práctica de los Protocolos frente al acoso sexual”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 162.

-CABEZA PEREIRO, J. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2018), “El Derecho a la Protección Frente Al Acoso Sexual y Sexista en la Relación Laboral”, en LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), *Curso de Igualdad y Diversidad en las Relaciones Laborales*, Tirant lo Blanch.

-CLEARLY, C.; DAWSON, C. AND DEE, M. (July 2018), “Sexual harassment: key issues”, Employment Lawyers Association Briefing.

-DAURKA, K. (January/February 2018), “Sexual harassment: why we need a mandatory duty and inferences of fact”, Employment Lawyers Association Briefing.

-DAURKA, K. (March 2018), “Kiran Daurka responds to Stephen Levinson”, Employment Lawyers Association Briefing.

-Equality and Human Rights Commission in the UK (March 2018), *Turning the tables: ending sexual harassment at work*.

-European Parliament's Committee on Women's Rights and Gender Equality and commissioned, overseen and published by the Policy Department for Citizen's Rights

and Constitutional Affairs (March 2018), Bulling and sexual harassment at the workplace, in public spaces and political life in the EU.

-House of Commons: Women and Equalities Committee (2018), Sexual harassment in the workplace report.

-LEVINSON, S. (March 2018), "Sexual harassment: the debate continues", Employment Lawyers Association Briefing.

-MARRS, R. (February 2018), "Time to call out harassment", Journal of the Law Society of Scotland.

-PROCHASKA, E. AND SMITH, M. (July 2018), "Turning the Tables on Sexual Harassment," Employment Lawyers Association Briefing.

-SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2015), "El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales", *Revista de Información Laboral* nº 8.

-Trades Union Congress, 2016, Still just a bit of banter: sexual harassment in the workplace in 2016.

ENCADENAMIENTO DE CONTRATAS Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL¹

CHAINING OF CONTRACTS AND CORPORATE RESPONSIBILITY

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

Personal Investigador en Formación FPU.

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

magsalado@uma.es

Universidad de Málaga

Resumen:

Es bien conocido y aceptado que el proceso de descentralización productiva, también denominado «outsourcing» o «externalización de actividades», es un fenómeno, en principio, de carácter puramente económico, que surge como estrategia de gestión indirecta y con el propósito fundamental de ahorrar costes a las organizaciones, así como mantener elevadas cotas de productividad. Siendo éste un fenómeno complejo que reviste diferentes perfiles, con el ánimo de concretar el objeto de estudio, si debiera destacarse únicamente una de las principales manifestaciones de este fenómeno en España, esta podría ser el auge que están experimentando las técnicas de contratación y subcontratación –contratas y subcontratas– de actividades en los últimos años. A través de este sistema de contrataciones y subcontratas se pueden llegar a constituir auténticas cadenas de empresas, frente a las cuales los trabajadores tienen unos mecanismos específicos de protección para impedir que se vean afectados sus derechos o lleguen a desconocer para qué empresa están trabajando realmente.

El objetivo de este trabajo se centra, por tanto, en realizar un análisis en torno a esta práctica tan habitual de organización de las empresas: la contratación y subcontratación para llevar a cabo partes de un servicio o de una obra y sus repercusiones laborales –y de Seguridad Social-. Ahora bien, al efecto del análisis que nos ocupa, el foco de atención será el encadenamiento de contrataciones.

Palabras clave: Descentralización productiva, contrataciones, subcontratas, productividad y responsabilidad empresarial.

Abstract:

It is well known and accepted that the process of productive decentralization, also called "outsourcing" or "outsourcing of activities", is a phenomenon, in principle, of a purely economic nature, which emerges as an indirect management strategy and with the fundamental purpose of saving costs to organizations, as well as maintaining high levels of productivity. Being this a complex phenomenon that has different profiles, with the

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional de Investigación «Público y Privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración», financiado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP; organismo autónomo adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Función Pública). 2017-2018.

REJIE Nueva época: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Núm.19, Enero 2019, pp. 87-99

[En línea] <http://www.revistas.uma.es/index.php/rejie>

Recibido: mayo 2018

Aceptado: octubre 2018

aim of specifying the object of study, if only one of the main manifestations of this phenomenon in Spain should be highlighted, this could be the boom that contracting and subcontracting techniques are experiencing - *contratas y subcontratas*- of activities in recent years. Through this contracting and subcontracting system, it is possible to create genuine chains of companies, against which workers have specific protection mechanisms to prevent their rights from being affected or to become unaware of which company they are really working for.

The objective of this work is, therefore, to perform an analysis around this practice so common organization of companies: contracting and subcontracting to carry out parts of a service or a work and its impact on labor and safety Social-. Now, to the effect of the analysis that occupies us, the focus of attention will be the chaining of contracts.

Keywords: Outsourcing, contracts, subcontracts, productivity and corporate responsibility.

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. Una aproximación al encadenamiento de *contratas*: 2.1. Los conceptos de *contrata* y *subcontrata* de obras y servicios. 2.2. El marco jurídico. 2.3. La propia actividad. 2.4. Encadenamiento de *contratas*: extensión de la responsabilidad empresarial y límites en la cadena de *contratas*. Bibliografía.

1. A modo de introducción.

Existen pocas cuestiones laborales en nuestro ordenamiento jurídico que hayan tenido tanta repercusión, en los últimos tiempos, no solo en los medios doctrinales y jurisprudenciales, sino también en la propia sociedad, como las que se pueden incluir en lo que se ha venido denominando, ya de manera consolidada, como descentralización productiva². Es bien conocido y aceptado que este proceso de descentralización, también denominado «outsourcing» o «externalización de actividades», es un fenómeno, en principio, de carácter puramente económico, que surge como estrategia de gestión indirecta y con el propósito fundamental de ahorrar costes a las organizaciones, así como mantener elevadas cotas de productividad.

Sin embargo, el referido fenómeno, que se basa en contratar con proveedores externos determinadas fases o actividades de la empresa, tiene también una gran trascendencia en la gestión y dinámica de las relaciones laborales, con una serie de repercusiones importantes que se conectan con el régimen de responsabilidades que deben asumir los empleadores y que, en determinadas ocasiones puede resultar de difícil atribución o reconocimiento. Debemos señalar, además, que no se trata de una materia que limite o sea exclusiva del sector privado, puesto que también se extiende al sector público, en general, y a las administraciones públicas, en particular.

En cualquier caso, siendo éste un fenómeno complejo que reviste diferentes perfiles, con el ánimo de concretar el objeto de estudio, si debiera destacarse únicamente una de las principales manifestaciones de este fenómeno en España, esta podría ser el auge que

² Al respecto, véase, KAHALE CARRILLO, D. T. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2011), *Descentralización productiva y ordenamiento laboral: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

están experimentando las técnicas de contratación y subcontratación –contratas y subcontratas– de actividades en los últimos años. A través de este sistema de contrataciones y subcontratas se pueden llegar a constituir auténticas cadenas de empresas, frente a las cuales los trabajadores tienen unos mecanismos específicos de protección para impedir que se vean afectados sus derechos o lleguen a desconocer para qué empresa están trabajando realmente.

El objetivo de este trabajo se centra, por tanto, en realizar un análisis en torno a esta práctica tan habitual de organización de las empresas: la contratación y subcontratación para llevar a cabo partes de un servicio o de una obra y sus repercusiones laborales –y de Seguridad Social–.

2. Una aproximación al encadenamiento de contrataciones³.

En este epígrafe expondremos y desarrollaremos los contenidos y la teoría científica sobre el encadenamiento de contrataciones que, a nuestro parecer, son fundamentales para ofrecer a todo jurista una buena perspectiva de la descentralización en cadena, haciendo hincapié en temáticas relacionadas con los conceptos de contratación y subcontratación de obras y servicios, su marco jurídico, la propia actividad, la extensión de la responsabilidad empresarial y los límites en la cadena de contrataciones.

2.1. Los conceptos de contratación y subcontratación de obras y servicios.

Durante el último cuarto del siglo XX, con el propósito de alcanzar niveles de productividad y eficiencia más elevados, comenzó a extenderse un nuevo sistema de organización de empresas⁴, también denominado «descentralización productiva» u «outsourcing»⁵, el cual no es exclusivo de la empresa privada, sino que también es aplicable al sector público, en general, y a las administraciones públicas, en particular. Este sistema de organización de las empresas, basado en la búsqueda de una fuente externa a la empresa capaz de prestar determinados servicios de la misma, es

³ Véase, VILA TIERNO, F. y GÓMEZ SALADO, M. Á. (2018), «Encadenamiento de contrataciones y fraude de Ley en la subcontratación empresarial», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ J. L. y PERÁN QUESADA, S. Dirs): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de seguridad social*. Granada: Comares, pág. 293-309.

⁴ ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (2017), *Sucesión de empresas: contrataciones, subcontratas y otros supuestos*. Madrid: Francis y Taylor, pág. 14.

⁵ Outsourcing es un término inglés adoptado por el castellano, pero que no se encuentra disponible en el diccionario de la Real Academia Española (RAE). Este término tan utilizado en el ámbito empresarial se encuentra conformado por «out» que hace referencia a lo ajeno o externo y por «source» cuyo significado es fuente u origen, añadiendo finalmente el sufijo «-ing» que alude a una acción continuada. Como se puede advertir, el concepto alude a la acción continuada de la búsqueda de una fuente externa, o lo que es lo mismo, a la acción de encomendar la realización de una parte de las tareas o servicios a otra empresa. En este sentido, se manifiestan: OBACH, O. (2004), «El impacto del outsourcing como modelo de gestión», *Estrategia financiera*, núm. 212: págs. 58-62; SAN MARTÍN, P. (2012), «Un buen momento para el outsourcing», *Gestión de compras: la revista de los profesionales de compras, aprovisionamientos y gestión de materiales*, núm. 81: pág. 14; y VALENCIANO, M. (2007), «El "outsourcing": componentes y condicionantes», *Revista E-Deusto: conocimiento para ir por delante*, núm. 62: págs. 56-58.

considerado a menudo como una de las principales razones que explican el crecimiento de las contrata y subcontratas en los últimos años⁶.

Pero, ¿qué se entiende por «contrata»? En términos generales, podría definirse la contrata como un acuerdo contractual en el que una empresa (denominada principal⁷) encarga a otra empresa (denominada auxiliar), mediante el mecanismo jurídico que consideren más oportuno y de conformidad con lo establecido de forma previa en las instrucciones o directrices pertinentes, la realización de parte de su actividad empresarial, o lo que es lo mismo, la realización de una obra o la ejecución de servicios relacionados con la misma o necesarios para la consecución de sus fines a cambio de un precio cierto y determinado, conservando cada empresa su autonomía –tanto económica como jurídica–⁸.

Ahora bien, si la empresa auxiliar (contratista/subcontratante) confía o encarga igualmente a otra empresa auxiliar (subcontratista) una actividad determinada, es decir, parte de la actividad que a ella le ha sido confiada, nos encontraremos ante la figura de la subcontrata⁹. En atención a lo dicho, interesa señalar que la empresa auxiliar que

⁶ Es decir, las técnicas de contratación y subcontratación –contratas y subcontratas– de actividades se han extendido y asentado como parte del sistema productivo de las empresas. Esta situación exige a las organizaciones tener en consideración las posibles obligaciones surgidas de las relaciones contractuales que adquieren, entre ellas, las existentes en materia de Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales. Sobre las contrata y subcontratas, resultan recomendables las siguientes lecturas: OLMO GASCÓN, A. M. (2014), «Contratas y subcontratas», en AA.VV.: *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant Lo Blanch; GARCÍA MURCIA, J. (2004), «Contratas y subcontratas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48: págs. 13-38; SALINAS MOLINA, F. (2002), «Contratas y subcontratas. Jurisprudencia unificadora», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 38: págs. 201-228; BURGOS GINER, M. Á. y SAMPEDRO GUILLAMÓN, V. (2007), «La nueva regulación de las contrata y subcontratas», *Revista de treball, economia i societat*, núm. 44: págs. 9-19; VALDÉS DAL-RÉ, F. (2007), «Contratas y subcontratas. Las reformas pendientes», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1: págs. 21-30; SEMPERE NAVARRO, A. V. (2011), «Externalización del proceso productivo. Contratas y subcontratas», en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V. Dirs): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi: págs. 337-374; GALA DURÁN, C. (2016), «La responsabilidad de seguridad social en el marco de las contrata y subcontratas», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., GÓMEZ MUÑOZ, J. M., y RODRÍGUEZ RAMOS, P. Coords.): *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales: págs. 375-387; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., VIQUEIRA PÉREZ, C. (2010), «Contratas y subcontratas: responsabilidad administrativa en materia de Seguridad Social», en AA.VV. (BLASCO PELLICER, Á. A. Coord.): *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*. Valencia: Tirant Lo Blanch: págs. 461-475; y GIL PLANA, F. (2013), «La subrogación empresarial en las contrata y subcontratas (II)», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 157: págs. 299-319.

⁷ El empresario principal no tiene por qué ser en exclusiva un particular, sino que también puede ser la propia administración.

⁸ Por tanto, sería necesario considerar la existencia de un empresario principal que encarga la obra o servicio y de uno o varios empresarios auxiliares, que son aquellos que realizan la obra o el servicio. En este sentido, *vid.* entre otros, MARTÍNEZ GARRIDO, L. R. (1998), *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*. Madrid: Fundación Confemetal: pág. 17.

⁹ Si bien son numerosos los trabajos que contienen una definición similar de la figura de la subcontrata, se pueden destacar los siguientes trabajos: MARTÍN VALVERDE, A. (1982), «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes*

acepta el primer encargo recibe el nombre de «empresa contratista», mientras que las empresas auxiliares que aceptan los sucesivos encargos reciben el nombre de «empresas subcontratistas».

De las dos definiciones expuestas, se desprende que las contratas y subcontratas conllevan, necesariamente, la participación de una pluralidad de actores –empresario principal, contratista y, en su caso, subcontratistas– relacionados entre sí de manera directa o indirecta, conformándose de este modo un entramado jurídico que será más complejo cuantos más actores participen debido a las múltiples relaciones jurídicas que se originarán¹⁰.

Antes de terminar este subapartado, es interesante hacer una aclaración conceptual y terminológica, con la finalidad de delimitar el concepto de subcontratación. No debe confundirse, ni tampoco identificarse, la subcontratación empresarial con todos los supuestos que abarca la descentralización productiva. Como apunta la mejor doctrina, «no se puede asimilar en términos equivalentes el fenómeno amplio de descentralización productiva y el de subcontratación, comprensivo tan sólo de determinados supuestos de descentralización, pues éste puede abarcar, junto con la subcontratación propiamente dicha, una multiplicidad de supuestos capaces de actuar como instrumentos de descentralización productiva, tales como, por ejemplo, la escisión de sociedades o la constitución de filiales comunes, reconducibles más bien a la fenomenología de la transmisión de empresas»¹¹.

2.2. El marco jurídico.

Las contratas y subcontratas de obras y servicios, que tienen su fundamento en el principio de libertad de empresa consagrado en el art. 38 de la Constitución Española¹², se han extendido en el tráfico jurídico actual por los múltiples beneficios que pueden ofrecer (entre otros, la disminución de los riesgos y costes del empresario, el incremento de los beneficios económicos, y una mayor especialización y eficiencia de la empresa) de tal modo que, a día de hoy, prácticamente la gran mayoría de las organizaciones recurren a otras empresas auxiliares para la realización de una actividad determinada, pudiendo estas a su vez subcontratar con otras empresas auxiliares parte de la actividad que a ellas les ha sido confiada. Pero, a pesar de que se hayan generalizado estos dos

Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VIII. Madrid: Edersa, pág. 107; MARTÍN VALVERDE, A. (1994), «La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII; y GÓMEZ ARBÓS, J. (1999), «Análisis de las contratas y subcontratas como reflejo de la descentralización productiva», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1: págs. 151-154.

¹⁰ GÓMEZ ARBÓS, J. (1999), «Análisis de las contratas y...», op. cit.: pág. 151.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. (2010), *La subcontratación empresarial: Hacia un nuevo modelo de regulación*. Madrid: Fundación Alternativas: pág. 9.

¹² Tal y como han señalado la doctrina y la jurisprudencia en numerosas ocasiones, este fenómeno reside en el art. 38 de la Constitución Española, que reconoce la libertad de empresa, el cual establece lo siguiente: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Puede citarse, por ejemplo, la STS de 17 de diciembre de 2001 (rec. núm. 244/2001): «La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada, como expresa la sentencia recurrida, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa».

fenómenos, no existe en el ordenamiento jurídico español una regulación completa de las contratas y subcontratas.

Resulta innegable que la regulación laboral de la descentralización productiva a través de las contratas y subcontratas de obras y servicios constituye uno de los pasajes más controvertidos y conflictivos del derecho laboral español. No hace falta decir que, aparte de conformar el núcleo central de todo este sistema normativo, el art. 42 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹³ –en adelante ET–, recoge la regulación más general, dentro del ordenamiento jurídico laboral y social, de las contratas y subcontratas de obras y servicios¹⁴. Esta regulación recoge fundamentalmente un sistema de distribución de responsabilidades en materia de salarios y de Seguridad Social (en materia de prevención de riesgos está prevista en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁵), así como el reconocimiento de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en estos casos de subcontratación. Además de lo anterior, existe un elevado número de preceptos legales y disposiciones que se encuentran alrededor del art. 42 del ET, de carácter complementario o de apoyo y acompañamiento¹⁶.

Ahora bien, esta regulación general no contiene –ni en el art. 42 del ET, ni en ningún otro precepto legal o normativa de nuestro ordenamiento nacional– una regulación completa de las contratas y subcontratas, como sí ocurre con otro supuesto en el que se da también una relación triangular: las empresas de trabajo temporal (ETT). A esta falta de regulación se añade la falta de determinación de numerosas cuestiones del art. 42 del ET debida a la ausencia de desarrollo reglamentario del citado precepto¹⁷.

Lo anterior, sin duda, explica por qué en los últimos años se han pronunciado con tanta frecuencia los jueces y tribunales del orden social en torno esta parcela jurídica.

Es evidente, a la luz de las anteriores consideraciones, que hay que diseñar un nuevo y adecuado marco jurídico en el ordenamiento español. En este sentido, algunos autores han insistido, entre otras medidas, en la creación de una única ley integral de subcontratación, «que reforme el contenido de la regulación y resuelva las insuficiencias técnicas del marco legal actual»¹⁸. Esta nueva ley debería ser capaz de ampliar el campo de aplicación del art. 42 del ET, regular y controlar las cadenas de

¹³ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁴ La doctrina ha entendido que, en términos generales, debe incluirse en esta figura los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los artículos 1583 y 1588 del Código Civil realizados a través de una empresa. Véase, en este sentido: DEL REY GUANTER, S. (2007), *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley: pág. 853.

¹⁵ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

¹⁶ Existen otros preceptos y disposiciones de obligada lectura, tales como los arts. 16 y 168 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante LGSS– (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

¹⁷ Véase: MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. (2010), *La subcontratación empresarial..., op. cit.:* pág. 5.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. (2010), *La subcontratación empresarial..., op. cit.:* pág. 6.

subcontratación, acabar con la dispersión legislativa y dar respuesta a otras cuestiones y problemas de enorme interés en relación a las contrataciones que vienen planteando.

2.3. La propia actividad.

Señala literalmente el art. 42 del ET que los empresarios pueden contratar o subcontratar «con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos». Como se acaba de apuntar, y como ha indicado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones¹⁹, el supuesto de hecho para la aplicación del art. 42 del ET consiste en que el objeto de la contrata o subcontrata a que alude el precepto ha de referirse a la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal. Esto significa que, frente a la posibilidad de acogerse a un más amplio concepto de colaboración entre empresas, el legislador ha optado por restringir la regulación de este fenómeno, al efecto de establecer el correspondiente régimen de responsabilidades, a las contrataciones o subcontratas que se limiten a la actividad de la empresa, como una ramificación de la misma.

Este concepto jurídico indeterminado de «propia actividad» no ha sido pacífico²⁰ desde que apareció en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, de 1970²¹, del cual pasó al art. 19 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales²² y, más tarde, al actual art. 42 del ET. En cualquier caso, de la lectura del art. 42 del ET podría deducirse que el legislador, al introducir el concepto de propia actividad, pretendió que quedaran al margen de dicho precepto y, por ende, del régimen de aplicación de responsabilidades en estos casos, determinados supuestos de subcontratación.

Centrando el foco de atención en la jurisprudencia, podría advertirse que esta, en función del momento y de las circunstancias, ha ido extendiendo o limitando el concepto de propia actividad. A día de hoy existen algunos importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Es preciso considerar tanto la sentencia²³ del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 como otras posteriores: sentencias²⁴ de 24 de noviembre y 29 de octubre de 1998 en las que incluye bajo el rótulo de propia actividad, por una parte, las actividades que constituyen el ciclo productivo de la empresa principal por pertenecer al núcleo de tareas desarrolladas por

¹⁹ SSTs de 18 de enero de 1995 (rec. núm. 150/1994), 24 de noviembre de 1998 (rec. núm. 517/1998), 22 de noviembre de 2002 (rec. núm. 3904/2001), 20 de julio de 2005 (rec. núm. 2160/2004) y 23 de enero de 2008 (rec. núm. 33/2007).

²⁰ Tal y como se subraya en numerosos artículos doctrinales, por ejemplo en GÓMEZ ARBÓS, J. (1999), «Análisis de las contrataciones y...», op. cit.: pág. 154, que dispone lo siguiente: «Uno de los grandes problemas que se ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia a la hora de interpretar el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es delimitar y definir el término «propia actividad». Han sido numerosos los artículos doctrinales referidos a este término y a pesar de los años que han pasado desde que entró en vigor este artículo, no hay una posición clarificadora ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y el legislador, ha preferido mantenerse al margen, dejando a la interpretación de los tribunales la aclaración del término «propia actividad»».

²¹ Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores (BOE núm. 3, de 4 de enero de 1971).

²² Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976).

²³ STS de 18 de enero de 1995 (rec. núm. 150/1994).

²⁴ STS de 24 de noviembre (rec. núm. 517/1998) y 29 de octubre de 1998 (rec. núm. 1213/1998).

ésta y, por otra parte, las actividades complementarias –accesorias– o no nucleares, pero solamente cuando son absolutamente esenciales para el desarrollo de aquéllas. «De esta interpretación surge la pregunta siguiente: ¿están incluidas o excluidas del concepto de propia actividad las actividades complementarias o auxiliares? Ya hemos indicado que el propio Tribunal Supremo en unificación de doctrina no da una solución exacta e invoca al casuismo como método más idóneo para efectuar una adecuada interpretación. Los tribunales están realizando una adaptación flexible a través del examen ponderado de cada supuesto específico»²⁵.

Sin duda alguna, el análisis anterior viene a confirmar un escenario poco esclarecedor de la doctrina y la jurisprudencia en torno a qué incluye el concepto de «propia actividad». Por tanto, para efectuar una adecuada interpretación del concepto de propia actividad habrá que realizar un análisis específico y pormenorizado de cada situación, siendo un claro ejemplo de la casuística más extensa²⁶. No obstante, como reflexión esencial, lo determinante, es vincular el art. 42 ET a las tareas inherentes a la actividad productiva de la empresa principal²⁷, de manera que, y esto es lo importante, de no concertarse con otra empresa, tendría que asumirse con su propia plantilla²⁸. De ahí la confusión o el fraude a que puede dar lugar para ocultar la relación laboral con una serie de trabajadores mediante la interposición de una contrata que puede ser meramente formal. En síntesis, nos referimos a aquellas que pueden situarse de manera directa en la esfera de su ciclo productivo, generando, en este caso, una responsabilidad patrimonial por la ejecución de las mismas²⁹.

2.4. Encadenamiento de contratas: extensión de la responsabilidad empresarial y límites en la cadena de contratas.

En primer lugar, conviene recordar que en los supuestos de contratas y subcontratas no siempre intervienen dos sujetos, la empresa principal y la empresa auxiliar, sino que intervienen numerosas empresas. Como se ha expuesto previamente, la empresa principal encarga a otra empresa auxiliar la realización de parte de su actividad empresarial. A su vez, puede confiar parte de dicho proceso a otra empresa subcontratista. Se habla en este caso de encadenamiento de contratas³⁰ o de

²⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. (2010), *La subcontratación empresarial...*, op. cit.: pág. 15.

²⁶ Por ejemplo, a favor de considerar propia actividad: STS de 21/07/2016 (JUR 2016,193290); en contra: STS de 03/07/2012 (RJ 2012, 9291).

²⁷ Incluyendo a las concesiones administrativas y a la gestión indirecta de servicios públicos, en cuyo caso, por propia actividad se entiende la referida a las prestaciones necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función: STS 23/01/2008 (RJ 2008, 2775).

²⁸ Están excluidas del art. 42 ET: a) Contrataciones no referidas a la propia actividad; b) contrataciones no realizadas con motivo de una actividad empresarial; c) contrataciones realizadas por un cabeza de familia.

²⁹ STS de 22/11/2002 (RJ 2003, 510).

³⁰ Sobre esta cuestión, son recomendables las siguientes lecturas: ORCARAY REVIRIEGO, J. J. (2004), «El encadenamiento de contratas y subcontratas. La responsabilidad solidaria de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 7; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1996), «Encadenamientos de contratas y transmisión de empresas», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2: págs 21-28; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1996), «Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1: págs. 43-50; LLANO

descentralización en cadena. En este caso se deben plantear dos cuestiones importantes, siendo la primera la extensión de la responsabilidad empresarial, y la segunda la existencia o no de límites en la cadena de contratatas.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones mencionadas, hay que aclarar si la responsabilidad empresarial –a la que se dedica un apartado general posterior- se extiende a todos los empresarios de la cadena o si, en cambio, la responsabilidad de cada empresa se limita precisamente a la que directamente le ha contratado. El apartado segundo del art. 42 del ET, el cual dispone que «el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata», no ofrece una solución adecuada a esta cuestión, al establecer con una terminología tan imprecisa y genérica la responsabilidad solidaria del «empresario principal». Conviene precisar que el Tribunal Supremo se ha manifestado en torno a esta cuestión en no demasiadas ocasiones. En una de estas ocasiones y en unificación de doctrina, mediante sentencia³¹ de 9 de julio de 2002, resolvió la problemática de la responsabilidad solidaria del empresario principal ante un supuesto de encadenamiento de contratatas. En concreto, en dicha sentencia se determina que lo que el art. 42 del ET pretende evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien a fin de cuentas asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores en el supuesto de una posible situación de insolvencia, por lo que parece sensato que el legislador le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de la cadena.

Por todo ello, debe interpretarse que quien está en condiciones de conseguir un beneficio debe también estar dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo. De este modo, la jurisprudencia ha descartado la teoría más restrictiva según la cual cada empresario responde exclusivamente con el que sigue en la cadena, alcanzando la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET solamente al empleador directo del trabajador y a la empresa con la que directamente contrató la ejecución de la obra aquel empleador directo.

La segunda cuestión que merece atención es, como se ha expuesto al comienzo, la existencia o no de límites en la cadena de contratatas. Sobre esta cuestión, hay que señalar que únicamente quedan limitados para el sector específico de la construcción los niveles o escalones posibles de subcontratación. Precisamente, el tercer subcontratista de la

SÁNCHEZ, M. (2000), «El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratatas y subcontratatas», *Actualidad Laboral*, núm. 1: págs. 153-156; y LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2006), «Conexión negocial y encadenamiento de contratatas», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1: págs. 399-418.

³¹ STS de 9 de julio de 2002 (rec. núm. 2175/2001).

cadena no podrá subcontratar nuevamente los trabajos que le han sido encargados por el segundo subcontratista³².

En términos generales, y según se desprende del art. 5.2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción –en adelante, LRSSC–³³, la subcontratación se puede llevar a cabo hasta alcanzar un tercer nivel, de tal forma que el primer y segundo subcontratistas pueden subcontratar la ejecución de trabajos que, respectivamente, tengan contratados, mientras que el tercer subcontratista no podrá subcontratar a su vez los trabajos que hubiera contratado con otro contratista o trabajador autónomo. Por lo que respecta al trabajador autónomo por cuenta propia que no cuenta con trabajadores a su cargo, no se le permite la subcontratación de los trabajos a él encomendados con independencia del número que haga en la cadena.

De forma excepcional, «con independencia del nivel de subcontratación de que se trate, no cabe pactar una nueva subcontratación cuando la empresa subcontratista se limite a aportar para la ejecución de la obra personal y, en su caso, herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles. Y ello con independencia de que equipos de otras empresas se apoyen en su ejecución»³⁴.

Bibliografía.

-ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (2017), *Sucesión de empresas: contratas, subcontratas y otros supuestos*. Madrid: Francis Lefevre.

-BURGOS GINER, M. Á. y SAMPEDRO GUILLAMÓN, V. (2007), «La nueva regulación de las contratas y subcontratas», *Revista de treball, economia i societat*, núm. 44.

³² Debe partirse de la relación entre el contratista que vinculó inicialmente con el promotor y primer subcontratista con él vinculado. Véase: MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. (2010), *La subcontratación empresarial...*, *op. cit.*: pág. 39.

³³ El art. 5.2 de la LRSSC, relativo al régimen de la subcontratación, establece literalmente lo siguiente: «Con carácter general, el régimen de la subcontratación en el sector de la construcción será el siguiente: a) El promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno ya sean personas físicas o jurídicas. b) El contratista podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor. c) El primer y segundo subcontratistas podrán subcontratar la ejecución de los trabajos que, respectivamente, tengan contratados, salvo en los supuestos previstos en la letra f) del presente apartado. d) El tercer subcontratista no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo. e) El trabajador autónomo no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos. f) Asimismo, tampoco podrán subcontratar los subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra».

³⁴ FERNÁNDEZ ROMERO, F. J. y VIVAS TESÓN, I. (2007), «El régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. Las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la Subcontratación y el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto», *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, vol. 3, núm. 3: pág. 51.

-DEL REY GUANTER, S. (2007), *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.

-FERNÁNDEZ ROMERO, F. J. y VIVAS TESÓN, I. (2007), «El régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. Las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la Subcontratación y el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto», *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, vol. 3, núm. 3.

-GALA DURÁN, C. (2016), «La responsabilidad de seguridad social en el marco de las contratas y subcontratas», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., GÓMEZ MUÑOZ, J. M., y RODRÍGUEZ RAMOS, P. Coords.): *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

-GARCÍA MURCIA, J. (2004), «Contratas y subcontratas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48.

-GIL PLANA, F. (2013), «La subrogación empresarial en las contratas y subcontratas (II)», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 157.

-GÓMEZ ARBÓS, J. (1999), «Análisis de las contratas y subcontratas como reflejo de la descentralización productiva», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1.

-KAHALE CARRILLO, D. T. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2011), *Descentralización productiva y ordenamiento laboral: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

-LLANO SÁNCHEZ, M. (2000), «El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratas y subcontratas», *Actualidad Laboral*, núm. 1.

-LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2006), «Conexión negocial y encadenamiento de contratas», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1.

-LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., VIQUEIRA PÉREZ, C. (2010), «Contratas y subcontratas: responsabilidad administrativa en materia de Seguridad Social», en AA.VV. (BLASCO PELLICER., Á. A. Coord.): *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

-MARTÍN VALVERDE, A. (1994), «La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII.

-MARTÍN VALVERDE, A. (1982), «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VIII*. Madrid: Edersa.

- MARTÍNEZ GARRIDO, L. R. (1998), *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*. Madrid: Fundación Confemetal.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. (2010), *La subcontratación empresarial: Hacia un nuevo modelo de regulación*. Madrid: Fundación Alternativas.
- OBACH, O. (2004), «El impacto del outsourcing como modelo de gestión», *Estrategia financiera*, núm. 212.
- OLMO GASCÓN, A. M. (2014), «Contratas y subcontratas», en AA.VV.: *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ORCARAY REVIRIEGO, J. J. (2004), «El encadenamiento de contrata y subcontratas. La responsabilidad solidaria de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 7.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1996), «Cadena de contrata y responsabilidad del empresario principal», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1996), «Encadenamientos de contrata y transmisión de empresas», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2.
- SALINAS MOLINA, F. (2002), «Contratas y subcontratas. Jurisprudencia unificadora», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 38.
- SAN MARTÍN, P. (2012), «Un buen momento para el outsourcing», *Gestión de compras: la revista de los profesionales de compras, aprovisionamientos y gestión de materiales*, núm. 81.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. (2011), «Externalización del proceso productivo. Contratas y subcontratas», en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V. Dirs): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2007), «Contratas y subcontratas. Las reformas pendientes», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1.
- VALENCIANO, M. (2007), «El "outsourcing": componentes y condicionantes», *Revista E-Deusto: conocimiento para ir por delante*, núm. 62.

-VILA TIERNO, F. y GÓMEZ SALADO, M. Á. (2018), «Encadenamiento de contratas y fraude de Ley en la subcontratación empresarial», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ J. L. y PERÁN QUESADA, S. Dirs): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de seguridad social*, Granada: Comares, 2018.

LAS DIFICULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS CONCURSOS DE ENTIDADES DEPORTIVAS

THE DIFFICULTIES OF THE BANKRUPTCY ADMINISTRATION IN THE ARRANGEMENTS WITH CREDITORS OF SPORTS ENTITIES

CÉSAR GILO GÓMEZ

Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca

Abogado

cesargilo@usal.es

Resumen:

En las siguientes líneas se analiza la complicada labor encomendada a la Administración Concursal en aquellos procedimientos judiciales en los que el deudor declarado en concurso es una entidad deportiva. Para ello, tomando como base las limitaciones patrimoniales del deudor establecidas en la normativa concursal dependiendo de si sus facultades han sido suspendidas o meramente intervenidas, se estudia la especialidad del mandato encomendado a la Administración Concursal en procedimientos concursales de deudores con un objeto social tan particular.

De igual manera, se examina el estudio de las decisiones que la Administración Concursal debe adoptar para garantizar la continuidad de la actividad de la entidad, con todas las implicaciones que ello conlleva en cuanto a la necesaria intervención de los poderes públicos y la masa social propia del club en los acuerdos que puedan alcanzarse, con apoyo en los precedentes judiciales existentes.

Todo ello dibuja un complicado escenario que exigirá de la Administración Concursal un comportamiento acorde con un alto grado de diligencia profesional que le permita aunar los distintos intereses en juego y que representa la situación actual de muchas instituciones deportivas en la actualidad.

Palabras clave: Ley Concursal, deporte, Administración Concursal, deudor, diligencia.

Abstract:

In the following lines there is analyzed the complicated labor entrusted the Bankruptcy administration in those judicial procedures in which the debtor declared in contest is a sport entity. For it, taking as a base the patrimonial limitations of the debtor established in the Bankruptcy Act depending on if his powers have been suspended or merely controlled, there is studied the speciality of the mandate entrusted the Bankruptcy administration in procedures compete for them of debtors with such a particular corporate purpose.

Of equal way, there is examined the study of the decisions that the Bankruptcy administration must adopt to guarantee the continuity of the activity of the entity, with all the implications that it carries as for the necessary intervention of the public power and the social own mass of the club in the agreements that could be reached, with support in the judicial precedents.

All this draws a complicated scene that will demand of the Bankruptcy administration a behavior according to a high degree of professional diligence that allows him to unite the different interests in game and that represents the current situation of many sports institutions at present.

Keywords: Bankruptcy Act, sport, Bankruptcy administration, debtor, diligence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Intervención de las facultades de la entidad deportiva. 3. Suspensión de las facultades de la entidad deportiva. 4. Decisiones que debe adoptar la Administración Concursal para garantizar la continuidad de la actividad de la entidad deportiva. 5. Confección del informe de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. 6. Convenios suscritos por las entidades deportivas. 7. La liquidación de las entidades deportivas. 8. Fase de calificación. 9. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción.

La declaración de concurso de una persona física o jurídica conlleva que la Administración Concursal designada en el procedimiento judicial realice cierta labor de acercamiento previo a la actividad económica que desarrolla el deudor en concurso con el propósito de conocer su actividad, entender sus problemas y poder estudiar las mejores soluciones para la situación de crisis en la que éste se encuentra.

Cuando la actividad del concursado es la participación en competiciones deportivas, la Administración Concursal es colocada en una situación donde, además de tener que adoptar medidas de índole empresarial para la continuación de la actividad económica del deudor en un ámbito tan específico como el deportivo, sus decisiones van a verse condicionadas por los propios resultados que consiga el club concursado en las competiciones en las que participe, elemento puramente aleatorio que no depende del órgano concursal. Además de todo ello, debe sumarse el factor social que todo equipo deportivo lleva consigo y que incide de forma inmediata en la masa social y en el tejido empresarial vinculado a referida entidad deportiva¹.

2. Intervención de las facultades de la entidad deportiva.

Uno de los escenarios ante el que puede encontrarse la Administración Concursal designada en un procedimiento donde el deudor sea una entidad deportiva es aquel en el que las facultades del deudor hayan sido intervenidas, conservando por tanto el mismo sus facultades patrimoniales con la autorización o conformidad de la Administración

¹ En relación al concepto de entidad deportiva, *vid.* PALOMAR OLMEDA, A., «La insolvencia de las entidades deportivas profesionales» en CAMPUZANO, A., SANJUÁN Y MUÑOZ, E., (Dir.) *El Derecho de la Insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 162, quien las define como un conjunto de entidades entre las que están las Federaciones deportivas, las Ligas profesionales, los clubes y las sociedades anónimas deportivas, además de las formalmente consideradas como tal en fútbol y baloncesto.

Concursal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal²—en adelante LC—.

En el supuesto de que el concursado sea una institución deportiva, ello conlleva que el órgano de la Administración Concursal sea el encargado de dar el visto bueno a las operaciones que pretenda llevar a cabo el club³, lo que implica que en muchas ocasiones no sólo tenga que autorizar decisiones de pura gestión ordinaria del mismo, sino que también deberá permitir o denegar motivadamente decisiones del deudor relacionadas con su objeto social, como son todas aquellas que tienen que ver con inversiones para la planificación deportiva de la temporada, lo que supone por parte de la Administración Concursal un importante esfuerzo extra de cara a comprender no solo las necesidades financieras de la entidad, sino también las relativas a un fin social tan particular como es la participación en competiciones deportivas.

Derivado de esta especial actividad del deudor, en ocasiones los Juzgados han venido optando de forma prudente por el régimen de intervención más que por el de suspensión de las facultades del deudor para así facilitar de alguna forma la labor de la Administración Concursal ante la peculiaridad que presenta la gestión de una entidad deportiva⁴. Si bien, nada impide que el Juez posteriormente y en función de los hechos que se vayan conociendo del examen de la contabilidad del club o de cualesquiera otros datos o circunstancias de los que tenga conocimiento, decida modificar, al amparo del artículo 40 LC, el régimen de intervención por el de sustitución de facultades⁵. Incluso en ocasiones es la propia Administración Concursal la que solicita esta modificación del régimen de facultades a causa de la evolución del concurso⁶.

² A pesar de que la regla general prevista en los artículos 40.1 y 40.2 LC es establecer el régimen de intervención de las facultades del concursado por parte de la Administración Concursal en los supuestos de concursos voluntarios y el de suspensión de facultades en los concursos necesarios, conviene destacar la previsión contenida en el artículo 40.3 LC respecto a la posibilidad que ostenta el Juez para modificar mencionada regla. En relación a los criterios judiciales que pueden amparar esta decisión, *vid.* MORENO SERRANO, E., «La aplicación del artículo 40 LC en la jurisprudencia (La intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 8, Primer semestre de 2008, p. 33, donde se usa como ejemplo el concurso de la Unión Deportiva Las Palmas S.A.D para ilustrar la posibilidad de modificar el régimen de intervención por el de suspensión de las facultades del deudor.

³ La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte define en su artículo 13 a los clubes deportivos como *las asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas.*

⁴ *Vid.* Auto Juzgado de lo Mercantil nº1 de Las Palmas de Gran Canaria de 5 de noviembre de 2004 (proc. 6/2004, concurso Unión Deportiva Las Palmas S.A.D) en el que se establece que *la actividad de la entidad concursada, dada su naturaleza fundamentalmente deportiva, centrada, además, en un deporte altamente profesionalizado como es el fútbol, presenta una serie de especialidades y peculiaridades que exceden de las habituales en otras empresas y sociedad mercantiles. Ello aconseja que, al menos de momento, sigan siendo los actuales administradores quienes continúen llevando la gestión ordinaria del club.*

⁵ Precisamente y como continuación a la nota inmediatamente precedente, es en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Las Palmas de Gran Canaria de 13 de enero de 2005 (proc. 6/2004) en el que, tras haber acordado en un primer momento la intervención de las facultades del deudor, se acuerda revocar las mismas, pasando del régimen de intervención al de sustitución de facultades a la vista del escrito presentado por los administradores concursales.

⁶ *Vid.* Auto Juzgado de lo Mercantil nº2 de La Coruña de 11 de diciembre de 2013 (proc.16/2013, concurso Real Club Deportivo de la Coruña S.A.D) en el que se acuerda pasar del régimen de

Para ello, debe tomarse como referencia el artículo 33.1.b.13º LC que es el encargado de señalar las funciones que asume la Administración Concursal cuando las facultades del deudor son intervenidas, correspondiendo a ésta entre otras la labor de determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico que por ser necesarios para la continuidad de la actividad, quedan autorizados con carácter general⁷.

En esta situación, la Administración Concursal debe marcar los límites en los que se puede mover la actuación del órgano directivo de la entidad y distinguir entre aquellas decisiones que suponen la mera gestión del club con aquellas que sean actos de administración y disposición que requieran autorización particular y no la genérica propia de los actos de gestión⁸.

En este punto es interesante realizar una reflexión respecto a si la contratación de jugadores o la venta de parte de la plantilla constituye un acto de gestión del club (recordemos que su fin es la participación en competiciones deportivas) y que por tanto puede ser acometido por el deudor sin necesidad de autorización o si por el contrario nos encontramos ante una decisión que por su trascendencia patrimonial precisa de autorización específica por parte de la Administración Concursal. Nos decantamos por ésta última al compartir la idea relativa a que la contratación de jugadores constituye un acto de disposición de la institución deportiva muy importante (probablemente el más relevante que realiza ésta) el cual conlleva un compromiso económico que vincula al club en las sucesivas temporadas y que precisa de la autorización particular de la Administración Concursal⁹.

3. Suspensión de las facultades de la entidad deportiva.

Una mayor problemática presentan aquellas situaciones en las que las facultades del deudor son suspendidas, teniendo que ser la Administración Concursal quien tome directamente las decisiones que aseguren la continuidad de la entidad deportiva en

intervención de facultades al de suspensión de las mismas exclusivamente en cuanto a la formulación de las cuentas a petición de la Administración Concursal. Es interesante esta resolución por cuanto el Juzgado establece que *la suspensión refleja un riesgo evidente: la gestión de una sociedad anónima deportiva es una labor compleja que requiere de conocimientos especializados (...) Además, enero es periodo de fichajes y dejar esas importantes decisiones en manos de la administración concursal sería irresponsable.*

⁷ Vid. la crítica que efectúa el profesor YANES YANES al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Las Palmas de Gran Canaria de 5 de noviembre de 2004 (proc. 6/2004) encargado de declarar el concurso de la Unión Deportiva Las Palmas S.A.D y al que hacíamos referencia en las notas precedentes, por contener una serie de decisiones tomadas por el Juez (continuidad del entrenador) con carácter previo al nombramiento de la Administración Concursal y que podrían ser distorsionadoras del reparto de poderes entre el Juez y la Administración Concursal establecido en la Ley Concursal. Vid. YANES YANES, P., «Comentario de urgencia al Auto que declara en concurso a la «Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D»», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 2/2005, Primer semestre de 2005.

⁸ Vid. a efectos meramente ejemplificativos Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª) de 9 de junio de 2015 (Rollo 565/2014) en la que se ampara las autorizaciones impartidas por parte de la Administración Concursal a la concursada por recaer las mismas dentro de sus competencias.

⁹ Vid. Sentencia AP Palma de Mallorca de 11 de febrero de 2016 (Recuso 343/2015) en el seno del concurso del Real Club Deportivo Mallorca en la que se recoge la forma inicial de trabajo de la Administración Concursal mediante autorizaciones genéricas suspendida cautelarmente respecto a la contratación de jugadores para no permitir más desembolsos.

concurso de conformidad con el artículo 44.3 LC. De esta forma, la Administración Concursal se convierte en el órgano que sustituye al deudor en la adopción de decisiones empresariales¹⁰.

En la generalidad de los concursos, las decisiones que debe tomar la Administración Concursal estarán reducidas al estricto ámbito económico, pero en el caso de sociedades deportivas, además de la situación económica, debe tenerse en cuenta el componente deportivo, lo que coloca en una difícil situación al órgano concursal. Esta complejidad se pone especialmente de manifiesto cuando nos encontramos ante el régimen de suspensión de facultades del deudor, provocando que sea el órgano de la Administración Concursal quien tome la iniciativa en las decisiones, posición mucho más complicada si se compara con aquellas situaciones donde las facultades del deudor únicamente son intervenidas, casos en los que ésta sólo se limita a autorizar lo que se le propone.

Todo ello sin perjuicio de que, conforme al artículo 48.1 LC, los órganos sociales de la persona jurídica en concurso sigan existiendo aun sin facultades de administración y disposición¹¹ (las cuales, como hemos indicado, pasarán a ser ejercidas por la Administración Concursal) circunstancia que en ocasiones puede generar ciertos conflictos de competencia¹².

En todo caso, el parámetro de diligencia¹³ exigible a la Administración Concursal en el desempeño de su cargo conforme a lo establecido en el artículo 35 LC, requiere que ésta se asesore convenientemente del director deportivo o del cuerpo técnico del club para acometer con acierto las decisiones estrictamente deportivas¹⁴.

¹⁰ Vid al respecto CORDÓN MORENO, F., «Comentario art. 44» en CORDÓN MORENO, F., (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, 2ª edición, tomo I, p.522, quien destaca que nada dice la Ley respecto al contenido de las medidas que la Administración Concursal puede adoptar, las cuales deberán responder al principio de conservación establecido en el artículo 43 LC.

¹¹ Vid. la completa exposición que se efectúa respecto a la relación entre los órganos de la persona jurídica concursada y los órganos del concurso en QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La administración concursal» en PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.) *El Concurso de Acreedores*, La Ley, Madrid, 2012, p. 235 quien destaca cómo los órganos de la persona jurídica mantienen su estructura, composición, funciones y atribuciones sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración o disposición.

¹² En igual sentido MORALEJO MENÉNDEZ, I., «La administración concursal» en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.) *Jurisprudencia y Concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 162 y 163.

¹³ El artículo 1.104 del Código Civil define el deber de diligencia como el comportamiento que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y sólo en caso de que la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la correspondiente a la de un buen padre de familia. SÁNCHEZ ARISTI, R. «Comentario art. 1.104» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1284, señala que la diligencia del buen padre de familia, más que un modelo singular, se erige en la clase de todos los modelos de diligencia prestable, atendidas en cada caso la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Añade el autor que el segundo apartado del artículo 1.104 CC admite que la obligación exprese otro modelo de diligencia, pactado por las partes, es decir la exigibilidad de un estándar diferente.

¹⁴ Vid. MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «La responsabilidad de los administradores concursales», *Diario La Ley*, nº 7522, 2 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-369, quien señala que la diligencia exigible es superior a la de un administrador social, puesto que el administrador concursal es un profesional nombrado legalmente por su especial cualificación para desarrollar una importante y compleja tarea, mientras que el administrador social es nombrado de acuerdo a las reglas del libre comercio y sus decisiones, más allá de

4. Decisiones que debe adoptar la Administración Concursal para garantizar la continuidad de la actividad de la entidad deportiva.

Una vez determinada la posición en la que se encuentra la Administración Concursal dependiendo de si las facultades del deudor en concurso se encuentran suspendidas o meramente intervenidas, realizamos a continuación una reflexión respecto a las medidas que deben afrontarse en el concurso de una institución de estas características para conseguir que la misma siga con su actividad económica, la cual, como ya hemos señalado, se encuentra directamente relacionada con su objeto social de participación en competiciones deportivas.

La LC propugna como uno de sus principios esenciales la continuidad de la actividad del deudor —apartado VII de la Exposición de Motivos LC—. De igual forma, el artículo 44 LC establece que la declaración de concurso no interrumpe la actividad empresarial o profesional que viniera éste ejerciendo. Por lo tanto, salvo en supuestos en los que la situación de la entidad deportiva conlleve inevitablemente su liquidación y su consiguiente desaparición, la Administración Concursal debe proponer las medidas necesarias para que la misma pueda seguir compitiendo.

Estas medidas serán en su mayoría decisiones de índole económica; sin embargo, afectarán directamente a la actividad deportiva, por lo que deberán tomarse previo análisis de su repercusión en referida parcela. De esta forma, la Administración Concursal, para intentar garantizar la supervivencia y viabilidad del club en concurso, deberá adoptar decisiones relacionadas con el salario de los deportistas o la compra y venta de fichas de jugadores, medidas esencialmente económicas pero con un impacto deportivo directo en la institución.

Como decimos, normalmente, las primeras decisiones que se asumen suelen estar relacionadas con la reducción de la retribución a percibir por los jugadores integrantes de la plantilla. La razón de ello es que en las entidades deportivas profesionales, los salarios suelen ser muy sustanciales, constituyendo una importante carga económica para el club que compromete la viabilidad financiera del mismo. Ello provocará casi con toda probabilidad un enfrentamiento entre la Administración Concursal y los deportistas que el órgano concursal debe solventar para asegurar el rendimiento de la misma en beneficio del proyecto deportivo¹⁵.

Todas estas decisiones vienen presididas normalmente por la austeridad como patrón de conducta de la actuación de la Administración Concursal. No es que la austeridad deba ser por capricho el principio que presida la actuación de este órgano en su función al

si son acertadas o no, deben entenderse en este contexto (a diferencia del administrador concursal quien debe ser mucho más conservador en sus decisiones, ajustándose en todo caso al marco legal que preside su actuación).

¹⁵ Vid. Sentencia AP Madrid (Sección 28ª) de 16 de enero de 2015 (Rec. 60/2013) por la que se resuelve estimar el recurso presentado por un futbolista de la plantilla del Rayo Vallecano de Madrid S.A.D y consecuentemente revocar parcialmente la Sentencia de Instancia que a su vez había acogido la Demanda formulada por la Administración Concursal con la pretensión de reducir su salario por ser el contrato suscrito con el club perjudicial para los intereses de la masa.

frente —o al lado si las facultades del deudor solo han sido intervenidas— de la entidad deportiva, sino que normalmente es la única vía para poder conservar la actividad del deudor.

No debe olvidarse que la declaración de concurso se produce cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Llegados a este punto, cuando la situación se judicializa, habitualmente ya existen deudas acumuladas con proveedores, lo que supone que la Administración Concursal no sólo deba organizar el pago del pasivo exigible, sino que debe también ir abonando las deudas atrasadas del club, además de afrontar el pago de los créditos a los que ha podido recurrir la institución en la época preconcursal, obligaciones todas ellas a las que se tiene que ir haciendo frente conforme se intenta que el club siga hacia adelante. A ello debe sumarse la mencionada especialidad del objeto social del concursado, circunstancia que provoca que la Administración Concursal deba ser extremadamente prudente a la hora de tomar sus decisiones, al carecer de los conocimientos deportivos necesarios para acometer determinadas operaciones.

Todo ello debe ponerse en consonancia con el artículo 43 LC que establece el principio de conservación y administración de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso —es decir, para el interés de los acreedores—.

A veces, el choque entre las decisiones económicas y las deportivas es inevitable y es ahí donde la Administración Concursal debe escoger qué es lo mejor para la viabilidad de la entidad. El fin que debe presidir sus decisiones debe ser el beneficio de los acreedores, el cual normalmente va anudado a la buena marcha deportiva de la institución. Situaciones como oportunidades de incorporación de deportistas que podrían ayudar a la consecución de los objetivos del club deben ser desechadas si comprometen la situación económica de la misma o si supone un riesgo demasiado alto que pudiera perjudicar el interés de los acreedores. De igual forma, la venta de determinadas fichas de jugadores integrantes de la plantilla puede ser un importante ingreso económico para el deudor, circunstancia que el órgano concursal deberá valorar en relación a la pérdida de potencial deportivo de la institución.

Es importante destacar que en ocasiones, el elemento deportivo es el que puede hacer salir al deudor de la situación de crisis en la que se encuentra. Los ingresos de las entidades deportivas dependen mucho de la categoría en la que compitan. Un ascenso de categoría puede atraer a más aficionados, patrocinadores y en su caso contratos televisivos que supondrán una importante inyección económica¹⁶. Por el contrario, en otras ocasiones el club no tiene capacidad real para competir en un nivel superior al que ya lo está haciendo, situación en la que puede ser más conveniente mantener la categoría y no acometer inversiones demasiado arriesgadas.

¹⁶ Respecto a los contratos suscritos por el deudor, *vid.* SANJUÁN Y MUÑOZ. E; «El proyecto de reforma concursal y las entidades deportivas. Crítica a la Disposición adicional segunda bis», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 15, Segundo semestre de 2011, quien señala que el régimen de actuación del concursado se sujeta a lo previsto en los artículos 40 y 44 LC, sin que se prevea ninguna intervención específica de otro órgano diferente a la Administración Concursal.

Tampoco puede dejar de tomarse en consideración el elemento sentimental que las instituciones deportivas producen en sus aficionados, lo que puede aconsejar invertir en políticas que atraigan abonados para apoyar al equipo más que en la contratación de los derechos deportivos de nuevos integrantes que refuercen la plantilla con la que se cuenta.

Todas éstas son circunstancias que tendrá que valorar la Administración Concursal, decisiones deportivas a las que van anudadas inevitablemente consecuencias económicas.

Junto a ellas, la Administración Concursal debe tomar decisiones que protejan el patrimonio de la entidad concursada, como son el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 71 LC —acciones de reintegración— para deshacer determinados actos que pudiesen ser perjudiciales para el patrimonio del deudor (lo que puede ser un nuevo foco de conflicto en aquellas ocasiones en las que mencionados acuerdos tienen como protagonistas a personas que integran la propia institución) o aquellas orientadas a proteger al club respecto a decisiones de órganos federativos externos al mismo que busquen imponerle sanciones que puedan comprometer la viabilidad económica del proyecto¹⁷.

5. Confección del informe de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal.

Los artículos 74 y 75 LC son los encargados de regular el plazo de confección —74 LC— y el contenido —75 LC— del informe que la Administración Concursal debe elaborar respecto a la situación patrimonial pasada, presente y futura del deudor en concurso.

En los concursos de entidades deportivas, la Administración Concursal se enfrenta a la confección de un informe donde, además de exponer los datos puramente económicos de la gestión de la institución, cobra una gran importancia el análisis relativo al grado de influencia que ha tenido el rendimiento deportivo en la capacidad económica del club. Y es que determinados acontecimientos como el descenso o el ascenso de categoría deportiva influyen de forma muy relevante en la situación económica de la institución por la directa relación que ello tiene con ingresos fundamentales para el club como es la venta de entradas, los derechos de retransmisión o la publicidad¹⁸.

De igual forma, debe observarse que, a pesar de la declaración de concurso, las entidades deportivas continúan sometidas a la normativa reguladora de cada una de las competiciones en las que participa, así como a la Ley 10/1990, de 15 de Octubre, del Deporte, extremo que debe ser reflejado por la Administración Concursal en el informe

¹⁷ Como muestra, *vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º. 1 de Granada de 21 de julio de 2011 (proc. 216/2011) en el seno del concurso del Club Baloncesto Granada S.A.D por el que se accede a la solicitud de la Administración Concursal de impedir la ejecución de un laudo arbitral de la FIBA cuya sanción bloquea la actividad de la concursada de cara a la siguiente temporada.

¹⁸ *Vid.* aquí el análisis comparativo que en relación a la importancia de los resultados deportivos realizan PASCUAL. M, VEGA. P., «Análisis de los principales indicadores de insolvencia empresarial en los equipos de fútbol de primera división española» en BELTRÁN. E, PALOMAR OLMEDA. A (Dir.) *La insolvencia de las entidades deportivas profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 153 y 154.

a la hora de explicar determinadas decisiones que han podido adoptarse y que condiciona el comportamiento de los clubes deportivos. El principal condicionante ha venido estando constituido por la Disposición Adicional Segunda bis LC, que en su redacción vigente establece el sometimiento de las entidades deportivas que participen en competiciones oficiales a la legislación del deporte¹⁹.

Así mismo —conforme se adelantaba en el epígrafe anterior— la Administración Concursal deberá hacer referencia a aquellos actos que el club haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso y que pudiera ser considerado perjudicial para su patrimonio, en cuyo caso sería necesario ejercitar las correspondientes acciones de reintegración (71 LC) para anularlos²⁰. De hecho no son infrecuentes los casos en los que, ante la inminencia de la declaración de concurso, los clubes adoptan determinadas decisiones como puede ser la renovación de jugadores²¹ o la firma de acuerdos²², actos todos ellos que, al haberse realizado en el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, serán revisados por parte de la Administración Concursal por si los mismos se hubiesen efectuado en perjuicio de los acreedores.

6. Convenios suscritos por las entidades deportivas.

Salvo contadas excepciones, en la mayoría de los concursos de acreedores de entidades deportivas se alcanza un acuerdo con los acreedores²³. No puede dejar de mencionarse en este sentido el importante peso que en ellos tiene el elemento sentimental y la

¹⁹ Ello ha tenido una gran importancia en el mundo del fútbol, donde el artículo 192 del Reglamento general de la Real Federación Española de Fútbol prevé el descenso de categoría para aquellos clubes que no cumplan con determinadas obligaciones económicas, normativa que colisiona con la Ley Concursal, que aboga por que el deudor concursado continúe su actividad económica en iguales condiciones para poder salir de la situación de crisis en la que se encuentra.

²⁰ El concepto de perjuicio en relación a las acciones de reintegración ha sido ampliamente tratado por la doctrina concursalista. Destacamos a LEÓN, F., «Comentario art. 71» en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo I. p.1307, quien señala que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. Para SILVETTI, E., «Comentario art. 71» en CORDÓN MORENO, F; (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, 2ª edición, p. 804, el perjuicio es todo acto que suponga una disminución patrimonial de la masa del deudor sin que venga acompañado por un incremento patrimonial, con las precisiones establecidas por la doctrina y la Jurisprudencia. GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario art. 74» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, p.852 determina que el perjuicio común suele considerarse que concurre desde el momento en el que el acto en cuestión ha acarreado una disminución del patrimonio realizable del deudor o ha provocado una alteración injustificada de las preferencias de cobro que pudieran corresponder a los acreedores concurrentes.

²¹ *Vid.* Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 26 de julio de 2012 (Proc. 905/2011) en la que se acuerda en el procedimiento concursal del Rayo Vallecano de Madrid S.A.D anular a instancia de la Administración Concursal el contrato de renovación de un jugador de la plantilla por constituir un acto perjudicial para la masa activa del club concursado.

²² En relación a ello, *vid.* Sentencia Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) de 9 de febrero de 2012 (Rec.508/2011) en virtud de la cual se acuerda mantener la declaración de reintegrables a la masa de una serie de actos de disposición realizados por el club concursado (Deportivo Alavés S.A.D) consistentes en el pago de servicios profesionales deportivos en el periodo de dos años previos a la declaración de concurso.

²³ La última entidad deportiva de renombre en desaparecer ha sido la Unión Deportiva Salamanca, tras no poder alcanzarse un acuerdo entre los acreedores en fase de convenio.

vinculación del club con el lugar geográfico donde compite, lo que provoca una importante predisposición al pacto, amparado además por la colaboración de las instituciones públicas del lugar²⁴.

Todo ello no es baladí, ya que originariamente y hasta el año 2014, en sede de fase de convenio el texto concursal preveía en el segundo párrafo de su artículo 100.1 LC la posibilidad de superar una quita del 50% y una espera de cinco años cuando se tratara de concursos de empresas cuya actividad pudiera tener especial trascendencia para la economía. Demostrar esta trascendencia era por tanto fundamental para alcanzar un convenio que permitiese elevadas quitas y dilatadas esperas, allanando así el camino de recuperación de la institución deportiva.

A pesar de que referido dato ha dejado de ser considerado legalmente para la adopción de acuerdos, sigue conservando mucha importancia a la hora de afrontar la negociación los efectos económicos que la entidad deportiva tiene para el lugar donde la misma compite, ya que la localización geográfica de la misma en un determinado sitio, provoca sustanciales ingresos para el sector hotelero, la restauración y el comercio, además de la propia promoción de la ciudad en la que la institución deportiva se encuentra ubicada²⁵.

Estos datos permiten a la Administración Concursal adoptar una postura más reforzada de cara a la negociación de un convenio que permita la colaboración de la Administración Pública. De hecho los efectos económicos para la ciudad en la que se encuentra situada la entidad deportiva junto al elemento sentimental, suelen ser armas muy eficaces para conseguir de las autoridades públicas el apoyo necesario en busca de la viabilidad de la continuación de la actividad del club.

7. La liquidación de las entidades deportivas.

Como continuación a lo expuesto en el epígrafe inmediato anterior, también existen situaciones donde el club no puede seguir adelante, viéndose la Administración Concursal obligada a plantear las operaciones necesarias para su liquidación.

En esta situación, la liquidación del patrimonio de la entidad se realizará conforme a lo establecido en los artículos 142 y siguientes LC, adquiriendo gran relevancia la labor de

²⁴ De hecho, en ocasiones la falta de apoyo por parte de las instituciones del lugar es lo que aboca al club al concurso. *Vid* en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) de 27 de enero de 2014 (rec. 314/2013) en el seno del concurso del Baloncesto León S.A.D, en la que se recoge como causa de la situación de insolvencia de la entidad, entre otras, la falta de apoyo de las instituciones públicas con su subvención y patrocinio, lo que provoca que caiga la fuente de financiación de las actividades de la concursada.

²⁵ La imagen de la ciudad se ve beneficiada de forma importante, tanto a nivel nacional como internacional —dependiendo de la relevancia de la institución deportiva— ya que aumenta el conocimiento y localización de la misma, lo que consecuentemente conlleva un incremento del turismo y la inversión. Nos remitimos respecto a este particular al estudio efectuado por la Cámara de Comercio de Zaragoza en octubre de 2009 respecto al impacto económico que supone para la ciudad que el Real Zaragoza compita en la 1ª división de fútbol español.

la Administración Concursal en relación al plan de liquidación que ésta debe presentar al Juez del Concurso —artículo 148 LC—²⁶.

De conformidad con el contenido del artículo 148 LC, siempre que sea factible, deberá intentarse la enajenación unitaria del club para conseguir que el mismo simplemente cambie de dirección pero pueda seguir compitiendo. La Administración Concursal deberá apostar por ello y solo en caso de que no sea posible, acudir a otras fórmulas como es la venta individual de bienes y derechos.

Las particularidades que presenta la liquidación de los bienes y derechos de una institución deportiva son diversas. Normalmente su principal activo suele ser el centro deportivo donde disputa los partidos como local, pero también lo forman muchos otros como los derechos de retransmisión, los derechos federativos²⁷, los trofeos conquistados o los propios jugadores.

8. Fase de calificación.

Por último y con independencia de la solución del procedimiento, los artículos 163 y siguientes regulan todo lo relativo a la calificación del concurso. Como señala el artículo 167.1 LC, para que se produzca la apertura de la sección de calificación, no puede haberse aprobado un convenio en el que se prevea una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años, salvo que el mismo resulte incumplido. Ello provoca que esta sección suela abrirse normalmente en los concursos de estas entidades, ya que lo habitual es que se superen dichos límites²⁸.

Conforme a lo establecido en el artículo 169 LC, en el informe que presente la Administración Concursal respecto a este particular, deberá exponer entre otros extremos qué conductas de las que ha podido presenciar pueden constituir dolo o culpa grave de los administradores de la institución deportiva en concurso o las anomalías que haya podido detectar en la documentación que se le ha facilitado²⁹.

²⁶ En relación a este documento, *vid.* entre otros muchos RUBIO VICENTE, P.J., «La liquidación concursal» en PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.) *El Concurso de Acreedores*, La Ley, Madrid, 2012, p. 480 y ss.

²⁷ *Vid.* Auto AP Salamanca de fecha 25 de julio de 2014 (Rec.140/2014) en el seno del concurso de la Unión Deportiva Salamanca en la que se recoge la posibilidad de transmisión de referido derecho dado el indiscutible valor económico que ostenta el mismo y al haber sido efectuada la transmisión conforme al artículo 43 LC. Rechaza la Sala que la venta de los derechos federativos encubra una indebida sucesión de empresa ya que la inscripción de los mismos por sí solos no son suficientes para el desarrollo de la actividad empresarial.

²⁸ *Vid.* Sentencia AP Baleares (Sección 5ª) de 14 de enero de 2013 (Rollo 473/2012) en la que se rechaza la apertura de la fase de calificación al ser el plazo de espera establecido en el convenio inferior a tres años.

²⁹ Llama la atención el argumento simple y claro utilizado por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en el concurso de la Real Sociedad Club de Fútbol para confirmar la declaración de concurso culpable del club. *Vid.* Sentencia Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 29 de julio de 2011 (Rec.2123/2011): *En este supuesto, hay que partir de que, en puridad, una sociedad mercantil que gasta más de lo que puede en una situación difícil como en la que se encontraba la concursada a finales de dos mil siete y primeros de dos mil ocho, haciendo importantes desembolsos para fichar jugadores, está agravando de forma consciente su situación económica y coadyuvando a lo que pasó pocos meses después, la solicitud de concurso.*

Habitualmente, este tipo de clubes deportivos no han venido siendo gestionados por profesionales, sino por personas procedentes de otros sectores, lo que explica prácticas de gestión negligentes que la Administración Concursal debe poner de referencia en este momento, sin perjuicio de lo que haya podido recoger en su informe de los artículos 74 y 75 LC³⁰.

Además, suscita una importante reflexión que no puede perderse de vista el hecho de que los socios del club no esperan que los directivos consigan resultados económicos que generen dividendos, sino que lo que buscan son resultados deportivos que lleven al club a conseguir sus objetivos. Ello explica determinados comportamientos de los gestores de la entidad, como son los endeudamientos injustificados en busca de metas deportivas más o menos verosímiles³¹.

9. Conclusiones.

La declaración de concurso de una persona jurídica cuyo objeto social es la participación en competiciones deportivas conlleva determinadas singularidades que provoca un importante esfuerzo en el órgano de la Administración Concursal para dar cumplimiento al mandato del legislador contenido en el artículo 21.1.2º LC.

Singularidad porque el deudor no sólo está sometido a la LC, sino también a la Ley del deporte y resto de normativa deportiva, lo que provoca en ocasiones el choque entre unas y otras normativas.

Particularidad por lo especial de la actividad del deudor, lo que provoca en los supuestos de suspensión de facultades, la Administración Concursal tenga que tomar decisiones deportivas para las que normalmente no está preparada.

Peculiaridad también derivada del componente social que toda entidad deportiva lleva consigo, lo que influye en determinadas decisiones o negociaciones que puedan producirse en el marco de la gestión del club.

Todo ello abunda en lo expuesto en el presente estudio. La función de la Administración Concursal en la gestión de la insolvencia de un deudor de estas características exige una

³⁰ Como nos recuerdan ARNALDO ALCUBILLA y FUENTES ARJONA, existe la posibilidad de que los administradores de la entidad deportiva respondan incluso penalmente. *Vid.* ARNALDO ALCUBILLA, E; FUENTES ARJONA, T., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima deportiva» en GUERRA MARTÍN, G., (Coord.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, quienes se hacen eco de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2004 (Rec.846/2003) relativa a la condena a varios directivos del Club Atlético de Madrid S.A.D por estafa.

³¹ Volvemos a tomar como referencia el concurso de la Real Sociedad Club de Fútbol para destacar la Sentencia del TS de 24 de mayo de 2013 (Rec.2323/2011) en el que se confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián respecto a la calificación como culpable del concurso del club por superación de los gastos presupuestados. La resolución del Alto Tribunal señala firmemente que *el acuciante deseo de obtener éxitos en el campeonato - con la contratación de nuevos futbolistas - no puede explicar las desviaciones presupuestarias, tanto más si es notorio que los buenos resultados deportivos no son incompatibles con un diligente rigor en dicha materia.*

especial diligencia por su parte al no estar preparada para asumir la carga discrecional que en ocasiones conlleva el ejercicio de una actividad tan particular como es la dirección deportiva de un club profesional. Ello exige una referencia específica en la LC a este tipo de procedimientos mediáticos, que debería venir motivada por requerir que en mencionados procedimientos, el profesional designado tuviese preparación específica en materia deportiva o el auxilio de profesionales independientes que dispusiesen de ella.

Para evitar las situaciones que se han provocado en la práctica, sería necesario la existencia de un órgano de supervisión de la situación económica de los clubes que impidiera que en el supuesto de que los mismos se vean abocados a la declaración de concurso, la Administración Concursal se encuentre con entidades prácticamente ahogadas por sus propias deudas y sin margen de maniobra alguno para reflotarla, sino es por el sacrificio de los acreedores y la intervención de los poderes públicos.

Bibliografía.

-ARNALDO ALCUBILLA, E; FUENTES ARJONA, T., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima deportiva» en GUERRA MARTÍN, G., (Coord.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011.

-CORDÓN MORENO, F., «Comentario art. 44» en CORDÓN MORENO, F., (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, 2ª edición, tomo I.

-GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario art. 74» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004.

-LEÓN, F., «Comentario art. 71» en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo I.

-MORALEJO MENÉNDEZ, I., «La administración concursal» en GARCÍA- CRUCES, J.A., (Dir.) *Jurisprudencia y Concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

-MORENO SERRANO, E., «La aplicación del artículo 40 LC en la jurisprudencia (La intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 8, Sección Comunicaciones, Primer semestre de 2008.

-MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «La responsabilidad de los administradores concursales», *Diario La Ley*, nº 7522, Sección Tribuna, 2 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-369.

-PALOMAR OLMEDA, A., «La insolvencia de las entidades deportivas profesionales» en CAMPUZANO, A., SANJUÁN Y MUÑOZ, E., (Dir.) *El Derecho de la Insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

-PASCUAL. M, VEGA. P., «Análisis de los principales indicadores de insolvencia empresarial en los equipos de fútbol de primera división española» en BELTRÁN. E, PALOMAR OLMEDA. A (Dir.) *La insolvencia de las entidades deportivas profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

-QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La administración concursal» en PULGAR EZQUERRA. J., (Dir.) *El Concurso de Acreedores*, La Ley, Madrid, 2012.

-RUBIO VICENTE, P.J., «La liquidación concursal» en PULGAR EZQUERRA. J., (Dir.) *El Concurso de Acreedores*, La Ley, Madrid, 2012.

-SÁNCHEZ ARISTI. R «Comentario art. 1.104» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2001.

-SANJUÁN Y MUÑOZ. E; «El proyecto de reforma concursal y las entidades deportivas. Crítica a la Disposición adicional segunda bis», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 15, Sección Comunicaciones, Segundo semestre de 2011.

-SILVETTI, E., «Comentario art. 71» en CORDÓN MORENO, F; (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, 2ª edición.

-YANES YANES, P., «Comentario de urgencia al Auto que declara en concurso a la Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 2/2005, Sección Reseñas y comentarios de jurisprudencia, Primer semestre de 2005.

RESEÑAS

RECENSIÓN DE *Tributación del Crowdfunding*, SOTO MOYA, M. M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 321 pp., ISBN: 978-84-9169-385-7.

GUILLERMO SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO
Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga

Tributación del Crowdfunding, publicado por la editorial Tirant lo Blanch en 2017 y cuya autoría corresponde a la Doctora MARÍA DEL MAR SOTO MOYA, Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Málaga, recoge en cuatro capítulos un estudio en profundidad sobre un tema de gran actualidad tributaria y social: el régimen jurídico-tributario del *crowdfunding*.

Situados en un contexto de post-crisis económica en el que hemos sido espectadores de una paulatina falta de liquidez crediticia por parte de las entidades bancarias a raíz de la caída de *Lehman Brothers* el 15 de septiembre de 2008 (y que todavía perdura), la necesidad de encontrar alternativas a la financiación bancaria tradicional hizo aflorar nuevas fórmulas que, como resulta evidente, han conllevado constantes controversias jurídicas hasta la promulgación de una regulación normativa más o menos eficaz; hecho que en algunos casos tampoco se ha producido.

En esta situación, la interacción social de individuos en la búsqueda de una necesaria financiación ha dado sus frutos y se ha generalizado en prácticamente toda Europa, de tal forma que diversas iniciativas carentes de financiación bancaria han encontrado sustento en aportaciones cuya base es la financiación colectiva, siendo este contexto donde surge el *crowdfunding* que, en palabras de la autora del libro objeto de esta reseña, «... se trata de un proceso que comporta la creación de valor social mediante una nueva forma de abordar los retos de la sociedad, brindando alternativas originales a los problemas planteados», pudiendo llevarse a cabo «tanto por las empresas, como por los servicios públicos y también por la comunidad civil».

Adentrados en la estructura de la obra, se debe destacar su alto grado de sistematicidad, la claridad en la estructuración de las ideas y el análisis minucioso y profundo de diversas casuísticas huérfanas de estudios doctrinales previos.

En el primer capítulo la autora analiza el *crowdfunding* como instrumento de financiación socialmente innovador, exponiendo, por un lado, el paso de las tradicionales fórmulas de financiación hacia las consideradas «alternativas», prestando especial atención al papel del microcrédito y de la financiación colectiva, y por otro lado, profundiza en su concepto, naturaleza jurídica y expone las diferentes modalidades existentes, que diferencia entre: donaciones; recompensas; préstamos; y participación en el capital. Para todo ello, toma en consideración la (escasa) doctrina científica al respecto y realiza una severa crítica por la insuficiencia de regulación normativa en los ordenamientos jurídico-tributarios en este asunto.

En el segundo capítulo analiza en profundidad, dentro de las diferentes modalidades existentes mencionadas en el párrafo anterior, cuál es la tributación de los promotores de proyectos de *crowdfunding*. Para ello, dentro de la primera modalidad (donaciones), estudia los efectos tributarios tanto para el promotor persona física como para el promotor persona jurídica, engarzándolo, dentro del primero, con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), y dentro del segundo, con el régimen general de tributación para las sociedades donatarias y el tratamiento de la financiación recibida por las entidades sin ánimo de lucro. Dentro de la segunda modalidad (recompensas), la autora ahonda en las implicaciones tributarias, de nuevo, para el promotor persona física y persona jurídica, tanto en la imposición directa como en la indirecta, tomando en consideración el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR), Impuesto sobre Sociedades (IS) y el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), entre otras cuestiones. Dentro de la tercera modalidad (préstamos), realiza una exposición de los aspectos comunes de la ordenación jurídica de los promotores remunerados en los proyectos de *crowdfunding*, además de valorar las implicaciones del prestatario persona física en relación con el IRPF, y del prestatario persona jurídica en relación con el IS. Dentro de la cuarta modalidad (participación en el capital) detalla, además de las consecuencias en los diferentes tributos del promotor persona física y persona jurídica, cuáles son los requisitos aplicables a las acciones, participaciones u otros valores representativos del capital y obligaciones. Por último, se adentra en las repercusiones para los promotores en otros tributos, como en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), o el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE).

En el tercer capítulo analiza en profundidad, de nuevo dentro de las diferentes modalidades, cuáles son las consecuencias tributarias para la persona aportante del *crowdfunding*. Así, expone el régimen jurídico general de los inversores en dichos proyectos para, a continuación, dentro de la modalidad de donaciones, tratar las aportaciones realizadas por las personas físicas, haciendo a su vez una especial referencia al principio de no confiscatoriedad, y también hace lo propio con las aportaciones realizadas por las personas jurídicas. Dentro de la modalidad de recompensas, estudia también las aportaciones realizadas por personas físicas y jurídicas y, además, las posibles repercusiones en materia de IVA e ITPAJD. Dentro de la modalidad de préstamos, se trata al prestamista persona física y persona jurídica y los efectos tributarios de la transmisión del préstamo. Y dentro de la modalidad de participación en el capital, además de analizar al aportante persona física y persona jurídica, profundiza en las consecuencias tributarias de la transmisión de las participaciones.

En el cuarto y último capítulo analiza, dentro de las diferentes modalidades, cuáles son las consecuencias fiscales para la plataforma electrónica de proyectos de *crowdfunding*. Para ello, se estudia: primero, cuál es el régimen jurídico de dichas plataformas así como la autorización, registro y funcionamiento de las Plataformas de financiación participativa; segundo, las relaciones entre la plataforma electrónica y las partes contractuales implicadas, profundizando en figuras tales como el contrato de mediación o el contrato de mandato; y tercero, cuáles son las obligaciones tributarias para la

plataforma participativa y sus consecuencias tanto en la fiscalidad directa, tratando el IS e IRNR, como en la indirecta, tratando el IVA e ITPAJD.

Como se puede comprobar, la autora ha llevado a cabo un análisis exhaustivo del tema con minuciosidad, coherencia y con gran sistematicidad siguiendo un mismo esquema: cuáles son las tipologías y modalidades del *crowdfunding* y qué repercusiones fiscales existen, tanto en la fiscalidad directa como en la indirecta, para todos los sujetos que actúan dentro de estos negocios; asunto que deviene necesario ya que las relaciones jurídicas entre los sujetos que intervienen en el *crowdfunding* deben analizarse de manera separada y prestando especial atención a todas y cada una de las obligaciones tributarias que eventualmente pudieran surgir.

Además, realiza diversas propuestas de *lege ferenda* que se deben tomar en consideración para solucionar las problemáticas en la regulación de este instrumento y, a nuestro juicio, entre las más destacadas se pueden citar: primero, la necesidad de elaborar una norma estatal a fin no sólo de otorgar sistematicidad a la regulación de este fenómeno, que también, sino para extender una «verdadera cultura del mecenazgo» en España; y segundo, la necesidad de otorgar una mayor seguridad jurídica tanto a los inversores como a los promotores de estos proyectos.

No está de más decir que a su indudable valor académico se le suma su carácter didáctico, y es una labor que se agradece, engrandeciendo aún más la labor de investigación. Es particularmente destacable que una obra científica ofrezca, además de una estructura ortodoxa en cuanto a sus aspectos formales, un alto grado de valor didáctico que hace impregnarse en la obra, a lo que también contribuye la sencillez de la prosa.

Finalmente, señalar que el estudio de diferentes modelos de financiación alternativa no es un tema nuevo para la Doctora SOTO MOYA, ya que ha sido autora de algunas contribuciones científicas que profundizan en aspectos concretos sobre el asunto, lo que no hace más que enriquecer y aportar motivos suficientes para que la obra reseñada sea de obligada lectura, puesto que si bien existen algunos estudios sobre esta temática, el enfoque sistemático y metódico empleado por la autora, recogiendo multitud de casuísticas no abordadas previamente por la doctrina, hacen obligada su recomendación.

RECENSIÓN DE *Sanidad Transfronteriza y Libertad de Circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (Dir.), Marcial Pons, Barcelona, 2018, 406 pp., ISBN: 9788491696605.

Adriana Antúnez Sánchez
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

La percepción de la libertad de circulación como una característica innata al territorio de la Unión Europea se manifiesta hoy como una idea asumida prácticamente por la totalidad de la sociedad europea.

La consolidación de este derecho en sus distintas variantes (personas, servicios, mercancías, capitales y establecimiento) y el interés por garantizar su efectivo ejercicio, han servido de justificación para que el legislador europeo haya incorporado de manera gradual un sistema de protección de la salud de las personas con movilidad transfronteriza, que lejos de intentar establecer un sistema de protección sanitaria integral y unificado, nace sin mayor pretensión que la de asegurar el ejercicio de la libertad de circulación de las personas o la libre prestación de servicios.

Así, el ámbito de aplicación de este derecho ha alcanzado parcelas tan importantes como la sanidad, siendo ejemplo de ello la transposición por el Estado español de la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que sin llegar a implicar el reconocimiento de un sistema sanitario europeo, reconoce el derecho de acceso a la asistencia sanitaria que tienen los ciudadanos fuera de su país de origen o de residencia, ya sea por motivos laborales o con la única pretensión de recibir un tratamiento médico.

La nueva regulación presenta varias novedades, como la consideración en la prestación de la asistencia sanitaria de dos nuevos agentes, las Comunidades Autónomas, cuya responsabilidad se ve ampliada, y por otro lado, las clínicas privadas. Este nuevo sistema, permitiría la libre opción entre sistema público o privado por parte del beneficiario de la prestación. Fenómeno, que concede la posibilidad de que los pacientes (asegurados) puedan decidir libremente si se operan o reciben un tratamiento determinado en España o en otro Estado comunitario, sea el servicio público o privado, sin necesidad de autorización y con cargo al servicio nacional de salud del Estado de origen.

Entre las consecuencias más significativas, la obra llama la atención sobre los efectos que se podrían derivar de la implantación de este modelo, pues inspira, bajo la denominación de la asistencia sanitaria transfronteriza, un turismo sanitario con cargo al sistema público. Situación que está desembocando en una progresiva mercantilización del sistema sanitario, cuyos efectos entran en una clara colisión con algunos de los principios que inspiran la Seguridad Social en España, tales como la igualdad o la universalización.

Además, esta nueva configuración jurídica incide de manera decisiva sobre un colectivo significativo de la población, a los que los autores de esta obra les han otorgado la denominación de *gerontoinmigrantes*. Terminología que hace referencia, de forma innovadora, a la movilidad transfronteriza de jubilados provenientes principalmente de otros Estados de la Unión Europea, con la finalidad de establecerse en nuestro país atraídos por las condiciones que presentan algunos municipios calificados como Lugares Europeos de Retiro.

Esta obra se publica, por tanto, en un momento en el que es especialmente necesario un análisis exhaustivo y sistematizado de una normativa en materia sanitaria caracterizada por la confusión y la dificultad en su interpretación. Con ello, se nos ofrece un estudio detallado que analiza, desde un prisma multidisciplinar, aquellas particularidades que presentan la titularidad y el ejercicio del derecho a las prestaciones sanitarias, con una especial atención a un colectivo que cuenta con una intensa presencia en nuestro país, y a los que los efectos del *Brexit* le otorgan un horizonte jurídico difuso e incierto en cuanto a aspectos tan llamativos como las prestaciones sanitarias: los gerontoinmigrantes.

Los retos y desafíos que plantea el nuevo régimen jurídico vigente en materia sanitaria son abordados en su totalidad a lo largo de esta monografía, tratando aquellos aspectos que resultan básicos para obtener una visión omnicomprendensiva de esta realidad. Así, esta obra dedica un estudio a cuestiones tan interesantes como la incidencia del *Brexit* en las prestaciones sanitarias transfronterizas (Capítulo I), la autonomía relacional como instrumento para prevenir la vulnerabilidad de los ciudadanos (Capítulo II), la necesidad de reconocimiento de una carta común de derechos de los pacientes, con especial atención a los derechos al final de la vida (Capítulos III y IV), el estudio del marco jurídico de la sanidad transfronteriza (Capítulo V) o el reconocimiento de las recetas médicas (Capítulo VI). Así mismo, la obra contempla un estudio sobre aspectos que inciden en el ámbito económico-financiero, tales como el copago de medicamentos (Capítulo VII) o el reembolso de gastos (Capítulo VIII), y finaliza con un capítulo dedicado a aspectos jurídico-procesales, como son la determinación del tribunal competente y de la ley aplicable a las reclamaciones contractuales o extracontractuales derivadas de las prestaciones sanitarias de carácter transfronterizo.

En definitiva, esta monografía se configura como una obra de referencia para la comprensión del fenómeno sanitario transfronterizo, pues no se detiene únicamente en identificar con claridad aquellos aspectos problemáticos presentes en la materia desde una perspectiva multidisciplinar, sino que concluye aportando soluciones concretas e innovadoras, lo que otorga al estudio un carácter eminentemente especializado, completo y riguroso.

RECENSIÓN DE *El soft law como fuente del derecho extranacional*, GARRIDO GÓMEZ, Ma. I., Dykinson, Madrid, 2017, 236 pp., ISBN 978-84-9148-439-4.

Pedro Aníbal Delgado Rodríguez
Doctorando en Ciencias Jurídicas
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada

La sociedad globalizada contemporánea ha sufrido significativos cambios y constantemente siguen surgiendo alteraciones en diferentes aspectos: académicos, económicos políticos, culturales, sociales, etc. Es decir, no podemos excluir ningún ámbito de la vida cotidiana del ser humano y, en efecto, el Derecho no puede ser la excepción. Con relación a lo que esto implica, el texto que reseñamos aborda principalmente la temática del soft law como fuente del Derecho extranacional. Por otra parte, expone las dinámicas y modalidades jurídicas surgidas y cómo estas se direccionan a una tendencia de una práctica privada del soft law. El texto pretende dilucidar una serie de polémicas que se han suscitado en torno a quién tiene el poder normativo y cuáles son las relaciones que tienen estas con los actores sociales.

Su autora, la profesora Garrido Gómez, es catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alcalá (España), dirige la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos y codirige el Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos en la misma *alma mater*. A lo largo de su carrera académica, ha escrito numerosos libros sobre estos temas, publicaciones entre las que se pueden destacar *La igualdad en el contenido y la aplicación de la ley (2009)*, *La función de los jueces: contexto, actividades e instrumentos (2014)*, entre muchas otras.

En este nuevo estudio, la autora nos introduce en un proceso explicativo, acerca de cómo el soft law resulta siendo una fuente del derecho en el ámbito extranacional, realizando un análisis minucioso acerca de aquellas fuentes que podríamos catalogar como *tradicionales*. Con este punto de partida, se redimensiona la importancia y el protagonismo que toma el *soft law*, o *derecho blando*, en el panorama de la sociedad globalizada, y cómo confluyen muchos otros aspectos y ámbitos, entre los cuales se podrían mencionar los políticos, los sociales o los económicos. Asimismo, analiza cómo esta convergencia de factores origina el surgimiento de concepciones del Derecho menos ortodoxas que las que se conocen comúnmente. Al mismo tiempo, se analiza el origen y desarrollo de contenidos conceptuales, de la relación inter partes, de las implicaciones que resultan y de las nuevas instituciones que terminan emergiendo.

Desde el punto de vista de su estructura, el texto se encuentra dividido en tres partes. La primera parte del libro trata los términos de *fuentes* y *soft law*, para, posteriormente, analizar el marco normativo general del cual se obtienen los conceptos jurídicos fundamentales. Estos facilitan la determinación de las dinámicas y tipos de *soft law*, siendo su finalidad la de revisar la efectividad de las normas después de ser implementadas. La segunda parte ofrece una categorización multidimensional relativa a la desregulación y autorregulación, articulándolas con atributos propios de la norma.

Por último, la autora hace una reflexión acerca del *soft law* extranacional, de acuerdo con diferentes criterios.

A este respecto debe destacarse el análisis que aborda en el capítulo tercero, acerca de la temática concerniente a la nueva *Lex mercatoria*, por su importancia en el desarrollo de la sociedad globalizada. De manera concreta aborda el estudio específico acerca de su origen, su concepción y su desarrollo. Revisando y sistematizando las posiciones de los estudios más relevantes sobre este tema, hay algunos autores que señalan la autonomía de la *Lex mercatoria* como una de las aportaciones más ambiciosas. De igual manera, se desarrollan otras posiciones que sostienen que la *Lex mercatoria* está construida por un conjunto de reglas materiales derivadas de laudos arbitrales y convenciones internacionales, estos poseen la capacidad de dirimir un conflicto, constituyen una herramienta alternativa a los derechos nacionales, y pueden ser aplicables de acuerdo con los mecanismos del derecho internacional privado. En tal sentido, los estudios analizados por la autora concluyen que la *Lex mercatoria* reserva la parte consuetudinaria del Derecho mercantil internacional, siendo trascendente que esta no se encuentra codificada o no ha sido materializada, ya sea legislativamente o en tratados adaptados por los distintos estados.

También es gran interés el análisis que se recoge en el texto sobre las prácticas jurídicas que están representadas principalmente por la *Lex mercatoria* y cómo ha puesto de manifiesto, con el tiempo y con la práctica, que puede existir un diálogo jurídico sin que exista como referencia el marco normativo de un estado. Asimismo, analiza cómo esta puede representar la parte del derecho económico global, el cual actúa en la “periferia del sistema jurídico” y cómo termina haciendo una amalgama directa con las empresas y las transacciones económicas globales.

Otro de los tantos aspectos positivos que se deben resaltar en el análisis realizado sobre la *Lex mercatoria* es su contribución, en gran medida, a la reconfiguración de las ciencias jurídicas con respecto a los ciclos globales de transformación, y cómo se consolida como una alternativa ágil y efectiva en un aspecto procesal. Este es el punto de llegada, tras realizar un análisis de las fases evolutivas por las que ha atravesado la *Lex mercatoria*, en la edad media, en el renacimiento y en una tercera fase, que corresponde a la nueva *Lex mercatoria*, la cual hace referencia a un sistema de Derecho con reglas legales codificadas e institucionalizadas mediante el arbitraje, similares a las que se plantean en los principios de la agencia especializada de las Naciones Unidas para la unificación del derecho privado.

Por lo anterior, el texto alude también a la existencia de varias significaciones del término *Lex mercatoria*. Por ejemplo, la de Goldman, quien propone que este concepto es un conjunto de principios, instituciones y reglas originadas en fuentes que nutren las estructuras legales y la actividad de los operadores obrantes en el comercio internacional, posición que comparte Lando. Esto sugiere que los intervinientes en un contrato acuerdan en ocasiones que los conflictos no sean sometidos al Derecho nacional al que correspondan, sino que, por el contrario, se empleen las costumbres de este tipo de comercio o las reglas que sean comunes a la mayoría de los estados, o por lo menos a los que intervengan en la controversia. También resalta la autora cómo esta institución representa la emancipación de una comunidad solidaria de intereses.

Por otra parte, apunta que autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González llegan a distinguir entre las concepciones avanzadas y moderadas de la Lex mercatoria: las primeras suponen un conjunto de usos, contratos tipo, reglas de asociaciones privadas que tienen la finalidad de servir como reguladores de algunos aspectos de la contratación internacional. En esta versión, la Lex mercatoria no sería un orden jurídico independiente. En las concepciones avanzada, la Lex mercatoria vendría dada por la práctica de los comerciantes internacionales, siendo un orden jurídico auténtico que compite con los derechos de los estados, y autónomamente podría regular un contrato.

Por otra parte, el estudio que lleva a cabo la profesora Garrido le permite clasificar las concepciones sobre la Lex mercatoria en moderada y avanzada, al mismo tiempo que resalta su virtualidad como una clara manifestación de pluralismo jurídico. Siendo una excelente aportación para la *praxis* del derecho en una sociedad internacionalizada, abierta a cambios y evoluciones, la Lex mercatoria se revela, pues, como un fenómeno jurídico que resulta en un Derecho extranacional cambiante y que se cimienta en la negociación, y la profesora Garrido acompaña al lector a su origen doctrinal y cronológico.

Finalmente, y aunque el texto muestra que la globalización termina generando nuevas relaciones entre el estado, el mercado y la sociedad en general, su autora asume una posición crítica frente a los empleos abusivos o excesivos del *soft law*, que podrían terminar afectando a las partes más débiles de la sociedad, pues pueden producir una limitación excesiva en la participación y representación, por la exclusión total de una regulación de carácter público.

Podemos concluir que quienes se asomen a este texto encontrarán en él una amplia variedad de perspectivas teóricas con los cuales tendrán la posibilidad de reflexionar y formarse su propia opinión acerca de los beneficios y desventajas de esta nueva dimensión del Derecho: la que representa el soft law.