

Referencias Jurídicas CMS

Noviembre 2022

Referencias Jurídicas CMS

Noviembre 2022

Artículos de fondo

Propiedad Industrial, Intelectual y Negocio Digital

María González Gordon, Jaime Bello y Beatriz Alegre
10 novedades de la DSA en menos de 10 minutos..... **4**

Post jurídicos

Corporate / M&A

Victoria Vilar y Candela Villa

El uso de información confidencial para un fin distinto del acordado al asesorar en una compraventa de empresas es una violación del secreto empresarial **8**

Procesal y Arbitraje

Elisa Martín y Estefanía Mariño

La preclusión y el efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en un procedimiento ejecutivo sobre un procedimiento declarativo posterior..... **10**

Enrique Remón y Rocío Rodríguez

Límites al acceso a los dispositivos electrónicos de un trabajador **12**

Livia Domingo

El Tribunal Constitucional declara contrario al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas el señalamiento excesivamente tardío de litigios sin complejidad..... **14**

Derecho Público y Sectores Regulados

María Torres

La administración puede renunciar al contrato por razones de interés público no sobrevenidas..... **16**



Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

10 novedades de la DSA en menos de 10 minutos

Noviembre 2022

10 novedades de la DSA en menos de 10 minutos

María González Gordon, Jaime Bello y Beatriz Alegre

A finales del mes pasado se aprobó la versión final de la Ley de Servicios Digitales (**DSA**¹). Desde sus inicios, este proyecto normativo ha generado gran discusión entre la industria y el legislador, y todavía quedan algunas cuestiones esperando respuesta. ¿Cómo se aplica la DSA en relación con otra normativa anterior de carácter complementario? ¿Quién está sujeto al cumplimiento de las obligaciones que impone la DSA? ¿Cuáles son las restricciones y prohibiciones que aplicarán en adelante? Conscientes de la dificultad que la adaptación a esta nueva regulación puede llegar a suponer, hemos tratado de facilitar la comprensión de esta nueva norma en una rápida lectura.

Junto con la Ley de Mercados Digitales (DMA), la DSA forma parte del nuevo paquete normativo previsto por la UE para la economía digital. La DSA tiene como objetivo actualizar la Directiva sobre el Comercio Electrónico, una regulación que lleva aplicándose desde el año 2000 y que en la actualidad ha devenido obsoleta e incapaz de hacer frente a la transformación digital, ya que las tecnologías, los modelos de negocio y los productos y servicios en general han cambiado significativamente.

A continuación presentamos algunas de las novedades más importantes que trae consigo la DSA en 10 puntos:

1. Regulación complementaria

La DSA es una norma horizontal o transversal, que aborda la difusión de contenidos ilícitos en línea, incluidos bienes o servicios. No reemplaza ni modifica la normativa sectorial vigente, sino que actúa como complemento de otras normas, como la DMA, la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, la Directiva Copyright, el Reglamento General De Protección de Datos (RGPD), la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la normativa de consumidores o la propuesta de Reglamento para prevenir la difusión de contenidos terroristas en línea.

¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)

2. *Big players*: plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño

De acuerdo con los considerandos de la DSA, se distinguen tres tipos de servicios para los intermediarios en línea que operen en el territorio de la UE:

- Servicios de mera transmisión, como redes inalámbricas locales, servicios de DNS o registros de nombres de dominio.
- Servicios de memoria caché (almacenamiento automático, provisional y temporal), como redes de distribución de contenidos o *proxies*.
- Servicios de alojamiento de datos, incluidos servicios de computación en nube o alojamiento web.

Especial atención merecen las **plataformas online**, como servicios de alojamiento que, a petición del usuario, almacenan y difunden información a un número potencialmente ilimitado de terceros. Sin embargo, los servicios de comunicación interpersonal, como los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada, quedan fuera del ámbito de la definición de las plataformas en línea, ya que se utilizan para la comunicación interpersonal entre un número determinado de personas a quienes se dirige el remitente de la comunicación. Las plataformas en línea incluyen además, entre otros servicios, *marketplaces*, redes sociales y aplicaciones.

Los **motores de búsqueda en línea** también se incluyen en la DSA, definidos como servicios intermediarios que permiten a los usuarios realizar consultas obteniendo resultados de búsqueda en todos los sitios web de Internet en cualquier formato en el que se pueda encontrar información relacionada con el contenido solicitado.

La DSA establece además una categoría diferente basada en el impacto que los dos citados servicios intermediarios pueden tener en los usuarios cuando son considerados como *big players*. A este respecto, las plataformas en línea y los motores de búsqueda que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la UE igual o superior a cuarenta y cinco millones se clasifican como plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño.

Finalmente, debe matizarse que la DSA se aplica a los servicios intermediarios ofrecidos a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de donde los prestadores de dichos servicios intermediarios tengan su lugar de establecimiento, por lo que todos los intermediarios en línea establecidos fuera de la UE que ofrecen sus servicios en la UE también deben cumplir con esta regulación, para lo cual estas empresas deben designar un representante legal.

3. Medidas para actuar contra el contenido ilícito en línea, incluidos los bienes y servicios infractores: mecanismos de notificación y acción y prácticas de moderación de contenido

La DSA incluye una definición de "contenido ilícito", pero no es exhaustiva pues remite al contenido ilícito definido en otras leyes a nivel de la UE (por ejemplo, contenido terrorista, pornografía infantil o discursos de odio) o a nivel nacional. Así, el contenido ilícito de acuerdo con la legislación de un Estado miembro determinado solo debe eliminarse en su territorio.

La DSA establece reglas para toda la UE que cubren la detección y eliminación de contenido ilícito. Para ello, además de los mecanismos de notificación y acción, los proveedores de servicios deben contar con sistemas internos efectivos de gestión de reclamaciones que permitan a los usuarios presentar quejas contra la decisión del proveedor del servicio, debiendo las plataformas cooperar con alertadores fiables -entidades independientes reconocidas dedicadas a detectar, identificar y notificar contenido ilícito, lo que habilita una suerte de "vía rápida" para estas reclamaciones tratando de combatir el contenido ilícito-.

Para los llamados *big players* será obligatorio llevar a cabo una evaluación de riesgos sistémicos que analice cómo se propaga el contenido ilícito en su plataforma y así evitar en la medida de lo posible el abuso de sus sistemas, llevando a cabo acciones como la supervisión de sus medidas de prevención y gestión de riesgos mediante la realización de auditorías independientes.

Las reglas sobre moderación de contenido, publicidad, procesos algorítmicos y evaluaciones de mitigación de riesgos tienen como objetivo garantizar que los servicios intermediarios asuman su responsabilidad considerando su actuación y los riesgos sistémicos que plantean, incluida la desinformación, la manipulación de procesos electorales, o los daños a menores en línea. En este sentido, también se implementará un nuevo mecanismo de respuesta para el caso de crisis o circunstancias extraordinarias que pueden dar lugar a una amenaza grave para la seguridad pública o la salud pública, como una pandemia o una guerra.

4. Responsabilidad de los servicios intermediarios: nueva versión del puerto seguro

Los servicios intermediarios no serán responsables del contenido subido por los usuarios. No obstante, el prestador deberá, al tener conocimiento efectivo o consciencia de actividades ilícitas o contenidos ilícitos, por sí mismo o a través de notificaciones enviadas por terceros, actuar de

forma diligente para retirar o inhabilitar el acceso a dichos contenidos.

Para cumplir efectivamente con esta obligación, los proveedores deben asegurarse de informar claramente al usuario sobre si el contenido ilícito ha sido publicado por la propia plataforma o por sus usuarios -por ejemplo, los *marketplaces* deben aclarar qué bienes o servicios son prestados por terceros a través de sus plataformas-.

Por lo tanto, la DSA conserva el régimen de exención de responsabilidad para los proveedores de servicios intermediarios de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, excluyendo expresamente la obligación general de monitorización o búsqueda activa de hechos, así como la obligación general de que los prestadores adopten medidas proactivas en relación con contenidos ilícitos (puerto seguro).

Si bien a priori puede parecer que el puerto seguro no se ha visto afectado por la DSA, lo cierto es que la novedad que trae esta norma es la imposición de mayores obligaciones de transparencia y diligencia en los mecanismos de notificación y actuación. Siguiendo el sistema actual de Estados Unidos, la persona o entidad que informa sobre la existencia de un contenido ilícito debe proporcionar una explicación suficientemente detallada y fundamentada sobre la ilicitud de dicho contenido, indicando claramente su ubicación y declarando que se actúa de buena fe.

5. Medidas de transparencia para las plataformas en línea

La DSA propone medidas de transparencia de amplio alcance para las plataformas en línea, incluida una mejor información sobre los términos y condiciones, obligaciones adicionales de transparencia en la publicidad en línea o transparencia de los algoritmos utilizados para tomar decisiones o recomendar contenido a los usuarios. Además, todos los servicios intermediarios deberán informar públicamente una vez al año sobre las medidas de moderación de contenidos adoptadas.

Otra de las medidas más significativas de este reglamento es la prohibición de los '*dark patterns*'. Los proveedores de plataformas en línea no tendrán derecho a diseñar, organizar u operar sus interfaces de una manera que pueda confundir, manipular o distorsionar materialmente o afectar la capacidad de los usuarios para tomar decisiones libres e informadas.

Los *big players* deberán cumplir con las obligaciones de transparencia relativas a los informes de auditoría independientes y el escrutinio público y especializado, de modo que los usuarios puedan comprender mejor cómo estas plataformas impactan en nuestras sociedades.

6. Trazabilidad de los comerciantes

Otra de las novedades de la DSA es la regulación sobre la trazabilidad de los vendedores en los *marketplaces*. La DSA tiene como objetivo generar un entorno de confianza, de manera que resulte más fácil localizar al responsable de un acto ilícito. Para ello, los *marketplaces* están obligados a verificar aleatoriamente en bases de datos si los productos o servicios ofrecidos en sus páginas web cumplen con los requisitos de transparencia y trazabilidad.

Para las plataformas que permiten a los usuarios ejecutar contratos a distancia, se debe garantizar que pueda contactarse a los comerciantes para que los usuarios tengan la posibilidad de ejercer acciones legales contra un posible infractor. En este sentido, los proveedores deben recopilar la información de los comerciantes y hacer esfuerzos razonables para verificar su identidad, por ejemplo, acudiendo a datos como su número de identificación fiscal mediante bases de datos o fuentes registrales.

7. Publicidad en línea, elaboración de perfiles y segmentación

La DSA cubre cualquier tipo de publicidad y se aplicará junto con el RGPD, que ya establecía normas sobre el consentimiento de los usuarios o su derecho a oponerse al contenido y la publicidad personalizada dirigida al usuario.

La DSA introduce dos nuevas restricciones relativas a la publicidad dirigida en plataformas en línea. En primer lugar, prohíbe la publicidad basada en elaboración de perfiles dirigida a menores. En segundo lugar, prohíbe la publicidad basada en la creación de perfiles utilizando categorías especiales de datos personales, como datos de salud, la orientación sexual, el origen étnico, las opiniones políticas o las creencias religiosas.

Las plataformas en línea que incluyen publicidad deberán garantizar que se cumple con los siguientes requisitos informativos: (i) los anuncios deben ser claramente identificables como tales (a través de indicadores claros); (ii) debe figurar la persona física o jurídica en cuyo nombre se presenta el anuncio publicitario y quién lo ha pagado; y (iii) debe incluirse información significativa sobre los principales parámetros utilizados para determinar a quién va dirigido el anuncio. Además, los usuarios recibirán a partir de ahora más información sobre los anuncios dirigidos a ellos en las plataformas en línea, en particular si un anuncio se dirige específicamente a ellos o cuándo el contenido está patrocinado o publicado orgánicamente en una plataforma y por qué. Un ejemplo claro es cuando los *influencers* indican el contenido publicitario expresamente en sus publicaciones. Cuando dichas plataformas recomiendan contenidos, los usuarios pueden modificar los criterios utilizados por la plataforma para la segmentación e incluso optar por no recibir recomendaciones personalizadas.

Las plataformas en línea y los motores de búsqueda de muy gran tamaño estarán sujetos además a obligaciones adicionales. Entre otras, tendrán que mantener y proporcionar acceso a los repositorios de anuncios y evaluar si sus sistemas de publicidad pueden, por ejemplo, ser manipulados, tomando medidas para mitigar estos riesgos.

Estas reglas también deben ponerse en relación con la DMA, que aborda las preocupaciones económicas sobre los modelos publicitarios de los *gatekeepers* (guardianes de acceso).

8. Nuevos derechos para los usuarios: reclamaciones ante los servicios intermediarios, acuerdos extrajudiciales, indemnizaciones por incumplimiento o reclamaciones en su idioma

Los usuarios podrán notificar contenido ilícito a la plataforma y también impugnar las decisiones de las plataformas en línea cuando su contenido haya sido restringido o eliminado. Las plataformas están obligadas a notificar y explicar este tipo de decisiones de restricción o eliminación, debiendo además proporcionar un mecanismo para poder impugnar dicha decisión. En estos casos, el usuario puede reclamar directamente a la plataforma -a través de un sistema de gestión de reclamaciones-, elegir un órgano extrajudicial de resolución de conflictos o acudir a los Tribunales pudiendo hacer valer sus derechos en su propio idioma. En este sentido, las organizaciones en representación de los derechos de los usuarios también podrán defender sus derechos ante infracciones a gran escala.

9. Permitir el acceso a los datos a los investigadores

La DSA incluye nuevas disposiciones para permitir el acceso a los datos a los investigadores de plataformas clave, con el fin de examinar cómo funcionan las plataformas y cómo evolucionan los riesgos en línea. Previa solicitud motivada del Coordinador de Servicios Digitales, los *big players* deberán, en un período de tiempo razonable, proporcionar acceso a los investigadores a los datos con el fin de realizar investigaciones que contribuyan a la detección, identificación y comprensión de los riesgos sistémicos que existen en el marco de la UE y la evaluación de la adecuación, la eficiencia y los impactos de las medidas de mitigación de dichos riesgos.

10. Cooperación interna y multas

La DSA está basada en una idea de cooperación de los Estados Miembros y la UE, siguiendo una estructura de supervisión única. Las autoridades nacionales y de la UE supervisarán cómo los servicios intermediarios adaptan sus

sistemas a los nuevos requisitos.

Cada Estado Miembro deberá (i) nombrar un Coordinador de Servicios Digitales, una autoridad independiente responsable de supervisar el cumplimiento de la DSA por los servicios intermediarios de su Estado Miembro y/o coordinar su actuación con las autoridades sectoriales especializadas; y (ii) especificar claramente las sanciones que impondrá el Coordinador de Servicios Digitales, procurando que sean disuasorias, pero proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción.

Para los *big players*, la Comisión tendrá poderes directos de supervisión y ejecución -similares a los que tiene en los procedimientos antimonopolio- y puede, en los casos más graves, imponer multas de hasta el 6% de la facturación global anual.


El mecanismo de aplicación no se limita únicamente a las multas. El Coordinador de Servicios Digitales y la Comisión pueden requerir acciones inmediatas si es necesario para abordar daños muy graves, a saber:

- cualquier restricción de la visibilidad de los elementos de información concretos facilitados por el destinatario del servicio, incluida la eliminación de contenidos, el bloqueo del acceso a estos o su relegación;
- la suspensión, cesación u otra restricción de los pagos monetarios;
- la suspensión o cesación total o parcial de la prestación del servicio;
- la suspensión o supresión de la cuenta del destinatario del servicio.

11. Conclusiones

Considerando lo anterior, ¿en qué situación quedan los sujetos afectados por la DSA?

- Se requerirá a **todos los intermediarios**, excepto los más pequeños, que ofrezcan información clara sobre las vías de recurso disponibles para el usuario, como mecanismos internos de gestión de reclamaciones y mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios; cooperen con alertadores fiables; tomen medidas contra notificaciones de abuso o contenido ilícito; comprueben la identificación de terceros; y proporcionen transparencia de la publicidad en línea para el usuario.
- Las **plataformas en línea y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño** tendrán que cumplir con obligaciones adicionales de gestión de riesgos y auditoría externa, ofreciendo una mayor transparencia en sus sistemas de recomendación para acceder a la información, así como compartir datos con autoridades e investigadores.



Una alianza comercial puede infringir la Ley de la Cadena Alimentaria por uso de información sensible sin consentimiento de los afectados

Victoria Vilar y Candela Villa
Corporate / M&A | Post jurídico

La sentencia 853/2022 de 20 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona estima un recurso de apelación determinando que la información empresarial compartida en relación con la adquisición y explotación de un complejo hotelero sujeta a un pacto de confidencialidad reúne los requisitos legales para ser considerada secreto empresarial. Su utilización para un fin distinto del pactado (la presentación de ofertas para la explotación del complejo hotelero) constituye una conducta desleal por violación de secretos empresariales.

La sociedad demandante pretendía adquirir los activos que conformaban un complejo hotelero y las participaciones sociales de la sociedad que explotaba el complejo. A tal efecto, encomendó a una consultora la realización de una *due diligence* sobre los activos y el negocio hotelero y la búsqueda de un operador que los gestionase.

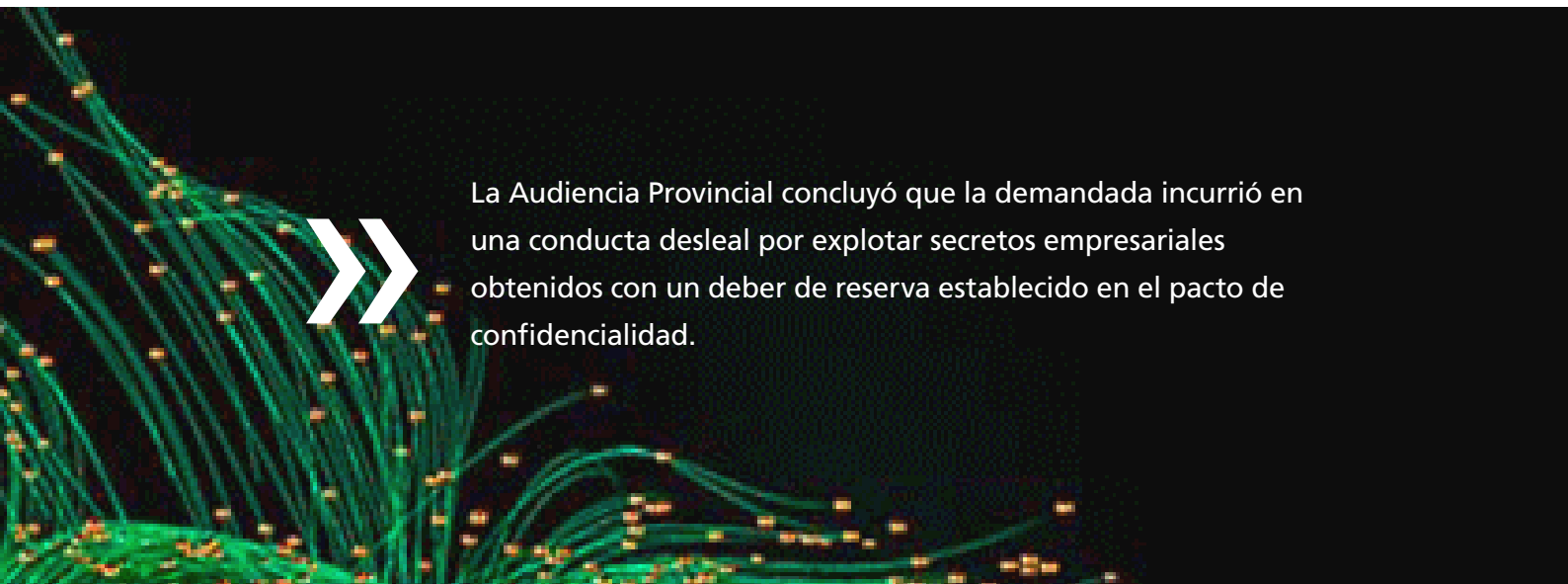
En el curso de su encargo, la consultora firmó un pacto de confidencialidad con el operador elegido (y parte demandada) que obligaba a la demandada a tratar la información facilitada por la consultora de forma estrictamente confidencial y a utilizarla con el único fin de evaluar la presentación a la demandante de una oferta comercial para la explotación del complejo hotelero. La

información compartida incluía, entre otros, informes de valoración, el plan de negocio elaborado por la consultora y datos profesionales y salariales de los trabajadores.

La operación proyectada por la demandante se frustró cuando una entidad vinculada a la demandada adquirió la totalidad del capital social de la sociedad que explotaba el complejo hotelero. En este escenario, la actora interpuso una demanda por explotación de secretos empresariales y vulneración del pacto de confidencialidad contra la demandada. Alegaba que la demandada había hecho un uso ilegítimo de la información suministrada al amparo del pacto de confidencialidad, al haberla utilizado en su propio beneficio y reclamaba una indemnización por daños y perjuicios. La demanda fue desestimada y la demandante decidió recurrir la sentencia.

Para resolver el recurso, la Audiencia Provincial acude al concepto de secreto empresarial de la Ley de Secretos Empresariales ("LSE"), aunque no estaba en vigor cuando se produjeron los hechos y a pesar de que, como regla general, la ley no puede aplicarse retroactivamente si con ello se perjudican los derechos de las partes involucradas. No obstante, para el tribunal resulta lógico aplicar la LSE en este supuesto, por entender que viene a cubrir un vacío legal –hasta entonces la legislación española no definía secreto empresarial– y que no contradice la interpretación de secreto empresarial que se venía realizando, vinculada al concepto de información no divulgada.

La Audiencia Provincial determina que la información compartida con la demandada cumple con los presu-



La Audiencia Provincial concluyó que la demandada incurrió en una conducta desleal por explotar secretos empresariales obtenidos con un deber de reserva establecido en el pacto de confidencialidad.

puestos para ser considerada secreto empresarial de acuerdo con la LSE, esto es, ser secreta, tener valor empresarial precisamente por ser secreta y haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerla en secreto.

En este sentido, el tribunal resuelve que la información compartida tenía carácter reservado o secreto, dado que solo estuvo a disposición de la demandada después de firmar el pacto de confidencialidad, no estando, por tanto, a disposición de cualquier operador hotelero.

Por otra parte, la Audiencia confirma que la información tenía valor empresarial, era completa y valiosa, pues permitió a la demandada elaborar su propio plan de negocio y dos ofertas para la explotación del hotel.

Asimismo, el tribunal entiende que la firma del pacto de confidencialidad entre la demandada y la consultora – que cedió su posición contractual a la demandante– es una medida razonable para proteger y preservar el carácter secreto de la información.

Confirmado el carácter de secreto empresarial de la información obtenida por la demandada, el tribunal acude al artículo 3.2 de la LSE (encuadrable bajo el concepto de explotación de secretos empresariales del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal), que considera ilícita la utilización de secretos empresariales sin consentimiento de su titular por quien incumple un acuerdo de confidencialidad que limite la utilización del secreto empresarial.

Así, la Audiencia Provincial concluye que la demandada incurrió en una conducta desleal por explotar secretos

empresariales (la información empresarial recibida) obtenidos con un deber de reserva establecido en el pacto de confidencialidad –por tanto, en vulneración de este– para realizar una oferta para comprar la totalidad del capital social de la sociedad que explotaba el complejo hotelero y que la demandante pretendía adquirir. En consecuencia, condena a la demandada al pago a la demandante de una indemnización por los daños y perjuicios causados por la pérdida del negocio de explotación del hotel, incluyendo el lucro cesante y los gastos de asesoramiento incurridos por la demandante.

La preclusión y el efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en un procedimiento ejecutivo sobre un procedimiento declarativo posterior

Elisa Martín y Estefanía Mariño
Procesal y Arbitraje | Post jurídico

El Tribunal Supremo aclara la doctrina jurisprudencial sobre el efecto de cosa juzgada en el ámbito de la oposición formulada en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales y de un eventual juicio declarativo posterior.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia número 649/2022, de 6 de octubre, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de alegar en un procedimiento declarativo la nulidad del documento objeto de una ejecución de título no judicial, cuando en el procedimiento de ejecución previo no se había formulado oposición al respecto.

El hecho relevante que dio origen a este litigio fue el otorgamiento de una escritura de reconocimiento de deuda, constitución de hipoteca unilateral y afianzamiento, en la que la sociedad recurrente actuaba como garante hipotecaria y fiadora personal de la deuda reconocida a favor de una entidad bancaria.

Ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la operación de refinanciación, la acreedora y beneficiaria de la garantía interpuso una demanda de ejecución de títulos no judiciales frente a los prestatarios y la sociedad garante. La sociedad garante no formuló oposición a la ejecución.

Sin embargo, en fecha posterior, la sociedad garante presentó demanda de juicio ordinario solicitando la declaración de nulidad de la hipoteca y de la fianza por falta de consentimiento en su constitución, derivada de

que el poder de representación en favor de la persona que ejecutó el negocio jurídico en nombre de la sociedad había sido revocado años antes y, además, esta persona se encontraba inhabilitada para la administración de bienes ajenos por sentencia judicial firme. La entidad bancaria demandada se opuso alegando como motivo principal preclusión y cosa juzgada, ya que en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales la sociedad garante no había formulado causa de oposición alguna.

Como idea general que trae a colación la Sentencia, es preciso recordar que la preclusión, tal y como recientemente ha establecido la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 331/2022, de 27 de abril, se justifica en la medida en que *"no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo ni promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo"*.

A juicio de la sociedad garante, recurrente ante el Tribunal Supremo, no se podían generar los efectos de cosa juzgada a partir de una resolución dictada en un procedimiento ejecutivo en el que no se contemplaba un cauce oportuno que permitiese la alegación de la nulidad absoluta del título ejecutivo no judicial y, por consiguiente, el ejercicio de la acción de nulidad quedaba reservado, en todo caso, al correspondiente procedimiento declarativo.

El Tribunal Supremo, tras realizar un análisis exhaustivo de la normativa aplicable en sede de oposición a la ejecución de títulos no judiciales y de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la preclusión y el efecto de



La Sentencia resulta muy ilustrativa gracias a la claridad con la que el Tribunal Supremo interpreta el alcance de la preclusión y el efecto de cosa juzgada

cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en un procedimiento ejecutivo sobre un procedimiento declarativo posterior, señaló que la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determina la improcedencia de un ulterior procedimiento declarativo en el que se pretenda la ineficacia del procedimiento de ejecución previo.

En línea con lo anterior, la cuestión determinante en este caso radicaba en si la causa de pedir que la sociedad garante invocaba en apoyo de su pretensión podía o no haberla formulado como causa de oposición en el procedimiento de ejecución previo. El Tribunal Supremo resolvió que la oposición del ejecutado por la causa esgrimida en el procedimiento declarativo posterior se encontraba claramente autorizada por el artículo 559.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que incluye aquellas causas de oposición que afectan a la propia existencia o nacimiento de la obligación, o las relacionadas con su liquidez, vencimiento y exigibilidad que se deriven del propio título de la ejecución. Sobre la base de este razonamiento, el órgano judicial consideró que la causa alegada en el procedimiento declarativo podía haber sido perfectamente alegada en el procedimiento de ejecución previo.

La aplicación de esta doctrina al caso objeto de autos condujo al Alto Tribunal a desestimar el recurso de la sociedad garante. Los razonamientos que motivaron esta decisión pueden ser compendiados de la siguiente manera:

1. Resulta patente que la alegación de la nulidad del negocio jurídico suscrito afectaba al nacimiento y exigibilidad de las obligaciones que de esa fianza pudieran

surgir a cargo de la sociedad. Siendo esto así, la causa invocada en el procedimiento declarativo (falta de representación) pudo haber sido opuesta y acreditada en el seno del propio procedimiento ejecutivo, lo que no hizo la sociedad recurrente.

2. El procedimiento de ejecución seguido no fue el especial o directo sobre bienes hipotecados (ejecución hipotecaria), en el que se limita el ámbito de oposición a la ejecución, sino que se trató de un procedimiento ejecutivo ordinario en el que sí cabía alegar como causa de oposición la falta de nacimiento de la obligación. Además, la Sentencia apela también a la jurisprudencia constitucional, según la cual, en los procedimientos ejecutivos no resulta admisible una interpretación excesivamente rigorista o formalista de las causas de oposición.

La Sentencia resulta muy ilustrativa gracias a la claridad con la que el Tribunal Supremo interpreta el alcance de la preclusión y el efecto de cosa juzgada. La síntesis es que la falta de oposición del ejecutado en el momento procesal oportuno determina la imposibilidad de promover un ulterior juicio declarativo pretendiendo la ineficacia del procedimiento ejecutivo previo.

Límites al acceso a los dispositivos electrónicos de un trabajador

Enrique Remón y Rocío Rodríguez
Procesal y Arbitraje | Post jurídico

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 817/2022, de 14 de octubre, recuerda que el empresario puede acceder a los dispositivos electrónicos de un trabajador siempre y cuando concurren determinadas circunstancias.

La resolución aludida resuelve los recursos de casación interpuestos frente a una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, que en el marco de un procedimiento por delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal, falsedad en documento mercantil y delitos contra la Hacienda Pública, declaró nula la prueba extraída del ordenador de un trabajador y, por consiguiente, vulnerado su derecho fundamental a la intimidad.

En este caso, la empresa, tras haber tenido conocimiento de que su director general se habría apropiado indebidamente de dinero corporativo, procedió a despedir a dicho trabajador y a examinar los contenidos del ordenador que éste utilizaba para el desarrollo de su actividad profesional, lo que efectivamente permitió constatar la actividad fraudulenta de dicho trabajador, así como la participación de otras personas en los hechos.

A pesar de ello, la Audiencia Provincial de Madrid decidió absolver a los acusados de los delitos que se les imputaban sin ni siquiera entrar a conocer del fondo del asunto, ya que consideró nula la prueba derivada del examen del ordenador del trabajador por estimar que el empresario había accedido al disco duro sin su consentimiento, cuando éste ya estaba fuera de la empresa y sin que se hubie-

ra advertido al mismo de que iban a proceder a su control.

Pero no solo eso, sino que, con base en la conocida como la teoría de “los frutos del árbol envenenado” (que implica que cualquier prueba que pudiera estar relacionada, directa o indirectamente, con una prueba nula, deba considerarse también nula), la Audiencia Provincial declaró nulas todas las otras pruebas practicadas en el procedimiento, a pesar de que éstas no tuvieran nada que ver con el ordenador examinado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo anula la sentencia de instancia al considerar que la conclusión de la Audiencia Provincial de Madrid resulta arbitraria y carente de motivación, no solo porque las partes recurrentes desconocen igualmente las razones por las que se ha prescindido del resto de la abundante prueba de cargo practicada en el plenario –independiente del examen de los documentos extraídos del ordenador del acusado–, sino también porque el examen de dicho ordenador se llevó a cabo dentro de los límites establecidos por la jurisprudencia para ello, no pudiendo, por tanto, considerarse nulo.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo –de conformidad con su propia doctrina materializada en la resolución 489/2018 de 23 de octubre– recuerda que no existe obstáculo alguno para el control empresarial de los correos electrónicos de un trabajador siempre y cuando se respeten ciertos límites, limitaciones derivadas todas ellas de la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Barbulescu II* (núm. 2017/61 de fecha 5 de septiembre de 2017).

En esa línea, el Tribunal Supremo razona que el primer



El Tribunal Supremo concluye que, si se respetan los tres límites comentados, será legítima la intromisión del empresario en los dispositivos electrónicos puestos a disposición de los trabajadores y lícita la prueba obtenida de tal actuación.

límite establecido para acceder a los correos electrónicos **es el conocimiento previo por parte del trabajador de la existencia de una expresa advertencia de que el uso del ordenador debe limitarse estrictamente a tareas profesionales.** Además, resulta preciso que concurra una **cláusula conocida tanto por el empresario como por el trabajador autorizando a la empresa a llevar a efecto el control de los medios informáticos** o al menos el consentimiento previo para ello de quién venía usando de forma exclusiva el ordenador.

El segundo límite es la **adecuación de la conducta empresarial a las exigencias del principio de proporcionalidad, debiendo resultar la medida de acceso necesaria, adecuada y menos invasiva de las plausibles.** En este extremo, la investigación de un presunto delito de apropiación indebida o estafa en el que el empresario resulte perjudicado debiera resultar suficiente para justificar la proporcionalidad exigida.

Por último, es necesario que concurra un **indicio que ampare la sospecha de que se está produciendo alguna conducta ilícita** del trabajador que justifique el control patronal.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que, si estos tres límites se respetan, será legítima la intromisión del empresario en los dispositivos electrónicos puestos a disposición de los trabajadores y lícita la prueba obtenida de tal actuación, al no haberse obtenido vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador investigado.

Y esto es lo que se concluye en el caso examinado, en el que, no solo existía conocimiento por parte de la empre-

sa de las prácticas fraudulentas que estaba llevando a cabo el trabajador, circunstancia que colma las exigencias del principio de proporcionalidad, sino que en la empresa estaba vigente una política interna sobre sistemas que incluía una prohibición clara y explícita sobre la prohibición de usar los dispositivos electrónicos para usos extra-profesionales, lo que no permite asumir que existiera expectativa alguna de privacidad respecto de dicho uso, impidiendo considerar vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador.

El Tribunal Constitucional declara contrario al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas el señalamiento excesivamente tardío de litigios sin complejidad

Livia Domingo
Procesal y Arbitraje | Post jurídico

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, (en adelante el “TC”) en una reciente sentencia (STC número 125/2022, de 10 de octubre) declara que la demora en el señalamiento de un litigio que carece de especial complejidad, pero supone un gran impacto en el recurrente, puede generar una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, estrechamente vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva.

El pasado 13 de julio de 2021, el Juzgado de lo Social número 11 de Sevilla, admitió a trámite una demanda presentada en fecha 24 de junio de 2021 en reclamación de indemnización de un profesor contra una universidad, señalando fecha para conciliación previa y el acto del juicio el 7 de noviembre de 2024, esto es, tres años y casi cinco meses después. Tras los rechazos del juzgado a cambiar la fecha del juicio a pesar de los recursos interpuestos por el demandante, éste interpuso el recurso de amparo contra la resolución del Juzgado de lo Social de Sevilla por vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 de la Constitución Española).

El TC ha dictado sentencia estimando el recurso de amparo promovido, declarando que la demora en la fijación

de la fecha señalada para el juicio impide al demandante obtener una resolución en plazo razonable y por lo tanto es constitutiva de una dilación indebida, vulnerándose el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y ha ordenado al Juzgado que proceda a un nuevo señalamiento que no lesione el mencionado derecho fundamental.

En la sentencia, el TC, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹ (en adelante, “TEDH”), para poder determinar si se ha producido la vulneración denunciada procede a analizar una serie de requisitos que se enumeran a continuación junto con la valoración llevada a cabo en cada uno ante el supuesto concreto:

La complejidad del asunto, tanto jurídica como puramente fáctica. En este caso concreto, el TC señala que el objeto del litigio planteado carece de especial complejidad, por lo que “no parece razonable que su señalamiento y resolución se difieran en el tiempo en unos plazos tan extraordinariamente dilatados”.

Lo que arriesga el recurrente en el proceso o la importancia del litigio para el interesado. En este sentido, deben considerarse las consecuencias concretas de la dilación para el afectado. El TC señala que la resolución del litigio “puede tener un impacto muy significativo en la vida laboral del recurrente, quien puede quedar en situación de desempleo”.

El comportamiento del recurrente, valorándose la actitud y diligencia de las partes. El TC valora que el demandado, previamente a la interposición del recurso de amparo,

¹ Isabel Perello Domenech artículo “Sobre el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en la Revista Jueces para la Democracia, ISSN 1133-0627, N° 39, 2000, págs. 16-26



El TC concluye que, como consecuencia del señalamiento para conciliación previa y el acto del juicio el 7 de noviembre de 2024 tres años y casi cinco meses después de la interposición de la demanda, el proceso judicial incurría en dilaciones indebidas.

formuló recurso de reposición y recurso de revisión manifestando la vulneración del derecho fundamental y solicitando un nuevo señalamiento. Ambos recursos fueron desestimados por el Juzgado de lo Social número 11 de Sevilla. Así, el TC entiende que el uso de los instrumentos procesales que la parte demandada tenía a su disposición para anticipar el señalamiento pone de manifiesto una actitud diligente que no ha causado ninguna dilación indebida en el procedimiento.

Por último, se valora la conducta de las autoridades nacionales. Se entiende que existe responsabilidad del Estado cuando el comportamiento de los tribunales no ha sido el adecuado. En este sentido, es interesante resaltar que el TEDH ha afirmado que la carga excesiva de trabajo que soportan los Tribunales puede justificar el retraso si tal situación tiene un carácter excepcional y transitorio, pero no cuando se trata de una deficiencia estructural del sistema judicial. En este caso concreto, el TC ha determinado que el lapso temporal entre la presentación de la demanda y el señalamiento del juicio excede de los tiempos medios estimados de duración de los procedimientos judiciales por asuntos equivalentes en Juzgados del orden Social. Según los datos estadísticos del Consejo General del Poder Judicial en el año 2021 el tiempo medio a nivel nacional se situaba en 14,5 meses.

En suma, el TC concluye que, como consecuencia del señalamiento para conciliación previa y el acto del juicio el 7 de noviembre de 2024 tres años y casi cinco meses después de la interposición de la demanda, el proceso judicial incurre en dilaciones indebidas. No obstante, es

conveniente resaltar que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado, por lo que es necesaria la valoración de los diversos elementos que concurren en cada caso concreto.

Por último, resulta interesante mencionar la reflexión que hace el Tribunal en el fundamento jurídico segundo, relativa a eventual carencia sobrevenida de objeto del recurso de amparo cuando el Juzgado adelantó la fecha del señalamiento al conocer de la interposición del recurso de amparo por el demandante.

En estos casos, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de manifestarse² indicando que el adelanto del señalamiento por el órgano judicial no trae consigo el decaimiento del recurso de amparo por carencia sobrevenida del objeto, pues la dilación indebida no puede considerarse reparada mediante una actuación tardía del tribunal. Añade, además, que el recurso de amparo podría en esos casos, quedar desnaturalizado convirtiéndose en un instrumento coactivo y no reparador de las lesiones de los derechos fundamentales.

Así, el TC se ha pronunciado en múltiples resoluciones sobre el contenido de este derecho siguiendo el criterio expuesto del TEDH, y lo cierto es que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que contempla el artículo 24.2 de la Constitución Española es un derecho fundamental cuyo reconocimiento por parte de los tribunales tiene una especial importancia, porque una justicia tardía puede equivaler, en ciertos casos, a la denegación de justicia.

² Doctrina reiterada en SSTC 58/2014, 99/2014 y 87/2015.

La administración puede renunciar al contrato por razones de interés público no sobrevenidas

María Torres

Derecho Público y Sectores Regulados | Post jurídico

El Tribunal Supremo ha establecido mediante Sentencia de 9 de junio de 2022 que el órgano de contratación puede renunciar a la celebración del contrato con anterioridad a su adjudicación por razones de interés público, que no necesariamente han de ser sobrevenidas al procedimiento de licitación, toda vez que lo determinante es que tales razones persistan antes de la culminación del procedimiento de adjudicación del contrato.

La Sentencia trae causa de un procedimiento de contratación pública, en el que el órgano de contratación acordó, antes de la adjudicación y tras la propuesta de la mesa a favor del recurrente, renunciar a la licitación de un contrato de enajenación de determinadas parcelas, con base en un informe emitido por los servicios jurídicos del Ayuntamiento en cuestión, que establecía que la enajenación de las parcelas, según se infería de los pliegos, no salvaguardaba el fin social del patrimonio municipal del suelo, determinando ello la vulneración del artículo 52 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y los artículos 173 y 176 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

En este contexto, el Tribunal Supremo centra el debate en la determinación de si la renuncia a la celebración del contrato contemplada en el artículo 155 del entonces vi-

gente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy, artículo 152 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), viene condicionada únicamente a que concurran razones de interés público debidamente justificadas en el expediente o si ha de concurrir además el requisito de que dichas razones sean exógenas al procedimiento y tengan carácter sobrevenido.

Frente al planteamiento del recurrente, que argumentaba que sólo mediante la exigencia de que la razón de interés público sea sobrevenida es posible garantizar que la renuncia a contratar no dependa de la voluntad del órgano de contratación y de razones de oportunidad ajenas al procedimiento de licitación, el Tribunal Supremo afirma que la finalidad que persigue el ejercicio de la facultad de renuncia por la Administración es impedir que se perfeccione el contrato con el licitador seleccionado cuando resulte patente que su culminación puede ser contraria al interés público.

Subraya así la Sala que la decisión de renuncia no puede ser calificada como arbitraria en el caso concreto, por venir fundamentada en el informe de los servicios jurídicos, que establecía que la enajenación de las parcelas, según se colegía de los pliegos, no salvaguardaba el fin social del patrimonio municipal de suelo.

El Tribunal Supremo considera en efecto constatado que el acuerdo de renuncia respondía a estrictas razones de interés público, justificadas de forma objetiva en el expe-



El Alto Tribunal ha establecido como doctrina esencial que la renuncia a la celebración del contrato acordada por el órgano de contratación con anterioridad a la adjudicación del contrato, debe ampararse en razones de interés público debidamente justificadas en el expediente.

diente, en la medida en que la disposición de los citados bienes inmuebles integrados en el patrimonio público del suelo se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico, pero sin merma del patrimonio.

Por ello, para evitar ese perjuicio -derivado tanto de la fijación del precio máximo de repercusión de las parcelas como de la simple limitación del precio máximo de venta de las viviendas que fueran construidas por la empresa promotora que resultase adjudicataria-, era procedente que el órgano de contratación renunciase al contrato, a la vista del informe de los servicios jurídicos, habida cuenta que no quedaba garantizado el fin social al que está sometido el patrimonio público del suelo ni el interés general relativo a que se produzcan tensiones especulativas en el mercado de la vivienda que pudieran dificultar el derecho de acceso a la vivienda en los términos del artículo 47 de la Constitución Española.

La Sentencia destaca que, si bien el Ayuntamiento pudo haber iniciado el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos o anulables, en relación con la convocatoria del contrato, por considerar que los pliegos incluían previsiones contrarias a Derecho, ello no obsta a que, sin infringir el principio de seguridad jurídica ni el principio de buena administración, pudiera ejercer la facultad de renuncia al procedimiento de adjudicación.

A este respecto, destaca el Alto Tribunal que lo determinante es que las razones de interés público invocadas en los acuerdos de renuncia persistían en el momento en que se adoptaron tales acuerdos.

El Alto Tribunal ha venido de este modo a establecer como doctrina esencial que la renuncia a la celebración del contrato acordada por el órgano de contratación con anterioridad a la adjudicación del contrato, debe ampararse en razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, sin que resulte necesario que las razones invocadas tengan carácter sobrevenido o exógeno al propio procedimiento de licitación, en la medida en que lo determinante es que dichas razones de interés público persistan antes de la culminación del procedimiento de adjudicación.

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información:

cms-asl@cms-asl.com | cms.law



Twitter



Linkedin



cms.law

CMS Law-Now™

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

cms-lawnow.com

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico o profesional.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es miembro de la organización internacional de despachos independientes CMS. Cada una de sus firmas miembro son entidades separadas y legalmente distintas, y ninguna de ellas tiene autoridad para obligar a otra. CMS y cada una de las firmas miembro son responsables únicamente de sus propios actos u omisiones y no de los de los demás. La marca "CMS" y el término "firma" se utilizan para referirse a algunas o todas las firmas miembro o a sus oficinas.

Oficinas CMS:

Aberdeen, Abu Dabi, Amberes, Ámsterdam, Argel, Barcelona, Beirut, Belgrado, Bergen, Berlín, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruselas, Bucarest, Budapest, Casablanca, Ciudad de México, Colonia, Cúcuta, Dubái, Düsseldorf, Edimburgo, Estambul, Estrasburgo, Frankfurt, Funchal, Ginebra, Glasgow, Hamburgo, Hong Kong, Johannesburgo, Kiev, Leipzig, Lima, Lisboa, Liubliana, Liverpool, Londres, Luanda, Luxemburgo, Lyon, Madrid, Manchester, Mascate, Milán, Mónaco, Mombasa, Múnich, Nairobi, Oslo, París, Pekín, Podgorica, Poznan, Praga, Reading, Río de Janeiro, Roma, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopie, Sofía, Stavanger, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Varsovia, Viena, Zagreb y Zürich.

cms.law

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

