

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

may/

/2023

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

may/

/2023

Revista Jurídica Pérez-Llorca

NÚM. 9

MAYO
MADRID

2023

Revista Jurídica Pérez-Llorca

Consejo Editorial

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Consejo de Redacción

Marisa Delgado Arrabal

Sara Bento San Román

Alba Díaz Suárez

Isabel Iglesias Feal

Mariana Muñoz Ceschini

índice/

Artículo 20

Por los derechos económicos y sociales de las personas refugiadas **12**

Estudios

Hacia el trabajo del futuro: inteligencia artificial,
derechos digitales y potestades empresariales **18**

Presente y futuro del procedimiento de
revocación en materia tributaria **44**

Diez años desde la llegada del primer escrito preventivo a España:
la defensa anticipada frente a una posible solicitud de medidas
cautelares *inaudita parte* en los procedimientos de infracción de
derechos de propiedad industrial **64**

The background of the page features a soft, out-of-focus image of white flowers, likely cherry blossoms, with visible stamens and petals. The flowers are positioned on the left side, with some in sharp focus and others blurred in the background.

Problemas y cuestiones

Declaradas nulas por abusivas varias cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda	98
Reparto forzoso de dividendos: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023	110

Artículo 20

El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 recoge y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión. En esta sección de la Revista Jurídica Pérez-Llorca tienen cabida tribunas de figuras públicas de renombre abiertas a diferentes puntos de vista, con la premisa de ofrecer un espacio a opiniones diversas bajo este artículo 20.



Por los derechos económicos y sociales de las personas refugiadas

Introducción

Vivimos ciertamente en una época de fragilidad e incertidumbre, siendo uno de los síntomas más visibles los desplazamientos forzados de población. El interminable conflicto en Siria ha expulsado a cerca de siete millones de sirios fuera de sus fronteras. Más recientemente, Europa ha recibido a más de ocho millones de personas refugiadas que han huido de la guerra en Ucrania. Hay en este momento 103 millones de personas desplazadas de manera forzosa en el mundo, de acuerdo con los datos de los que disponemos en ACNUR, incluyendo a 53,2 millones de desplazados internos y 32,5 millones de refugiados.

Las crisis humanitarias en Siria y Ucrania han puesto, en los últimos años, a los refugiados en el centro de la atención mediática y política en Europa. Sin embargo, el 83% de las personas refugiadas viven en países de ingresos bajos y medios, lejos de las fronteras europeas. A finales de 2020, 8,4 millones de refugiados llevaban más de cinco años en el exilio. Para ofrecer una protección no solo física y jurídica, sino también un modelo que garantice soluciones sostenibles, son clave los derechos socioeconómicos previstos por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y por su Protocolo de 1967.

El acceso efectivo requiere de políticas públicas eficaces y la involucración activa de la sociedad civil para que, más allá del acceso al asilo, las personas refugiadas puedan desarrollar sus proyectos de vida en condiciones dignas, y estén en disposición de contribuir al desarrollo de su sociedad de acogida

Marco jurídico

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en diciembre de 2018 el Pacto Mundial sobre los Refugiados. El Pacto pone el énfasis en aumentar la autosuficiencia de los refugiados, así como en su inclusión en los sistemas nacionales de protección social, los servicios de educación y salud, así como en su acceso al empleo. Diversos estudios del Banco Mundial destacan el impacto positivo de la inclusión de las personas refugiadas en las economías de las sociedades de acogida, tanto en las estructuras productivas y los equilibrios del mercado de trabajo, como en la fiscalidad a largo plazo¹. El Pacto

Mundial apoya enfáticamente el enfoque de alianzas, que emplaza a involucrar activamente a los municipios, la sociedad civil o el sector privado, además de los Gobiernos nacionales; esto resulta hoy fundamental para asegurar resultados que beneficien tanto a las comunidades refugiadas como a aquellas que acogen.

En los países de ingresos medios o bajos, que acogen a la gran mayoría de las personas refugiadas, la inclusión económica, social y cultural garantiza además que los recursos de la cooperación internacional beneficien también a la población local. Este enfoque refuerza la paz social y contribuye a la prevención de nuevos flujos de refugiados.

Los marcos jurídicos internacionales, regionales y nacional afirman de manera explícita los derechos económicos y sociales de los refugiados, incluyendo la promoción de su inclusión sociocultural y económica. La Convención de Ginebra de 1951, piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados, recoge específicamente un amplio abanico de derechos, como el derecho de asociación, el derecho a trabajar por cuenta propia, el ejercicio de profesiones liberales, el acceso a la vivienda, o el acceso a la educación.

En el marco europeo, la Comisión ha expresado que la integración y la inclusión son fundamentales para las personas que llegan a Europa, así como para la estabilidad de las economías europeas. La Directiva de Condiciones de Recepción de 2013 ya detallaba algunos derechos fundamentales de relevancia directa para la integración socioeconómica, como es el acceso al mercado de trabajo, contemplando como periodo máximo de exclusión los nueve meses siguientes a presentación de la solicitud de asilo, o el acceso a servicios básicos de salud y educación.

En el marco jurídico nacional, la Constitución española enumera una serie de derechos, al margen del estatus jurídico, entre ellos el derecho a la dignidad de la persona, a la salud y a la educación. Por su parte, la Ley de Asilo 12/2009 hace también referencia a una serie de derechos económicos y sociales, entre ellos el acceso a los servicios públicos de empleo, la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda, la asistencia social o la formación continua, en las mismas condiciones que los nacionales españoles.

Retos y respuestas

Como en tantos otros países europeos, la inclusión socioeconómica de las personas refugiadas en España experimenta en la práctica importantes retos. En primer lugar, no puede existir la

inclusión socioeconómica sin resolver los obstáculos que impiden el acceso al asilo y a la documentación. Retrasos importantes en la tramitación, así como obstáculos para obtener el empadronamiento o abrir una cuenta bancaria impiden también el acceso efectivo a derechos económicos y sociales. Sin embargo, la experiencia positiva en la acogida desplegada tras la guerra en Ucrania demuestra que es posible proponer una respuesta más adecuada a las necesidades de las personas que llegan huyendo de la guerra y la persecución.

Además de las intervenciones del Gobierno y de la sociedad civil organizada, el sector privado y los operadores jurídicos tienen un papel particularmente relevante para facilitar el acceso a derechos de las personas refugiadas. Como ejemplo, los Colegios de Abogados de Murcia, Madrid y Almería están proporcionando, con el apoyo de ACNUR, asesoría jurídica gratuita a personas refugiadas y solicitantes de asilo, también en lo relativo a sus derechos económicos y sociales. Estamos convencidos de que el conocimiento de los propios derechos es el primer paso para su garantía efectiva. Desde ACNUR también estamos incrementado el apoyo a la constitución y el desarrollo de organizaciones y redes de apoyo lideradas por las propias personas refugiadas, ya que sirven como canales eficaces de participación y transmisión de la información. Aspiramos así a que las propias personas refugiadas puedan, de manera organizada, convertirse en garantes de derechos para su propia comunidad.

Queda, obviamente, mucho por hacer en materia de garantía de derechos económicos y sociales. El incremento de las llegadas de personas refugiadas a España desde 2015 han propiciado una verdadera explosión de iniciativas de la sociedad civil; desde el rescate en alta mar hasta el impulso de iniciativas de acogimiento familiar, el patrocinio comunitario, los programas de empleo o las becas para acceder a la educación superior. Es hora de ampliar, sostener y dar visibilidad a estas iniciativas.

Con este objetivo, ACNUR y el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, hemos convocado el próximo 20 de junio, en el marco del Día Mundial de los Refugiados, un primer Foro en España sobre los Refugiados, que servirá como evento preparatorio del Foro Mundial que se celebrará en diciembre de 2023 en Ginebra. El Foro en España movilizará compromisos concretos de la sociedad civil, las Universidades, las autoridades locales y

regionales, los despachos de abogados o las empresas privadas en las áreas de inclusión económica, educación, acogida, participación comunitaria y cooperación internacional al desarrollo. Contamos con ustedes.

1 Más información sobre los estudios realizados por el Banco Mundial en este ámbito disponible en el siguiente enlace (Accedido 27/03/2023): <https://blogs.worldbank.org/es/voces/los-beneficios-sociales-y-economicos-de-la-llegada-de-refugiados>

Sophie Muller

Representante de ACNUR en España



Estudios



Hacia el trabajo del futuro: inteligencia artificial, derechos digitales y potestades empresariales

Yolanda Valdeolivas

Of Counsel

LABORAL, COMPENSACIÓN Y BENEFICIOS

Belén López

Asesora Jurídica

I. Introducción	20
II. Inteligencia artificial y algoritmos	21
III. Poder de dirección y vigilancia en la empresa	24
1. Uso de dispositivos digitales y desconexión, grabación de imágenes y sonido y geolocalización	28
2. El control biométrico en el contexto laboral	31
IV. Riesgos y desafíos de la digitalización en el entorno laboral: la seguridad y salud en el trabajo	36
V. Hacia una gestión colectiva de la digitalización en la empresa: el papel de la negociación colectiva	38
VI. Conclusiones	40

Índice/



Resumen: Las nuevas tecnologías, potenciadas por la extensión del uso de sistemas de inteligencia artificial, están facilitando una nueva revolución industrial en las empresas, que tienen a su alcance de manera asequible y masiva un sinfín de posibilidades organizativas.

Las herramientas que los sistemas de inteligencia artificial ofrecen se muestran tan interesantes como arriesgadas desde el punto de vista de los límites del poder de dirección de la empresa sobre las personas trabajadoras. El interés por controlar el proceso productivo y el cumplimiento de los deberes contractuales con unos medios altamente sofisticados es susceptible de colisionar, en no pocas ocasiones, con derechos fundamentales, como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales.

El presente artículo aborda esta cuestión desde la perspectiva europea y española, para analizar la práctica actual de las empresas y el contexto normativo en el que las mismas han de desenvolverse, al objeto de contrastar cómo las posibilidades que la tecnología brinda al funcionamiento empresarial y a la gestión de sus recursos humanos siguen siendo infinitas en un escenario regulador aún limitado.

Abstract: New technologies boosted by the widespread use of artificial intelligence systems are enabling a new industrial revolution within companies, which have endless organisational possibilities at their disposal.

Artificial intelligence systems offer several tools that are both interesting and risky regarding the limits of a company's managerial power over its employees. Controlling the production process and the fulfilment of contractual duties with highly sophisticated technology often clashes with fundamental rights, such as privacy, the confidentiality of communications and data protection.

This paper addresses this issue from a European and Spanish perspective, in order to analyse both the current practices of companies and their regulatory context, and to show that the possibilities offered by technology to business operations and the management of human resources are infinite but are constrained by a limited regulatory framework.



Palabras clave: Derecho del Trabajo; inteligencia artificial; algoritmos; datos personales; derechos digitales; poder de dirección; control biométrico.

Keywords: Employment Law; artificial intelligence; algorithms; personal data; digital rights; management power; biometric control.

Hacia el trabajo del futuro: inteligencia artificial, derechos digitales y potestades empresariales

I. Introducción

Las máquinas han sido, son y seguirán siendo el instrumento que permite a las empresas organizar las estructuras productivas y distribuir a la plantilla desde la perspectiva de la maximización de los rendimientos y, con ello, de los beneficios, en un proceso imparables desde la primera revolución industrial. Ahora, esas máquinas son robots, bots o dispositivos digitales dirigidos no solo a optimizar la producción sino a incrementar el propio control de la actividad laboral, lo que extiende los poderes directivos del empresario y hace más sensibles los derechos laborales, que cobran una nueva dimensión, en un nuevo escenario de búsqueda de equilibrio de intereses que pueden confrontar.

En concreto, de esa imparables irrupción de la digitalización dio cuenta en octubre de 2020 el Foro Económico Mundial, haciendo públicos los datos, verdaderamente esclarecedores, resultantes de la Encuesta sobre el Futuro del Trabajo. Así, ante el impacto de las nuevas tecnologías, las empresas encuestadas indican que buscan transformar la composición de su cadena de valor (55%), introducir una mayor automatización para reducir la fuerza laboral actual (43%) o expandirla como resultado de una integración tecnológica más profunda (34%), así como, en fin, ampliar el número de contratistas para trabajos especializados en determinadas tareas (41%)¹.

Pese a generar *a priori* cierta alarma por el ritmo al que desaparecerán algunos empleos, que se incrementa a causa de las escandalosas cifras de despido que recientemente han acometido las grandes empresas tecnológicas², se abren un sinfín de posibilidades que, a no dudar, estriban en el cambio de los modelos de negocio y de la forma de realizar tareas y trabajos³, hasta llegar a diluir, en ocasiones, las propias fronteras entre lo laboral y lo extralaboral, porque las tecnologías invaden todos los ámbitos de la vida. En esta línea, recientemente hemos podido comprobar que herramientas como Chat GPT –cuya cesación en el tratamiento de datos personales ha sido recientemente ordenada en Italia⁴ - o Dall-E, de la compañía OpenAI, o el chat de Bing se han instalado con naturalidad en nuestro entorno, alterando de paso nuestro modo de relacionarnos con el empleo. Igualmente, una herramienta tan asentada como los sistemas biométricos, que muchas compañías han implantado tanto por razones de seguridad como de registro de la jornada de su personal, es ya el sistema preferido para controlar el acceso de personas a las dependencias de la empresa, por su capacidad de recopilación de datos e identificación y verificación de sujetos⁵.

Aunque *grasso modo* hayamos destacado las bondades de estos medios, lo cierto es que también comportan una serie de desafíos, crecientemente complejos, que deben abordarse por los operadores jurídicos teniendo en cuenta, junto a su enorme utilidad, su efectivo funcionamiento y, de manera menos obvia, su alta potencialidad lesiva

1 FORO ECONÓMICO MUNDIAL, *The Future of Jobs Report 2020*, World Economic Forum.

2 CORRALES, R., "Ranking de despidos en las empresas tecnológicas (2022-2023)", *Business Insider España*, 21.01.2023.

3 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones del Plan coordinado sobre la inteligencia artificial, [COM(2018)795 final], Bruselas, 07.12.2018, apartado 2.4.

4 Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Provvedimento del 30 marzo 2023 [9870832]*, Garante Privacy, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832>.

5 LARSON, T., "What is a Biometric Access Control System?", *LinkedIn*, 12.04.2022.

de derechos e intereses⁶. Esta preocupación se refleja claramente en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, de 23 de enero de 2023, que afirma que “[l]a transformación digital no debe implicar un retroceso en los derechos. Lo que es ilegal fuera de línea, es ilegal en línea”⁷.

Son cambios recién llegados, pero que exigen una transición justa del sistema laboral a la economía y empleo digitales, apoyada en derechos laborales y un nivel de dignidad individual y socialmente aceptable. Ello exige neutralizar los riesgos sociales que implica la digitalización y sus inherentes disrupciones en el mercado laboral, como son la intensificación y aceleración de los ritmos de trabajo y subsiguiente aparición de riesgos psicosociales asociados a la dislocación del tiempo o lugar de trabajo, la afectación a la conciliación de vida laboral y personal, con crecientes requerimientos en términos de disponibilidad y flexibilidad, así como riesgos sobre la intimidad y privacidad que se ven agudizados por la existencia de recursos digitales asequibles y masivos al servicio del seguimiento y control del trabajo en las empresas.

El presente artículo trata estas poliédricas cuestiones desde una doble perspectiva, práctica y jurídica. Tras una primera aproximación a los conceptos de “algoritmo” e “inteligencia artificial” (“IA”), se abordará el cambio de paradigma en las potestades empresariales que está suponiendo la irrupción de estas nuevas herramientas. Cambio que se manifiesta con mayor intensidad en la sofisticación alcanzada por los sistemas digitales de control del trabajo en el contexto empresarial, en el que juegan un papel destacado los dispositivos biométricos, merecedores de un tratamiento singular que justifica su especial atención en lo que sigue, por su mayor capacidad intrusiva en los derechos de las personas trabajadoras. Se abordarán, igualmente, los riesgos y retos que la digitalización supone en el seno de las empresas en su condición de empleadoras, con especial mención a la salud y prevención de riesgos laborales capaz de verse afectados. Por último, se propondrá un mayor papel de la autonomía colectiva, para hacer a su vez un repaso de algunos convenios colectivos, sectoriales y de empresa, que recientemente han abordado el tratamiento de estas tecnologías y de los derechos digitales que pueden servir de referencia en el nuevo tablero.

II. Inteligencia artificial y algoritmos

Un algoritmo es un “conjunto ordenado y finito de operaciones o reglas que permite hallar la solución de un problema, que puede implementarse o no a través de programas informáticos”⁸. La doctrina caracteriza comúnmente los algoritmos como funciones matemáticas⁹, que constan de tres partes: (i) la entrada de datos (*inputs*); (ii) el procesamiento de estos datos gracias a patrones de conducta que el sistema ha adquirido a partir del análisis de experiencias pasadas; y (iii) la salida u obtención de resultados (*outputs*). Por su parte, el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial define los sistemas de IA, cuya existencia y caracterización no se entiende sin la presencia de algoritmos, como aquellos programas o equipos informáticos “diseñados por seres humanos que,

6 MERINO SEGOVIA, A., “Tecnologías y tratamiento de datos en los procesos de selección y contratación laboral (1)”, en *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 87/2022, [LA LEY 1444/2022], pg. 2.

7 PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN EUROPEA, *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01)*.

8 *Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral: Información algorítmica en el ámbito laboral (2022)*, pg. 6.

9 MERCADER UGUINA, J.R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pg. 18; PAREJA FLORES, C. et al., *Algoritmos y Programación en Pascal*, Madrid, Openlibra, 2011, pgs. 6-7.

dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la adquisición de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información fruto de estos datos y la decisión de las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado”¹⁰.

10 COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo de la excelencia y la confianza [COM(2020) 65 final], Bruselas, 19.02.2020.

11 Como señala MERCADER UGUINA, J.R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el ámbito socio-laboral*, en la *ponencia Presentada al Congreso «La tecnología y la digitalización en las relaciones laborales: personas y competitividad»*, Valencia 17 y 18 de noviembre 2022.

12 BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., “Algoritmos, psicometría y derechos del yo inconsciente de la persona (o «neuroderechos») en el ámbito socio-laboral”, en la *ponencia Presentada al Congreso «La tecnología y la digitalización en las relaciones laborales: personas y competitividad»*, Valencia 17 y 18 de noviembre 2022.

13 PÉREZ DEL PRADO, D., “Los tradicionales conceptos de trabajador y empresario en un mundo digital”, en MERCADER UGUINA, J.R., DE LA PUEBLA PINILLA, A., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. y GORDO GONZÁLEZ, L. (Coords.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, por. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pgs. 100-101.

14 BETTERWORKS, “How AI is Transforming HR: The Future of People Analytics”, 19.10.2021.

15 HOUGHTON, E. y GREEN, M., *People Analytics: Driving Business Performance with People Data*, Chartered Institute for Personnel Development, 2018.

16 JUÁREZ, D., “La inteligencia artificial de Microsoft se vuelve nazi y racista en un día”, en *La Vanguardia*, 25.03.2016.

Los datos son la materia prima que alimenta los sistemas de IA, tanto para su proceso de aprendizaje como para llevar a cabo su “razonamiento” de manera adecuada y obtener finalmente los *outputs* pretendidos. En este sentido, la cantidad y variedad de datos requerido por los sistemas de IA para arrojar resultados útiles en un muy reducido periodo de tiempo es ingente, lo que lleva a la doctrina a caracterizar estos sistemas, respecto de los datos, por la “triple V”: volumen, variedad y velocidad¹¹, como demuestra, por ejemplo, el superordenador *MareNostrum* del Centro Nacional de Supercomputación, con una capacidad de 11,1 *petaflops* y capaz de realizar aproximadamente 11.100 billones de transacciones por segundo. De ahí que la IA sea posiblemente el aspecto más ambicioso de las nuevas formas de gestión del entorno de trabajo, los recursos materiales y la plantilla. Dado su potencial y la tendencia favorable a la implantación de sistemas *agile* de gestión en las empresas, hoy en día ni estamos en condiciones de renunciar a su uso¹², ni puede negarse su decisiva influencia sobre la relación de trabajo que, en una interesante paradoja respecto de la constante evolución de la nota de la dependencia característica de la relación laboral por cuenta ajena, representa un espaldarazo a la capacidad de control de la empresa en su vertiente de empleadora y fortalece la dependencia, permitiendo a las empresas desplegar sus poderes de organización, dirección y control de manera indirecta o implícita¹³.

De hecho, los datos de la ya citada Encuesta del Foro Económico Mundial de 2020 no sorprenden: las empresas, especialmente las tecnológicas, aunque no solo estas, están rediseñando sus estructuras con ayuda de los sistemas de IA para integrar con mayor eficiencia la información obtenida, tanto de las opiniones de las personas trabajadoras como de las reacciones de la tecnología¹⁴. No obstante, deben extremarse las cautelas en su utilización en lo relativo a los riesgos que provoca sobre la persona. De acuerdo con el *Chartered Institute for Personnel Development*, tales riesgos pueden manifestarse en muy variadas dimensiones, como la gestión del talento, la salud y seguridad en el trabajo, la continuidad laboral e incluso la reputación de la propia empresa¹⁵. Valga recordar que *Tay*, *el chatbot* que la compañía Microsoft lanzó a Twitter el 23 de marzo de 2016 en fase experimental y sin ningún filtro sobre la información procesable, obligó a la empresa a cerrar la cuenta creada en menos de veinticuatro horas, debido a que *Tay* comenzó a proferir comentarios racistas y loas al nazismo¹⁶. No extrañará, pues, que el suministro de datos sometido a la regla de la “triple V”, con límites pendientes de definición, preocupe tanto a los desarrolladores de los sistemas de IA como a sus operadores, al menos desde dos perspectivas:

- (i) Desde el punto de vista formal, el enorme volumen de datos, mayoritariamente personales en la relación empresa-persona trabajadora, exige ser especialmente cauteloso en su obtención y tratamiento, lo que impone observar las

normas existentes en materia de protección de datos en la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos (“RGPD”) y, en España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (“LOPDGDD”). En este sentido, el principal problema, como se verá repetidamente en este artículo, es que la normativa actual carece de límites claros, sin perjuicio de las alusiones a los deberes genéricos de “preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales” (artículo 88.2 RGPD).

- (ii) Desde el punto de vista material, es evidente que, en presencia de modelos precisos, pero también rígidos y limitados¹⁷ su “razonamiento” es por definición formalmente válido cuando las condiciones en que el sistema ha sido instruido se replican en situaciones concretas, el riesgo de que el *output* sea inútil es elevado, mostrando estos programas una enorme vulnerabilidad a la confusión “por ruido”¹⁸; con el añadido peligro subyacente de que el sistema procese datos en sí mismos discriminatorios o sesgados¹⁹, voluntaria y/o involuntariamente, provocando que los resultados también lo sean, en un efecto que la doctrina coincide en llamar “discriminación algorítmica”²⁰. Este riesgo se intensifica cuando dos o más causas de discriminación prohibidas interactúan, creando una situación de discriminación por interseccionalidad²¹. En este sentido, el Parlamento Europeo advierte uno de los mayores riesgos del uso de la IA en su impacto sobre los derechos fundamentales a la intimidad, protección de datos y no discriminación²², no siempre fácilmente identificable y conducente a una casi inevitable casuística.

A nuestro juicio, este problema se agrava por la opacidad que caracteriza estos sistemas de IA, llevando a su oportuna calificación por parte de algunos autores como “caja negra”²³, en la medida en que es muy difícil traducir al lenguaje humano, incluso reconocer, el criterio que conduce a la máquina al resultado finalmente elegido. Precisamente, fruto de tales riesgos, la UE se ha mostrado tajante en lo concerniente a la toma de decisiones íntegramente automatizadas cuando estas puedan producir efectos jurídicos en la persona o “le afecte significativamente de modo similar” (artículo 22 RGPD), otorgando al interesado un mayor poder de decisión sobre el tratamiento de sus datos. Con ello, *a priori*, se corrigen en el territorio de los Estados Miembros posibles actuaciones como las de las tecnológicas estadounidenses, que monitorizan la productividad de las personas trabajadoras, midiendo el número de tareas acometidas y la velocidad con que se realizan, generando avisos automáticos incluso de despido a quienes no alcanzan la mínima productividad exigida²⁴. Ahora bien, al margen de las dudas interpretativas que la referencia a que la decisión automatizada “afecte significativamente de modo similar” (artículo 22 RGPD)²⁵, hay que considerar que estas cautelas tienen excepciones, muy relevantes desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, cuando la decisión automatizada: (i) sea necesaria para la ejecución de un contrato; (ii) esté autorizada conforme a la normativa de la UE o de un Estado Miembro; o (iii) se haya dado el consentimiento explícito de la persona afectada.

17 PAREJA FLORES, C. et al., *Algoritmos y Programación en Pascal*, cit., pg. 16.

18 PARRA, V.D., “Inteligencia Artificial para la toma de decisiones”, en *My Tips*, 24.03.2020.

19 DU SAUTOY, M., *Programados para crear*, Barcelona, Acanalado, 2020, pg. 119.

20 ZUIDERVEEN BORGESUIS, F., *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2018.

21 GINÈS i FABRELLAS, A., “La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales, XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid (MITES), 2022, pg. 307.

22 Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017 sobre las implicaciones de los macrodatos en los Derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, Seguridad y aplicación de la ley [2016/2225(INI)].

23 PASQUALE, F.A., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2015; MERCADER UGUINA, J.R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, cit., pg. 20; BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., “Algoritmos, psicometría y derechos del yo inconsciente de la persona (o «neuroderechos») en el ámbito socio-laboral”, cit., pg. 10.

24 LECHER, C., “How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for ‘productivity’”, *The Verge*, 25.04.2019.

25 De manera muy sucinta, esta última expresión del artículo 22.1 RGPD ha sido estudiada por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (actual Comité Europeo de Protección de Datos) en su informe *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. En este sentido, una decisión tiene efectos jurídicos cuando afecta a la situación legal de una persona o a sus derechos *v.gr.* cancelación de un contrato o denegación de una prestación social (pg. 23) y tiene efectos significativos cuando dicha decisión: (i) impacta en las circunstancias, comportamiento u opciones de las personas; (ii) puede tener un efecto permanente o prolongado; y/o (iii) causa la exclusión o discriminación de dicha persona (pg. 24).

26 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización", en AEDTSS, *Digitalización, recuperación y reformas laborales, XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pg. 200.

27 Cfr. los artículos 4, 5, 8 y 11 LOPDGDD, respectivamente.

28 Ante este vacío, sirve como referencia a efectos informativos la Guía para la protección de datos en las relaciones laborales, de la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD"), publicada en mayo de 2021.

29 Cfr. los artículos 6.1 b) RGPD y 6 LOPDGDD.

30 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., op. ult. cit., pgs. 197 y ss.

No obstante lo anterior, lo cierto es que aplicar las disposiciones generales del RGPD y la LOPDGDD de manera indiferenciada en el tratamiento por parte de la empresa de datos personales de las personas trabajadoras arroja resultados insuficientes e incoherentes²⁶. Como se abordará con más detalle a continuación, las reglas que la empresa debe observar al respecto se circunscriben a respetar el principio de obligación legal en el tratamiento y de exactitud de los datos, así como los deberes de confidencialidad y transparencia e información a la persona trabajadora afectada²⁷, mientras que esta última prácticamente se limita a prestar su consentimiento informado para que sus datos personales, sin identificarse legalmente cuáles necesita conocer y tratar la empresa²⁸, se empleen con fines relacionados con el mantenimiento, desarrollo y control de la relación contractual²⁹.

En definitiva, la falta de una regulación específica en el ámbito laboral evidencia la necesidad de una adaptación de la normativa que, por el momento, trata de suplirse con interpretaciones jurisprudenciales, administrativas y convencionales, incapaces, con todo, de eludir la urgencia de un tratamiento integral de la digitalización y la protección de datos en el entorno laboral dentro de su normativa natural, esto es, el 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 ("ET") y normas concordantes, más apta para contemplar garantías suficientes y adecuadas para la interdicción de una desproporcionada intromisión en la privacidad y derechos fundamentales de las personas trabajadoras³⁰.

III. Poder de dirección y vigilancia en la empresa

Sin perjuicio de las normas contenidas en la LOPDGDD sobre la protección de datos personales, cuya gestión debe preservar los derechos de las personas, lo cierto es que el tratamiento de los de la persona trabajadora por su empresa carece de regulación específica, en una omisión del entorno laboral más destacable por dos razones. De una parte, porque las garantías generales aplicables a cualquier persona, con independencia de su cualidad de trabajadora, obvian las particulares exigencias de su posición de debilidad negociadora respecto de la empresa, así como el entorno colectivo de la relación de trabajo que equilibra aquella, relegando relevantes derechos de participación y control de las instancias representativas de los trabajadores en este contexto, más allá de la genérica llamada a la negociación colectiva contenida en el artículo 91 LOPDGDD, que rellena ese hueco indirectamente y allí donde se prevea la actual redacción del artículo 64.4.1.d) ET viene a salvar este clamoroso silencio extendiendo el derecho colectivo de información a los parámetros, reglas e instrucciones en que se basan los algoritmos o sistemas de IA que afectan a la toma de decisiones relativas a las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. De otra, porque la propia LOPDGDD no ignora la especial incidencia de esta materia en el ámbito empresarial, con preceptos específicos en el entorno laboral que hubieran debido completarse con esta otra ordenación, desdibujándose la necesidad de garantías especiales de la obtención y tratamiento empresarial de datos personales

del trabajador, poniéndose el acento, por contraste, en el mero uso de los dispositivos digitales en el medio laboral, ya como herramientas para el desempeño de las tareas profesionales, ya para la vigilancia de su adecuada ejecución.

Singularidades de la gestión empresarial de los datos personales de las personas trabajadoras justificadas por permitir a la empresa conocer y procesar gran cantidad de información que, con ocasión del vínculo laboral, es capaz de desbordar tal funcionalidad hasta penetrar en el ámbito de la privacidad e intimidad de la persona trabajadora de forma mucho más aflictiva que la deducible de cualquier otro responsable o gestor de datos, fruto de la posición de dominio. Dicho sujeto posee, junto a facultades directivas de la relación laboral, capacidad sancionadora en la ejecución de la prestación, participadas por las instancias colectivas, sin atisbarse en la normativa aplicable una regulación concreta tendente a reforzar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, cuya garantía debe ser efectiva en todas las fases de la relación laboral³¹.

La tensión de intereses y derechos subyacentes reside en que a los datos personales recabados con finalidades en apariencia estrictamente profesionales se asocian otros, como consecuencia de su análisis masivo, también determinantes de efectos laborales, sin descartarse la falta de neutralidad y objetividad del resultado, ni la existencia de discriminación directa o indirecta, ni la eventual lesión de la intimidad y privacidad³², faltando controles y cautelas que aseguren una recepción y uso transparentes y proporcionados. La utilización de la IA y de los algoritmos en la toma de decisiones empresariales no excluye, así, la ausencia de intromisiones en la vida privada con consecuencias profesionales, haciendo imprescindibles las garantías tanto en la fase de obtención de datos, frente a intrusiones ilegítimas o desproporcionadas en la información recabada, como en la de utilización de la información seleccionada.

Por lo que afecta a la empresa, las reglas se concretan, básicamente, en el principio de exactitud de los datos y los deberes de confidencialidad, transparencia e información al trabajador afectado (artículos 4, 5 y 11 LOPDGD, respectivamente). Del lado de la persona trabajadora, quedan reducidas principalmente a su consentimiento informado (artículos 6 y 11 LOPDGD), en unos términos genéricos que admiten, además, relevantes excepciones³³, pues la regla para el tratamiento de los datos de las personas trabajadoras es la relación contractual, siendo el consentimiento una excepción en caso de que deba realizarse un tratamiento específico. Así, conforme a la legislación, el tratamiento de datos

31 Al margen del despido, la adopción empresarial de medidas organizativas, en especial las de carácter colectivo, presumen el manejo de datos personales de los trabajadores que son premisa de los criterios de identificación de los afectados -nombre y apellidos, edad, antigüedad, puesto, salario, rendimiento y otros-, con conocimiento, además, de la representación legal de los trabajadores en fase de consultas, lo que implica, a efectos de oposición de la persona trabajadora, informar también a esta sobre tales criterios y su baremo. Porque si este tratamiento refleja las características del individuo, valorando su rendimiento laboral, conducta, posibilidad de confianza en sus actuaciones y otros aspectos, debe existir derecho a impugnar dichas resoluciones y a ser informado sobre los criterios de evaluación y programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión sobre apreciaciones de conducta [cfr. la Resolución AEPD R/01656/2013].

32 Sobre estos efectos, más ampliamente, TODOLÍ SIGNES, A. "La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos", *Revista de Derecho Social*, 2018, núm. 84, pgs. 5 y ss., para quien, cuando el algoritmo manda, las minorías están en desventaja, reproduciendo sesgos sociales de género y otros; también, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., op. cit., pg.198.

33 Exactitud y confidencialidad de los datos personales y condiciones del consentimiento que, a modo de principios, preceden en la LOPDGD a los derechos de transparencia e información, acceso, rectificación, supresión, limitación y oposición del tratamiento, así como de portabilidad de los datos, a los que se suman luego tratamientos concretos diversos y heterogéneos por razón de la finalidad de su manejo, con especial interés en lo relativo al sistema de denuncias internas de especial incidencia en el ámbito laboral, en tanto presupuesto de medidas disciplinarias en la empresa. Más ampliamente sobre aquellos derechos en general, PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*. Pamplona (Aranzadi), 2019, pgs. 27 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C., *Datos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: Entre eficiencia de gestión y garantías*. Albacete (Bomarzo), 2021, pgs. 83 y ss.; TODOLÍ, A. "The evaluation of workers by customers as a method of control and monitoring in firms: Digital reputation and the European Union's General Data Protection Regulation", *International Labour Review*, 2021, Vol. 160, núm. 1, pgs. 77 y ss. También, AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021.

prescinde del consentimiento si es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para aplicar a petición de estas medidas precontractuales, que cabe supeditar, leída la norma a contrario, a que la persona afectada consienta el tratamiento para finalidades relacionadas con el mantenimiento, desarrollo y control de la relación contractual (artículos 6.1.b) RGPD y 6.3 LOPDGDD, respectivamente), sin perjuicio de la transparencia de tales datos y el derecho de la persona trabajadora a ser informada, sin excepciones ahora a tenor del citado artículo 11 LOPDGDD, que incluye su accesibilidad e inteligibilidad, así como el derecho al olvido y portabilidad, que incrementan su capacidad decisoria³⁴. Resulta esencial, pues, establecer parámetros de identificación de los datos personales que son necesarios y adecuados para el conocimiento y análisis empresarial, por servir para mantener, desarrollar o controlar la relación laboral, incluso al margen del consentimiento de la persona trabajadora. Con todo, recuérdese que el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos reservados, aquellos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico, salvo que sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento en el ámbito del derecho laboral (artículo 9.1 LOPDGDD); lo que parece tener nula cabida en el mismo, pues su conocimiento empresarial, lejos de responder a informaciones necesarias para el ejercicio de las facultades directivas y sancionadoras, solo serviría como fuente de discriminación³⁵.

34 Artículos 17 y 20 RGPD, que la LOPDGDD parece limitar exclusivamente a los datos recogidos en búsquedas de internet, redes sociales y servicios equivalentes (artículos 93 a 95).

35 Salvo el caso excepcional de empresas de tendencia, como advierte CRUZ VILLALÓN, J., *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*, Albacete (Bomarzo), 2019, pgs. 33-35.

36 No así el RGPD, cuyo Considerando 4, tras señalar que el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, por su función social obliga a considerarlo en equilibrio con otros derechos fundamentales, conforme al principio de proporcionalidad. Importante doctrina constitucional que cabe extender a esta sede, que ya ha aplicado este principio en relación con los poderes empresariales, entendiendo que las limitaciones a los derechos de las personas trabajadoras deben satisfacer una acreditada necesidad o interés legítimo de la empleadora y ser lo menos invasivas posible, priorizando el uso menos aflictivo para aquellos derechos -entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional ("TC") 98/186 y 292/2000, 196/2004, 29 y 170/2013, 39/2016 y 160/2021; igualmente, las SSTS 21 sep. 2016, (4353/2015) y 8 feb. 2021 (84/2019).

Parece defendible entonces una interpretación restrictiva del poder empresarial, atemperada por principios como los de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, pautas interpretativas imprescindibles que, ausentes en buena medida de nuestra normativa interna³⁶, llaman a su mejor determinación vía negociación colectiva.

37 No obstante, la negociación colectiva es poco activa en la previsión de garantías adicionales, con casi total ausencia de referencias al tratamiento de datos. Así, SERRANO GARCÍA, J.M^a., *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*. Albacete (Bomarzo), 2019, pgs. 20 y ss.; SIERRA HERNÁIZ, E., "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales*, 2020, núm. 152, pg. 120 y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., "Nuevas tecnologías y derechos digitales en la negociación colectiva (I)", *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 83, pgs. 7 y 23. Y ello pese a las recomendaciones para impulsar el empleo de calidad y con derechos que el III AENC propone a los convenios colectivos, uno de cuyos objetivos fundamentales es la incidencia de las TIC en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales, y cuyo Cap. II compromete el establecimiento de canales de comunicación entre las partes como vehículo de información entre trabajadores y sus representantes. En este sentido, UGT elaboró un Protocolo de actuación para la Negociación Colectiva. *Protección de datos personales y garantía de los derechos laborales (2019)* que encomienda a la autonomía colectiva en todos los ámbitos la protección del derecho, el derecho de información y consulta y ampliar los márgenes del art. 64 ET (pg. 15). En parecidos términos, CC.OO., en su *Guía de Negociación Colectiva y Digitalización 2020*, destaca el papel a desarrollar por la negociación colectiva a fin de regular la digitalización en el ámbito laboral, a la que se proporcionan criterios de actuación, considerando que su impacto no es homogéneo y afecta de distinta forma y con distinta intensidad a los diferentes sectores productivos y de servicios (pgs. 5, 7 y 9). Finalmente, el propio Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización recuerda también en diversos apartados que el convenio colectivo es la norma más específica para la protección de los derechos y la libertad en relación con el tratamiento de los datos personales de los empleados en la relación laboral (vid. sobre el mismo, GOERLICH, J.M^a., "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización", *Documentación Laboral*, 2021, núm. 122, pgs. 49-57; SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada", *Temas Laborales*, 2021, núm. 158, pgs. 213-244.

Es este, sin duda, un ámbito regulador propicio para prever qué datos pueden ser tratados en la empresa³⁷, bajo la premisa de su carácter imprescindible para la toma de decisiones en ella, asegurando una ponderación de intereses que la ley no expresa, preconfigurada esa visión general de presunción de legitimidad del tratamiento empresarial de datos personales ajustada a las genéricas reglas señaladas.

Establecido el genérico contexto digital de entorno, procede afirmar en este punto que el avance que mayor impacto ha tenido en el ámbito laboral es el fenómeno de las plataformas³⁸, tanto por ser pionero como por su radical transformación de las condiciones de trabajo. Tras la irrupción del fenómeno y su tratamiento en la célebre Sentencia del Tribunal Supremo ("**STS**"), que declaró la laboralidad de los trabajadores de Glovo³⁹, se hace evidente una idea fuerza: "en la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios"⁴⁰. Sea como fuere, lo cierto es que España ha sido uno de los primeros países europeos en dar respuesta judicial al máximo nivel al fenómeno del trabajo en plataformas⁴¹, lo que se reproduce a nivel legal y convencional⁴². La anticipada Ley 12/2021, prevista para los casos en los que el poder de dirección se ejerce mediante una plataforma o un sistema de IA, permite determinar con mayor precisión si existe una relación laboral. Es decir, aunque pueda parecer que la norma dibuja *a priori* un supuesto de aplicación amplio e indeterminado, aumenta las posibilidades de aplicación del Derecho del Trabajo y, con ella, la extensión de su tutela, precisamente por el hecho de utilizarse la plataforma para la gestión empresarial⁴³.

Situación que no siempre ha resultado tan clara desde el punto de vista legal. Huelga decir que hasta la STS referida abundaban las zonas grises en lo concerniente a la situación de los *riders*. Así, las plataformas alteraron los contornos tradicionales de ajenidad y dependencia, entendido este último concepto como el conjunto del poder de dirección, que acoge no solo el sometimiento a la esfera rectora de la empresa, sino, a su vez, la facultad de control, *ius variandi* y organización y dirección del trabajo⁴⁴. No obstante, tras aquella resolución, hay una única cuestión esencial: determinar si la persona trabajadora está subordinada a la facultad de la empresa de organizar el trabajo. En este sentido, el TS entiende que "[l]a dependencia es la `situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa´ (...). Es decir, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial"⁴⁵.

38 PÉREZ DEL PRADO, D., "Los tradicionales conceptos de trabajador y empresario en un mundo digital", cit, pg. 96.

39 STS núm. 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019, ECLI:ES:TS:2020:2924.

40 *Ibidem*, Fundamento Jurídico Séptimo.

41 ADAMS-PRASSL, J, LAULOM, S., y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "El papel de los tribunales nacionales en la protección de los trabajadores de plataformas", en MIRANDA BOTO, J.M. y BRAMESHUBER, E. (eds.), *Negociación colectiva y Economía de Plataformas*, Madrid (Cinca), 2022, pgs. 97-121.

42 A nivel normativo, cfr. la Ley 12/2021 de 28 de septiembre (BOE, 29), por la que se modifica el Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. En la negociación colectiva, vid., por ejemplo, la Resolución TSF/510/2018, de 23 de febrero (DOGC, 5 enero 2023), por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña.

43 PÉREZ DEL PRADO, D., "El Juego de los Futuribles: hipótesis para una hipotética transposición de la Directiva de trabajo en plataformas", *El Foro de Labos*, 19.05.2022.

44 MONTOYA MELGAR, A., "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales", en: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (eds.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters, 2011., pgs. 35-48.

45 STS de 25 de septiembre de 2020, Fundamento Jurídico Décimo, citando, por todas, las SSTS 8 febrero 2018, rec. 3389/2015; 1 julio 2020, rec. 3585/2018; y 2 julio 2020, rec. 5121/2018.

46 PÉREZ DEL PRADO, D., "Los tradicionales conceptos de trabajador y empresario en un mundo digital", cit., pg. 110.

47 PRASSL, J., *Humans as a service: the promise and perils of work in the gig economy* Oxford, United Kingdom; New York, NY: Oxford University Press. 2018, pgs. 56-61. También, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización", cit., pg. 195.

48 MERCADER UGUINA, J. R., "La gestión laboral a través de algoritmos", en AEDTSS, *Digitalización, recuperación y reformas laborales: XXXII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pg. 270.

49 Vid. PÉREZ DEL PRADO, D., "Los tradicionales conceptos de trabajador y empresario en un mundo digital", cit., pgs. 108-109. Estas funciones serían, *grosso modo*: (i) los poderes contractuales, desde su celebración hasta terminación; (ii) el derecho a percibir los frutos del trabajo; (iii) el deber de abonar el salario pactado; (iv) el deber de realizar las actividades necesarias de gestión interna de la empresa; y (v) la gestión externa de la compañía.

50 DE STEFANO, V., "Algorithmic Bosses and How to Tame Them", *C4E The Future of Work in the Age of Automation and AI*, 2020, pg. 14.

51 GINÈS i FABRELLAS, A., "La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos", en *Digitalización, recuperación y reformas laborales, XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pg. 302.

Es más, el propio concepto de "empresa" o "empresario" se ve desbordado por las nuevas formas de digitalización del trabajo, al punto de alterar su morfología⁴⁶. Si hasta la irrupción de estos sistemas y de las propias plataformas la empresa se concebía como un puesto de trabajo en un lugar concreto, en el que "el jefe" supervisaba el trabajo *in situ*, los sistemas de IA precisamente han demostrado que el control empresarial de la actividad laboral puede intensificarse sin recurrir en modo alguno a la presencialidad, la medición del rendimiento o del comportamiento de la plantilla⁴⁷. No obstante, estas nuevas formas de organización de las empresas no deben inducir a error: no es que "el jefe" sea un algoritmo, sino que se encuentra oculto tras él⁴⁸. Esto es, las plataformas, y cualquier empresa que emplee globalmente sistemas de IA, cumplen las funciones propias de cualquier empleador, no pudiendo considerarse un empresario nuevo, sino más bien una nueva forma de organización empresarial que reproduce los caracteres más propios de la figura del empleador⁴⁹.

Sentado lo anterior, cabe afirmar que el uso de algoritmos y de sistemas de IA está produciendo un incremento incomparable de las capacidades empresariales de vigilancia y control⁵⁰, hasta el punto de que ahora puede conocerse información ignorada hasta el momento. Algunos autores afirman, con razón, que estos medios suponen una "verdadera ventana indiscreta para la empresa"⁵¹, con la consiguiente amenaza a los derechos a la privacidad y protección de datos que ello conlleva.

1. Uso de dispositivos digitales y desconexión, grabación de imágenes y sonido y geolocalización

El artículo 87 LOPDGD comienza reconociendo el derecho de las personas trabajadoras a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales dispuestos por la empleadora para la actividad laboral, para validar de inmediato el acceso empresarial a los contenidos derivados de su uso para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o la integridad de dichos equipos, regulando la obligación empresarial de establecer criterios de utilización de esos medios, participados por la representación de los trabajadores cuando sea preciso. En este sentido, el precepto presume legítimo el conocimiento empresarial de datos privados del trabajador derivados de la trazabilidad del uso de tales equipos, otorgándole un espacio de intromisión comúnmente amparada en el propósito de control y vigilancia (artículo 20.3 ET). La amplitud finalista del acceso empresarial llega hasta casi descausalizarse por la ausencia de pautas y controles, incluidos los colectivos, solo previstos expresamente para determinar los criterios de utilización de los dispositivos, no para la extracción de la información contenida en ellos; de otro, la sola referencia a los usos sociales y derechos constitucionales y legales dificulta extraer parámetros seguros de carácter previo, prevaleciendo la adaptación de la interpretación jurídica a la volatilidad de "lo íntimo" fruto de los cambios digitales, más que a un espacio de intangibilidad anticipada de los derechos constitucionales y legales que, sin duda, están implícitamente incorporados⁵².

La vaguedad normativa y una jurisprudencia permisiva sobre el control del correo electrónico por la empresa promueven al Convenio colectivo como el medio adecuado para especificar reglas y garantías añadidas que, sobre establecer mayores facultades de participación de las instancias representativas, identifique mejor el objeto y causa del posible acceso empresarial, asegurando los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, separando netamente la ponderada potestad empresarial de extraer información del uso laboral del dispositivo de su rigurosa exclusión si afecta a datos almacenados en el ámbito de utilización privada.

En todo caso, el principal problema de colisión entre la facultad empresarial de acceso a la información contenida en los medios digitales facilitados y el derecho a la intimidad de la persona trabajadora se plantea en relación con los eventuales usos privados, cuya atribución y condiciones de ejercicio el artículo 87 LOPDGDD confiere a la empresa. Frontera difusa en la práctica, porque las finalidades privadas y profesionales con frecuencia convergen en un único equipo indistintamente utilizado para ambas, haciendo más asequible el conocimiento, con presuntas finalidades laborales, de datos privados sobre los que no opera el consentimiento del afectado, implícito en la relación de trabajo con el mero reconocimiento a la empresa de poderes directivos y sancionadores. De ahí las reforzadas garantías del artículo 87 LOPDGDD sobre la determinación clara y precisa de los usos y períodos temporales autorizados, participados por las instancias colectivas, así como el deber de información individual sobre dicho régimen de uso privado. Lo que conduce a los principios de minimización, proporcionalidad y restantes referidos que calificarían como restrictivamente selectivo y causal el conocimiento empresarial y su uso para tomar decisiones contractuales.

Sobre esta cuestión sobrevuela también la desconexión digital que el artículo 88 LOPDGDD reconoce como derecho individual de la persona trabajadora y que reitera el artículo 20 bis ET. El derecho redundante en la protección clásica de la persona trabajadora al respeto de su jornada y descansos, con idéntica finalidad de garantizar una neta separación entre vida profesional y privada, añadiendo realmente poco a la regulación estatutaria sobre tiempo de trabajo que incorpora esos límites, aunque los dispositivos digitales que acompañan a la persona trabajadora en todo momento, dentro y fuera de la empresa y susceptibles de monitorización y conectividad constantes, pueden conducir a interpretar que se sigue bajo la órbita del poder de control empresarial. Eso explica el reconocimiento del derecho a la desconexión digital como un derecho individual y básico, que cobra especial relevancia en el trabajo a distancia con medios telemáticos. La plurilesividad potencial de la conectividad constante de la persona trabajadora exige un tratamiento que, sobre generar derechos de información más rigurosos elaborar una política interna dirigida hacia ellos, introduce mayores poderes colectivos, con intervención de la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo de empresa, ampliando el contenido de los derechos de información y consulta por la especial sensibilidad de los derechos laborales implicados. Derechos que, ya integrados en las normas reguladoras del tiempo de trabajo, enfatizan aquí la perspectiva de género y la corresponsabilidad⁵³.

52 Como señaló claramente la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("STEDH") 5 sep. 2017 (caso *Barbulescu v. Rumanía*), mucho más precisa en el test de garantía de la intimidad y derechos fundamentales que nuestra doctrina constitucional contenida en las SSTC 173/2011, 241/2012 y 170/2013, porque la flexibilidad otorgada en estas últimas a los intereses empresariales se endurece en aquella, incrementando la garantía de privacidad que exige un motivo justificativo de la decisión empresarial, el juicio de proporcionalidad y la acreditación de que la medida de control y vigilancia es previa al inicio del eventual procedimiento disciplinario.

53 Así, PRECIADO, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras...*, cit., pgs. 150-151.

En cuanto a la grabación de imágenes y sonidos, cabe extender ahora parecidas garantías a las recién analizadas, con algún obvio matiz de refuerzo de la intimidad y la propia imagen de las personas trabajadoras que aquí se involucran, a la legítima capacidad de la empresa de grabar y tratar imágenes y sonidos en el trabajo para el ejercicio de su función de control de la actividad laboral. Y ello a pesar de que el artículo 89 LOPDGDD al que se remite el artículo 22 de la misma norma en cuanto a videovigilancia, tras confirmar el carácter especial del entorno laboral, obvia toda mención a la intimidad y propia imagen de la persona trabajadora, limitándose a prever que el ejercicio del poder empresarial se desenvuelva “dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”, lo que el artículo 20 bis ET extiende a la aplicación judicial y constitucional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que asegura su contenido esencial⁵⁴. Principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, unidos a confidencialidad y minimización de datos, entre otros, parecen imponerse también ahora como garantías imprescindibles, porque la persona trabajadora sometida a estos sistemas se vuelve transparente y permanentemente visible y audible para su empresa. Así, la grabación de imágenes y sonido, más estricto este segundo, debe responder a un criterio finalista conforme a las reglas citadas, no quedando al albur de la discrecionalidad empresarial; y el eventual tratamiento debe cohonestarse con la protección de datos personales conforme a los límites antevistos. Ello resulta coherente con la expresión legal sobre el regular ejercicio del derecho, que presupone la existencia de razones organizativas y necesidades empresariales justificativas de semejante afectación a lo que, en expresión judicial, significa una razonable expectativa de privacidad en el ámbito laboral⁵⁵.

54 Por todas, cfr. la STC 98/2000, que contempla posibles modulaciones por conectar con otros derechos protegibles, como la libertad de empresa.

55 Entendiendo justificadas, idóneas, necesarias y equilibradas tales razones, vid. la STC 186/2000.

56 Sí es aplicable para la AEPD, según consta en su ficha práctica de videovigilancia - cámaras para el control laboral.

57 STC 39/2016 (con voto particular) y las SSTS 31 en. 2017 (3331/2015) y 1 y 2 feb. 2017 (3252/2015 y 554/2016, respectivamente), en contraste con la STEDH 9 en. 2018 citada, luego rectificada por la STEDH (Gran Sala) 17 oct. 2019 (López Ribalda II), al considerar que los tribunales españoles ponderaron adecuadamente el interés del empresario en proteger su patrimonio por las sospechas razonables de comisión de graves irregularidades.

En este contexto general, las reglas legales inciden en el derecho de información previa, expresa y clara a las personas trabajadoras, que afecta no solo a la existencia de los dispositivos, sino a su finalidad de control y posible utilización para la imposición de sanciones. A esa información individual, la norma suma la de carácter colectivo, que debiera aplicarse en todo caso como garantía de equilibrio entre los intereses de trabajadores y empleadores, y defendible, primero, a tenor del artículo 64.1 ET y, en especial, su apartado 4.4.d) si las imágenes van a tratarse con algoritmos o IA⁵⁶. Aunque recuérdese que el deber se entiende cumplido por la norma, en caso de captarse la comisión flagrante de un acto ilícito, con un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible e identificativo de la existencia del tratamiento, identidad del responsable y posible ejercicio de los derechos de acceso y rectificación, cumplidos mediante un código de conexión o dirección de internet (artículo 22.4 LOPDGDD). Información en exceso genérica que, validada judicialmente, no parece cumplir las exigencias mínimas de respeto a la intimidad y propia imagen, como entendió la más garantista doctrina inicial del TEDH, luego corregida⁵⁷, planteando dudas sobre lo que sea acto ilícito suficiente a estos fines. Y tampoco garantiza el anticipado carácter finalista de la medida, que no ampara cualquier uso, reclamando de nuevo la pertinente intervención convencional.

Por su parte, la grabación de sonidos posee un régimen más riguroso, tanto en su causa existencia de riesgos relevantes para la seguridad de las instalaciones,

bienes y personas derivados de la actividad desarrollada en el centro de trabajo como en sus condiciones de ejercicio, con mención expresa, junto a las garantías previstas para grabar imágenes, de los principios de proporcionalidad e intervención mínima, consecuencia de su mayor lesividad sobre la intimidad. Y es que la posibilidad de captar mediante la grabación indiscriminada de voz conversaciones y comentarios privados, de personas trabajadoras y de terceros, puede ser desproporcionada⁵⁸.

En lo relativo a la geolocalización, el artículo 90 LOPDGDD faculta a la empresa a la utilización de estos dispositivos a efectos de control de la actividad laboral, sometida al derecho de información expresa, clara e inequívoca a las personas trabajadoras y, en su caso, a sus representantes, de su existencia y características. Son, pues, extensibles a este supuesto idénticas consideraciones a las ya realizadas, añadiendo que la geolocalización encuentra su principal potencial invasivo cuando, como en actividades móviles o itinerantes, acompaña de forma continua y permanente a la persona trabajadora como instrumento de registro horario y control de su prestación de trabajo, pudiendo dar prueba del incumplimiento por realizar actividades privadas⁵⁹, por lo que las cautelas resultan especialmente exigibles para acotar su tratamiento a la jornada laboral y obligaciones contractuales, debiendo resultar proporcionado a riesgo de incurrirse en una injerencia de la intimidad. En todo caso, las fronteras pueden ser difusas en supuestos de autogestión o flexibilidad del tiempo de trabajo, en el que no todo el tiempo en que se efectúa el seguimiento se está a disposición empresarial, recomendando una interpretación restrictiva del control, las garantías propias de los datos personales y su solo uso subsidiario y en casos imprescindibles. De ahí que la negociación colectiva sea casi ineludible para valorar la necesidad e idoneidad de implantación de un sistema de geolocalización y el régimen aplicable.

2. El control biométrico en el contexto laboral

Los sistemas de control biométrico son aquellos que permiten la supervisión o seguimiento del individuo mediante la obtención de datos relativos a sus características físicas, fisiológicas o conductuales y que, por tanto, se destinan a identificar de manera unívoca a una persona física⁶⁰, en este caso, a una persona trabajadora. De este modo, las características definitorias de los datos biométricos pueden resumirse en las siguientes:

- (i) Son datos personales: en el sentido de “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado)””, entendiéndose como “persona física identificable” a “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante (...) uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, (...)”⁶¹.
- (ii) Merecen un “tratamiento técnico específico”: se concreta en aplicaciones que, mediante el uso de tecnologías biométricas, posibilitan la autenticación

58 STC 98/2000 y AEPD, *Informe* (2019).

59 Cfr. la STC 61/2021. También, la STS 8 de febrero 2021 (163/2021) y las SSTSJ de Castilla y León de 8 mayo de 2013 (453/2017); de Asturias de 3 de octubre de 2017 (1908/2017); de Madrid de 3 de febrero de 2020 (749/2019). Para la AEPD, en un trabajador itinerante cuyo registro de jornada se geolocaliza se puede comprobar cuándo comienza y finaliza el tiempo de trabajo, pero no verificar dónde se encuentra en cada momento, y exige aplicar los principios generales propios de la protección de datos personales (*La protección de datos en las relaciones laborales*, cit., pgs. 36 y 53 y ss.).

60 Cfr. el artículo 4.14 RGPD.

61 Conforme al artículo 4.1 RGPD.

e identificación automática de la persona a través de la codificación de dos categorías de datos, primera, los aspectos puramente físicos y, segunda, los aspectos relativos al comportamiento, a los que se suman “las técnicas basadas en elementos psicológicos, que incluyen la medición de la respuesta a situaciones concretas o pruebas específicas que se ajusten a un perfil psicológico”⁶².

- (iii) Permiten o confirman la identificación única de una persona: gracias a su capacidad de almacenamiento de datos y de razonamiento lógico, han establecido previamente patrones físicos, fisiológicos o conductuales; a diferencia de otros sistemas de seguridad, los biométricos proporcionan acceso o la respuesta para la que hayan sido programados en función de quiénes son las personas y no de lo que tienen en su poder *v.gr.* códigos, contraseñas o tarjetas de acceso .

Los sistemas biométricos tienen un funcionamiento aparentemente sencillo⁶³. En primer lugar, los datos recogidos por el sensor se evalúan y el algoritmo del sistema se encarga de almacenarlos. Si la calidad es insuficiente, de suerte que no permita identificar de manera concluyente al sujeto, se puede pedir al usuario que vuelva a enviar los datos. En segundo lugar, se selecciona luego un conjunto específico de características para representar el rasgo de identidad calificado, que se almacena en la base de datos del sistema como una plantilla biométrica. En algunos casos, se pueden procesar múltiples muestras para formar una representación en mosaico y algunos sistemas almacenan varias plantillas para compensar las variaciones de datos que pueden surgir de un mismo usuario. Por ejemplo, los modelos más recientes de *Iphone* permiten el acceso al dispositivo mediante el sistema *Face ID* -previamente *Touch ID*, que evaluaba la huella dactilar del usuario-, que toma muestras del rostro de la persona desde muy distintos ángulos para permitir la plena identificación. En adelante, cada vez que el sistema se encuentre con un usuario cuyos patrones ya ha estudiado y registrado, le permitirá acceder a un lugar o activará la función para la que esté programado.

Como se advertirá, los sistemas biométricos resultan particularmente útiles en el seno de la empresa para distintas finalidades, que comparten su misión de controlar y supervisar diversos aspectos de la prestación de servicios de las personas trabajadoras. Baste recordar, como hemos indicado, que la empresa puede exigir en todo momento el cumplimiento de los deberes laborales y, para tal fin, puede establecer cuantos mecanismos de vigilancia entienda convenientes, siempre y cuando garanticen la seguridad y salud de las personas trabajadoras, así como el respeto a su dignidad, conforme al artículo 20.3 ET.

En este sentido, como ya ha expresado el Comité de Ministros del Consejo de Europa a colación de los datos biométricos, su recogida y tratamiento “no debería realizarse salvo en los casos en que sea necesario para la protección de los intereses legítimos de los trabajadores, de los empresarios o terceros y ello solo como última opción, cuando sea imposible utilizar otros métodos alternativos de tratamiento menos intrusivos para la vida privada y siempre que su tratamiento se

62 Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas (puede consultarse en Grupo de Trabajo del Artículo 29, cit., pg. 4.

63 THOMAS COMPANY, *Bio-metric Access Control Systems, Security Measures, and Principles*, s.f.

acompañe de las garantías apropiadas⁶⁴, a lo que debe añadirse que el procesamiento de estos datos debe basarse “en métodos científicamente reconocidos y debe estar sujeto a los requisitos de estricta seguridad y proporcionalidad”⁶⁵. Por tanto, las cautelas en la utilización de sistemas de IA para el control biométrico deben extremarse, más aún ante la ausencia de contornos claros en lo que concierne a las potestades empresariales de vigilancia con estas herramientas. Recuérdese que la prohibición general de tratamiento de datos personales que revelen datos biométricos no es de aplicación cuando sean necesarios para el “cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral”⁶⁶.

Así, aun cuando su utilización más frecuente es el control de acceso al centro de trabajo, nada impide su uso con fines de registro de jornada, de vigilancia e incluso disciplinarios. Los expertos apuntan a colación de los sistemas de acceso, sin perjuicio de su posible extensión a otros ámbitos de la empresa, las siguientes ventajas⁶⁷: (i) los sistemas de control biométrico son más seguros, dado que los patrones observados son únicos para cada usuario; (ii) instalado el sistema, su coste de mantenimiento es mucho menor en comparación con otros; y (iii) se elimina la necesidad de utilizar tarjetas personales, interruptores u otra clase de dispositivos, en tanto que la autorización solo requiere de las características únicas de cada sujeto para permitir su acceso.

De lo expuesto hasta aquí, podría colegirse *a priori* que el hecho de captar una huella digital, una imagen del rostro o un patrón de comportamiento de una persona no suponen vulnerar su derecho a la integridad personal. No obstante, esta primera aproximación es muy discutible, en tanto que para obtener esa información el propio cuerpo del usuario se ve involucrado en mayor o menor medida⁶⁸. Valga mencionar en esta sede el caso extremo de la empresa belga que implantó un *chip* en la yema del dedo a ocho de sus empleados con el fin de que lo empleasen tanto para acceder al centro de trabajo como para almacenar sus datos a modo de tarjeta de visita⁶⁹. Precisamente por la afectación al cuerpo de la persona y los riesgos que puede desencadenar el mero uso de estos sistemas, es imperativo que los recursos de control biométrico observen las condiciones y garantías que establecen tanto el RGPD como la LOPDGDD y que, a su vez, las personas trabajadoras sean informadas de los fines que se persiguen y del tratamiento que se da a dichos datos, ex artículo 64 ET⁷⁰. Además, los responsables del tratamiento de datos así obtenidos deben tener en cuenta la proporcionalidad de las medidas y adoptar las acciones necesarias para mitigar o reducir la escala e impacto de su tratamiento. En este sentido, el aludido Comité Europeo de Protección de Datos -anteriormente denominado Grupo de Trabajo del Artículo 29- recomienda, como buena práctica, la realización de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (“EIPD”) previo a la introducción de cualquier tecnología de control en el seno de la empresa⁷¹, si bien la AEPD obliga a que se realice una EIPD en caso de “tratamientos que impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física”⁷².

64 Principio 18 de la Recomendación (2015) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, apartado 1.

65 *Ibidem*, apartado 2.

66 Artículos 9.1 y 9.2 b) RGPD.

67 LARSON, T., “What is a Biometric Access Control System?”, *LinkedIn*, 12.04.2022.

68 MERCADER UGUINA, J.R., “Datos biométricos en los centros de trabajo”, en BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, CISS (Madrid), 2021, pg. 2.

69 EFE, “Una empresa belga implanta un chip para controlar empleados”, en *La Vanguardia*, 04.02.2017.

70 STS de 19 de diciembre de 2005, rec. 138 /2005, ECLI:ES:TS:2005:7905.

71 Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, pgs. 4 y 15. La regulación de la EIPD se encuentra en el artículo 35 del RGPD, y se recomienda su elaboración antes del tratamiento por parte de su responsable “[c]uando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (...)” (apartado 1).

72 Agencia Española de Protección de Datos, *Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4)*, 2019, pg. 2.

Es importante destacar que los sistemas de control biométrico no son novedosos para la jurisprudencia y doctrina administrativa española. Así, la Audiencia Provincial (“**AP**”) de Barcelona estudió la propuesta de una cadena de supermercados de establecer un sistema de reconocimiento facial para asegurar el cumplimiento de la pena accesoria de imposibilidad de acceso a sus establecimientos por parte de dos personas condenadas por una tentativa de robo con violencia⁷³. El sistema realizaba en 0,3 segundos un proceso ciertamente complejo: detectaba imágenes de todas las personas que accediesen al centro, las relacionaba con las que constasen en su base de datos preexistente y, en caso de que no estuviesen registradas como personas con el acceso prohibido, eliminaba la imagen captada. La empresa argumentó que el sistema era necesario e idóneo para garantizar el cumplimiento de la prohibición de acceso, lo que no impidió a la AP rechazar la propuesta por ser contraria a la normativa de protección de datos. Adicionalmente, la Sala consideró que la medida solo perseguía un interés particular, el de la cadena de supermercados, no el interés general, de manera que se interpretó injustificada la captación e identificación de personas. Curiosamente, a partir de la publicación en prensa de esta resolución, la entonces directora de la AEPD inició un procedimiento de oficio que concluyó en la Resolución de 27 de julio de 2021⁷⁴.

En este sentido, la AEPD caracteriza el sistema como de reconocimiento facial masivo y remoto, conforme a la definición del Libro Blanco sobre IA de la Comisión Europea, y como apunta la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (“**RIA**”), que clasifica como “riesgo inadmisibles” la implementación de sistemas que posibilitan la identificación biométrica en tiempo real en espacios de acceso público, con muy escasas excepciones (considerandos 23 y 24 RIA). Las principales conclusiones del informe de la AEPD apuntan a que: (i) los sistemas de reconocimiento facial exigen una base de legitimación del tratamiento excepcional⁷⁵; (ii) la caracterización de los sistemas biométricos impone deberes de información reforzados y muy estrictos, pues se trata de riesgos específicos y muy elevados; y (iii) en caso de que los sistemas de control biométrico se utilicen en la empresa, es imprescindible valorar los riesgos sobre los derechos de la plantilla en la EIPD⁷⁶.

En lo que respecta a su uso en ámbitos laborales, la Sala Tercera del TS estudió en 2007 la legalidad de un sistema de control de jornada implantado por la Consejería de Presidencia de Cantabria en junio de 2002 de base dactiloscópica⁷⁷. El sistema exigía que las personas trabajadoras posasen la palma de su mano sobre un escáner dotado de rayos infrarrojos para acceder a su centro de trabajo, gesto que permitía la transformación de la imagen tridimensional de la palma en un algoritmo plasmado en una plantilla biométrica incorporada a una base de datos. Así, el sistema asociaba la imagen de la mano a la identidad del empleado, haciendo posible el registro horario. Cabe destacar que la información convertida en algoritmo no era idónea por sí sola para identificar a la persona trabajadora, sino que podía hacerlo por asociación con la imagen que constaba en la base de datos. Curiosamente, con carácter previo a su implantación definitiva (a resultas

73 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 9ª) de 15 de febrero de 2021, num. 72/2021, rec. 840/2020, ECLI:ES:APB:2021:1448A.

74 Determinación del procedimiento por pago voluntario, PS/00120/2021.

75 Artículo 9 RGPD.

76 Artículo 35 RGPD.

77 STS de 2 de julio de 2007, rec. 5017/2003, ECLI:ES:TS:2007:5200.

de la citada STS de 2 de julio de 2007), el TC tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este sistema en su Auto 57/2007, de 26 de febrero, que inadmitió el recurso de amparo frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Cantabria de 23 de enero de 2003⁷⁸. Después de analizar su doctrina sobre el alcance del derecho fundamental a la integridad física y su relación con el derecho a la salud, el TC rechaza que el sistema vulnera cualquiera de ellos, afirmando que la imputación de vulneración de los derechos en juego desconoce la posible incidencia que el lector biométrico puede tener sobre la salud, lo que no supone una afirmación traducible en una vulneración del derecho a la integridad personal. Por lo tanto, concluye que la decisión del TSJ de Cantabria, que descartó cualquier vulneración tras valorar las pruebas obrantes en el expediente administrativo, era constitucionalmente adecuada, ya que no había pruebas que demostraran los posibles daños que pudieran derivarse de la implantación del nuevo sistema de control de jornada.

En un sentido muy similar, el TS, aclarado que el sistema no lesionaba la integridad personal como ya expresase el TC, analizó su posible colisión con el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, concluyendo que el sistema de control dactiloscópico “no respond[ía] al patrón de las intromisiones ilegítimas en la esfera de la intimidad, tanto por la parte del cuerpo utilizada, como por las condiciones en que se usa”⁷⁹. El TS estima que la finalidad perseguida, el registro horario, es legítima e insiste en que, pese a ser susceptible de identificar a personas (y, por tanto, sometido a la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos, a la sazón aplicable) en el caso no se probó que el sistema infringiese dicha norma y, con ella, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal⁸⁰. En suma, el TS consideró que el sistema elegido por el gobierno cántabro era adecuado, pertinente y no excesivo.

Esta doctrina ha sido replicada por los TSJ. Así, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de diciembre de 2007, sobre toma de datos biométricos con fines de registro horario por parte de la Administración, con idéntico resultado al analizado. También la STSJ de Islas Canarias, de 29 mayo de 2012, se remite expresamente a la repetida STS de 2 de julio de 2007 al declarar que un sistema de control de horario implantado por la empresa, nuevamente basado en el reconocimiento de la huella dactilar, no lesionaba el derecho fundamental a la intimidad personal de la plantilla. Por su parte, la STSJ de Murcia de 25 enero de 2010 señaló algo de sumo interés para concluir que los sistemas dactiloscópicos no suponen una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad, precisamente por la parte del cuerpo utilizada, así como por las condiciones en las que se usa⁸¹.

Ahora bien, en tanto que el uso de la huella dactilar se encuentra generalmente amparado por su escasa injerencia en la integridad de la persona, mayores dudas plantea el uso de la imagen del rostro. Así lo ha entendido la AEPD que afirmó que se trata de una cuestión compleja e interpretable, en la que debe valorarse el “caso concreto según los datos tratados, las técnicas empleadas para su

78 STSJ Cantabria de 23 de enero de 2003, Rec. 166/2002, ECLI:ES:TSJCANT:2003:81.

79 STS de 2 de julio de 2007, rec. 5017/2003, ECLI:ES:TS:2007:5200, Fundamento Jurídico Quinto.

80 *Ibidem.*, Fundamento Jurídico Sexto.

81 Recs. 2203/2007, ECLI:ES:TS-JAND:2007:14805 y 398/2012, ECLI:ES:TSJICAN:2012:1286 y 1071/2009, ECLI:ES:TSJ-MU:2010:47, Fundamento Jurídico Tercero, respectivamente.

tratamiento y la consiguiente injerencia en el derecho a la protección de datos⁸². Y es que la información que transmite la cara de una persona trasciende su mera identidad, pues normalmente refleja “características fisiológicas y psicológicas tales como el origen étnico, emociones y bienestar”⁸³. A mayor abundamiento, los expertos ya han apuntado a los riesgos que los sistemas de control biométrico pueden acarrear, entre ellos, la toma de una fotografía a distancia sin conocimiento del interesado⁸⁴ o la clonación de imágenes⁸⁵.

IV. Riesgos y desafíos de la digitalización en el entorno laboral: la seguridad y salud en el trabajo

Hasta aquí, puede apuntarse como primera conclusión que el verdadero problema en la empresa no es la obtención de los datos personales de la plantilla (especialmente los datos biométricos), sino su correcto tratamiento. A modo de ejemplo, el considerando 51 del RGPD indica que “el tratamiento del rostro con software de reconocimiento facial se encuentra dentro de los datos biométricos” y que, por ello, su tratamiento se encuentra prohibido, con las excepciones del artículo 9.2 RGPD; por tanto, no se limita a expresar una realidad técnica, sino a reflejar una preocupación. En el terreno laboral, el Comité Europeo de Protección de Datos alertó sobre la necesidad de que las empresas se abstengan de utilizar los sistemas de control biométrico. Así, incluso admitiendo que en determinadas circunstancias podría justificarse el uso del control biométrico sobre las expresiones de las personas trabajadoras, estas serán muy minoritarias y, además, no pueden ser utilizadas para invocar una legitimación general que dé cobertura, sin más, al uso de dicha tecnología⁸⁶.

En este escenario, y habida cuenta de las recomendaciones del Grupo de Trabajo del Artículo 29⁸⁷, es comprensible que el futuro RIA sea cauto y catalogue como “riesgo inadmisibles” a los sistemas de identificación biométrica en tiempo real en espacios de acceso público, con muy contadas excepciones que, de concurrir, implicarían que el riesgo pasase de “inadmisibles” a “alto”. Entre estos sistemas de “riesgo alto” se encuadran los que, implicando una amenaza para los derechos fundamentales, pueden ser utilizados de la mano de garantías reforzadas, entre los que destacan los utilizados en el contexto del empleo y la gestión de personal⁸⁸, que imponen automáticamente el cumplimiento de ciertas obligaciones, como la implementación de un sistema de gestión de riesgos y de gobernanza de datos, el deber de documentación para consulta de las autoridades y la creación de un registro que asegure la posibilidad de auditar el sistema. Así, el legislador europeo ha intentado, de manera muy preliminar, acotar los medios de control disponibles en el seno de la empresa, si bien la normativa europea adolece de falta de previsión de medidas limitativas concretas. En primer lugar, dentro de los límites genéricos a cualquier intromisión en la intimidad personal, los sistemas de control empresarial deberán “preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales”⁸⁹. En segundo lugar, estos avances hacia la mayor digitalización y eficiencia del entorno laboral “no

82 Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD de 8 de mayo de 2020, N/REF: 0036/2020, pg. 19.

83 Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas. (2012). En Grupo de Trabajo del Artículo 29 (00720/12/ES WP193), pg. 23.

84 *Ibid.*

85 MORENO, V., “Los peligros legales de los sistemas”, en *Expansión*, 23.02.2023.

86 Dictamen 2/2017, cit., pg. 21.

87 Documento de trabajo sobre biometría (2003). En Grupo de Trabajo del Artículo 29 (12168/02/EN WP 80).

88 Considerando 36 RIA.

89 Artículo 88.2 RGPD

deben conducir a un uso deshumanizado de las herramientas digitales ni suscitar preocupación por lo que respecta a la privacidad y la recogida desproporcionada e ilegal de datos personales, la vigilancia y el seguimiento de los trabajadores⁹⁰. En tercer lugar, queda pendiente el hecho de “garantizar que el uso de la inteligencia artificial en el lugar de trabajo sea transparente y siga un enfoque basado en los riesgos, y que se adopten las medidas de prevención correspondientes para mantener un entorno de trabajo seguro y saludable”⁹¹.

Sobre este último aspecto, se ha apuntado la gran utilidad en la mejora en las medidas de prevención y control de la seguridad y salud que el uso de sensores digitales y el análisis de los datos de la actividad laboral pueden aportar a las empresas⁹². En este sentido, recuérdese que, como regla general, está prohibido el tratamiento de los datos relativos a la salud de las personas, si bien la prohibición se excluye cuando el tratamiento de estos datos sea necesario “para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social” (artículo 9.1 y 9.2.h) RGPD).

La anterior no es cuestión menor, ya que la obtención y el tratamiento de estos datos puede permitir a las empresas conocer en qué puntos de la cadena productiva conviene introducir sistemas de IA, en aras de mejorar las medidas de seguridad y salud. Así, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo ha concluido que los robots en sentido amplio, incluidos los sistemas de IA, liberan de la realización de tareas peligrosas, ya sea por el esfuerzo físico o por la exposición a elementos químicos o ergonómicos que la actividad laboral puede implicar, de modo que contribuyen a paliar los riesgos para la seguridad y la salud de la plantilla⁹³. No obstante, en la actualidad el seguimiento de los datos de la actividad laboral se usa principalmente con el fin de controlar la productividad, lo que puede impactar negativamente en la seguridad y salud laboral⁹⁴, apuntando algunos estudios los efectos negativos que han tenido en las personas al servicio de las plataformas digitales el empleo de los datos con el mero fin de medir la productividad⁹⁵. Así, la evaluación y el control constante de la actividad, incluso cuando la monitorización no depende directamente de la empresa, sino del consumidor, parece provocar un aumento notable en el ritmo de trabajo y, con él, del riesgo de lesiones o accidentes.

Con todo, los riesgos para la seguridad y salud de las personas no se presentan solo en el ámbito de las plataformas digitales, sino en aquellas empresas de corte tradicional que han implantado en su estructura sistemas de control digital de la actividad, así como la automatización de ciertas decisiones de gestión⁹⁶. De una parte, la mera interacción entre ciertos tipos de sistemas de IA y los humanos, pese a la exigencia de las normas aplicables, puede provocar, entre otros, riesgos de colisión, de seguridad y medioambientales⁹⁷. De otra, los expertos apuntan a que la presión para rendir al mismo nivel que los robots puede provocar estrés y

90 Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión [2019/2181(INL)].

91 PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN EUROPEA, *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01)*, vid. epígrafe “condiciones de trabajo justas y equitativas”.

92 GINÈS i FABRELLAS, A., “La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, cit., pg. 307.

93 AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, *Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018, pg. 38.

94 DZIEZA, J., “How hard will the robots make us work?”, *The Verge*, 27.2.2020.

95 GARBEN, S., *Protecting workers in the online platform economy: an overview of regulatory and policy developments in the EU*, European Risk Observatory Discussion paper, European Agency for Safety and Health at Work, Luxemburgo, 2017, pgs. 24-28.

96 MOORE, P. V., “Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores”, en *El trabajo en la era de los datos*, BBVA.

97 Organización de los Países Bajos para la Investigación Científica Aplicada, *Emergent Risks to Workplace Safety; Working in the Same Space as a Cobot*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, La Haya, 28.08.2018, pgs.18-19.

ansiedad⁹⁸, especialmente cuando la plantilla siente que debe competir con un elemento no humano al que no tienen acceso y que no pueden controlar.

Todo desemboca en una probable mayor incidencia de riesgos ergonómicos, visuales, psicosociales y aun biológicos, requeridos de una nueva estrategia preventiva en relación con la digitalización en la empresa que ya ha identificado un nuevo riesgo laboral genérico: la fatiga informática, fruto de la confusión vida profesional y personal, prolongación de jornadas, conectividad constante, estrés, entre otros. Estrategia que abarca todas las fases de la actividad de prevención, desde la evaluación de los riesgos hasta la adopción de las oportunas medidas preventivas, que encuentran en la formación e información elementos indispensables capaces de generar una cultura preventiva que todavía no alcanza a incorporar de manera natural que la actual organización del trabajo y la masiva incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación al entorno laboral representa una amenaza seria para la seguridad y salud en el trabajo.

98 MOORE, P. V., "Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores", en El trabajo en la era de los datos, BBVA; AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, *Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*, cit., pg. 38.

99 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización", cit., pg. 192.

100 GORDO GONZÁLEZ, L., "¿Existirán trabajadores por cuenta ajena en el futuro? La necesidad de desarrollar un Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI (... y para el XXII)", *El Foro de Labos*, 20.12.2022.

101 *Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral: Información algorítmica en el ámbito laboral* (2022), Ministerio de Trabajo y Economía Social, Consultado el 20 de febrero de 2023, pg. 17, que señala que dado que el uso de algoritmos puede afectar a estas principales condiciones de trabajo, debería ser objeto de tratamiento en la negociación colectiva.

102 Considerando 115 del RGPD. Más ampliamente, sobre el contenido convencional en la materia, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., "¿Qué están incluyendo los convenios estatales en materia de protección de datos? La todavía escasa regulación", en *El Foro de Labos*, 17.10.2022.

V. Hacia una gestión colectiva de la digitalización en la empresa: el papel de la negociación colectiva

Como se ha venido analizando, la ausencia de una regulación clara tanto en la UE como en España respecto de los límites de los sistemas de control empresarial en la era tecnológica impide con carácter general y apriorístico su identificación, aun cuando a la cuestión siempre sobrevuela el respeto a los reiterados derechos a la intimidad personal y a la protección de datos y que, como también se ha estudiado, sean aplicables principios básicos de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y minimización.

A falta de que la regulación concreta de estos aspectos cristalice en lo que la doctrina acierta en llamar "Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI"⁹⁹, cuando no "del siglo XXII"¹⁰⁰, lo cierto es que la negociación colectiva parece un marco idóneo y casi imprescindible para colmar las lagunas existentes en la actualidad y para especificar y acomodar los límites de ejercicio de la digitalización en la empresa, adaptando el uso de los recursos digitales a las circunstancias del entorno laboral, como se reconoce a nivel doctrinal, convencional y aun desde la propia Administración laboral¹⁰¹. Aún más, en el establecimiento de normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras como tarea que cada Estado Miembro debe acometer, se contempla que esta actuación no se lleve a cabo exclusivamente a través de leyes, sino que puede desarrollarse mediante convenios colectivos, de sector y de ámbito empresarial¹⁰². Como ya se ha expresado, el artículo 91 RGPD reitera la relación típica de complementariedad y suplementariedad entre la ley y los convenios colectivos, otorgando a la autonomía colectiva la capacidad de mejorar los requisitos mínimos y, sobre todo, de especificar su contenido; con la ventaja añadida de que las imprecisiones legales pueden colmarse correctamente y sin duplicidades y con mayor adecuación por la proximidad y asequible acercamiento a las circunstancias de sectores

y empresas¹⁰³. Por su parte, en la normativa española, a lo anterior se añade el papel de los convenios como garante de derechos fundamentales¹⁰⁴, toda vez que el artículo 91 LOPDGGDD les atribuye la posibilidad de establecer “garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”.

El impacto tecnológico, que desvuelve sus efectos sobre todas las fases y contenido de la relación contractual, reclama el protagonismo de la negociación en la adaptación de múltiples aspectos laborales, hasta considerar este ámbito como un espacio de genuino autogobierno colectivo¹⁰⁵. La cualificación profesional y la adquisición de competencias digitales por parte de las personas trabajadoras, la adaptación de los sistemas de clasificación profesional y de retribución, las medidas de flexibilidad interna y, en fin, el propio desenvolvimiento de la acción representativa en el nuevo entorno digital son materias que reclaman una acción anticipatoria por parte de la negociación colectiva. La autonomía colectiva no puede ser retardataria de los cambios necesarios que de forma dinámica y adaptativa puede asegurar en los lugares de trabajo y debe asumir como propia la función de gobernanza del fenómeno digital en las relaciones laborales. De un fenómeno tan volátil y cambiante como la digitalización en el empleo, de potencial lesivo tan relevante, es esperable que los sujetos colectivos, y los operadores jurídicos, sean conscientes de la necesidad e idoneidad de la autonomía colectiva para establecer un equilibrio adecuado entre los intereses intrínsecamente enfrentados, articulando fórmulas de cooperación, a veces limitadas a la relación de complementariedad con la norma estatal, otras de suplemento (no de minoración) de garantías y derechos, pero siempre bajo el prisma de flexibilidad que el nuevo modelo impone, evitando los efectos perversos y sesgos potencialmente tan sensibles en esta realidad normativa¹⁰⁶. Con estas coordenadas, cabe confiar en un verdadero salto cualitativo en la gestión colectiva del reto digital en las relaciones de trabajo.

Con todo, no es objetable que la negociación colectiva todavía dispone de un amplio recorrido para cubrir todo su particular potencialidad reguladora en este ámbito y que los resultados, en términos globales, aún son insuficientes. Por ello, resultan de especial interés algunos instrumentos convencionales concretos que abren brecha en este campo y que pueden servir de adecuada referencia a los Convenios por negociar, como los que se relacionan a continuación.

En efecto, un ejemplo significativo de los esfuerzos de la negociación colectiva por regular el papel de los algoritmos en la prestación de servicios es el Convenio colectivo acordado por la empresa *Just Eat* y los sindicatos CCOO y UGT el 17 de diciembre de 2021 en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje FSP¹⁰⁷. Su artículo 68 se refiere a los derechos digitales de las personas trabajadoras, entre los que se garantizan el derecho a la supervisión humana en el uso de algoritmos y a recibir información sobre las herramientas de trabajo digitales, prohibiéndose expresamente que el uso de esos datos pueda producir discriminación.

103 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Derechos de información, transparencia y digitalización”, cit., pg. 218.

104 *Ibidem*.

105 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Derechos de información, transparencia y digitalización”, cit., pg. 218

106 De especial valor son tanto la *Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, como las elaboradas por la propia AEPD y las distintas organizaciones sindicales citada supra, con interesantes y apropiados criterios y pautas de actuación a aplicar en las mesas de negociación, cuyas indicaciones deberían traspasarse pronto al articulado de los convenios colectivos. Acta de acuerdo en el procedimiento de mediación promovido por Federación de Servicios CCOO, FSC-CCOO y FeSMC-UGT frente a TAKEAWAY EXPRESS SPAIN, S.L. (JUST EAT), [M/441/2021/N], 17.12.2021.

107 Acta de acuerdo en el procedimiento de mediación promovido por Federación de Servicios CCOO, FSC-CCOO y FeSMC-UGT frente a TAKEAWAY EXPRESS SPAIN, S.L. (JUST EAT), [M/441/2021/N], 17.12.2021.

108 Resolución de 19 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, artículo 57.3; Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, artículos 120-121; Resolución de 12 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias, artículo 7 bis.

109 Resolución de 26 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de la industria química, artículo 8; Resolución de 23 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la industria fotográfica, artículo 4.2.

110 Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, capítulo XX.

111 Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, artículos 123.

112 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización", cit., pg. 220.

En la misma línea, los Convenios sectoriales han querido regular los derechos de las personas trabajadoras, tanto frente al uso de dispositivos¹⁰⁸, especialmente de videovigilancia y/o de geolocalización como en la garantía de los deberes de información debidos individuales y colectivos¹⁰⁹, completándose con ello la genérica previsión de información a la representación legal de los trabajadores del artículo 64.4.d) ET respecto de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de IA que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Debemos destacar, por último, la curiosa iniciativa del IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, que cuenta con un capítulo entero dedicado a la protección de datos de carácter personal y garantías digitales¹¹⁰, entre cuyos artículos se encuentra la recomendación de crear en las empresas con convenio propio una comisión paritaria para la protección de los derechos digitales, atribuyéndole el convenio algunas competencias de suma importancia como "la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, de negociar los criterios referidos en los preceptos anteriores de utilización de los dispositivos digitales durante la vigencia del convenio, el establecimiento de las garantías relativas a los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras, y la regulación de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión"¹¹¹.

En un fenómeno volátil como es la digitalización en el empleo al margen de su potencial lesivo que, como hemos visto, es muy considerable, es de esperar que los negociadores colectivos y los operadores jurídicos sean conscientes de la necesidad y la idoneidad de la autonomía colectiva para establecer un equilibrio ponderado entre los intereses de la empresa y los derechos de las personas trabajadoras¹¹². Para ello, es necesario que los operadores jurídicos cooperen¹¹³, tanto para evitar solapamientos en la regulación como para preparar a las personas trabajadoras y empresas del futuro para lo que está por venir en aras de la flexibilidad que impone el nuevo modelo, evitando, con ello, los posibles efectos perversos que esta tecnología es susceptible de generar.

VI. Conclusiones

La revolución digital en la empresa se está produciendo ante nosotros con una rapidez y sofisticación sin precedentes en la historia. Esta agilidad, por el momento, no se ha visto acompañada de actos normativos del legislador a la altura de las necesidades reales y del valor de los intereses en juego, hasta permitir acotar los límites de la aplicación de tan significativos avances tecnológicos sobre los

113 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan coordinado sobre la inteligencia artificial» COM (2018) 795 final, [2019/C 240/12], puntos 2.4, 2.5 y 4.4.

derechos de las personas trabajadoras. Con todo, no cabe obviar que comienzan a dibujarse los contornos de los derechos digitales en el contexto laboral y que el debate académico y de los operadores jurídicos, económicos y sociales al respecto comienza a ganar terreno en la agenda.

Las muestras que vamos conociendo de esta preocupación y de la creciente gestión del fenómeno, tanto en informes de expertos y declaraciones de organismos públicos como en las nuevas versiones de convenios colectivos sectoriales y de empresa, son extremadamente interesantes y arrojan luz a falta de un pronunciamiento definitivo a cuenta del legislador. El denominador común de todos ellos es el respeto a la dignidad de la persona, así como a los derechos fundamentales más básicos, lo que es especialmente importante en un contexto en el que estos bienes colisionan con intereses de carácter empresarial. No obstante, aunque a nivel convencional se estén compatibilizando los derechos digitales de las personas trabajadoras con las potestades de dirección y de control de la empresa, el consenso no debe presumirse definitivo, menos aún en un escenario tan cambiante.

Aún se aprecian escenarios de conflicto que recomiendan adaptaciones o especificaciones sistemáticas para proteger los bienes constitucionales con garantías instrumentales que aporten seguridad jurídica a ambas partes y equilibrio en la relación de trabajo. La notable capacidad empresarial de utilización de información obtenida de medios digitales y su uso con fines de control laboral deben traducirse en decisiones más eficientes desde el plano organizacional, pero que, desde el contexto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, preserven los espacios íntimos y privados que impidan hacerles sujetos incondicionada y permanentemente transparentes, y dirigido al cumplimiento de legítimos y ponderados intereses empresariales. Esta dimensión reclama una posición legal y convencional más proactiva, porque los límites se han articulado básicamente mediante derechos individuales de información y, en su caso, presupuesta la exactitud y transparencia, de consentimiento informado de la persona trabajadora afectada, a menudo tan débiles que permiten cuestionar su existencia, quedando relegados los controles colectivos, meramente secundarios o subsidiarios.

Se propone aquí un modelo de gobernanza colectiva de la digitalización en las empresas que, sobre permitir la participación colectiva en la elaboración de las políticas empresariales en relación con este fenómeno, asegure un adecuado balance de los contrapuestos intereses involucrados, sin sospechar abusos en las empresas, pero constatando que el imparable incremento de información disponible pueden provocar, cuando los límites no están claros, decisiones automatizadas que pueden no discriminar la calidad de la información e introducir sesgos. Aplicar idénticas reglas y cautelas a las existentes en un momento en que los datos eran muy inferiores cuantitativa y cualitativamente ignora la creciente potencialidad en este momento de injerencias injustificadas y lesiones a los derechos laborales. Ello solo se compensa con la intervención de las instancias colectivas, cuyos derechos de información aseguran un conocimiento cierto y más completo,

y cuya participación en el diseño digital en la empresa permite incorporar medidas preventivas y anticipatorias de actuaciones desviadas.

Justamente esa finalidad preventiva y de anticipación y evitación de las lesiones promueve la mayor intervención de la negociación colectiva. La legislación se mueve por criterios individualistas y con controles a posteriori preferentemente reparadores. Sin embargo, faltan marcos de actuación previos a la medida empresarial misma que establezcan el ámbito de actuación legítima y la limitación de los poderes. En este contexto, la negociación colectiva se presenta como la fuente idónea de determinación de las condiciones de ejercicio de los poderes empresariales en el entorno digital. Junto a un modelo de cogobernanza empresarial y colectiva del fenómeno digital, ese esquema serviría para una implantación real, natural y equilibrada del hecho digital, otorgando mayor legitimidad y certidumbre a las facultades empresariales de control y vigilancia, ahora prácticamente copadas por el uso de equipos tecnológicos. Ese modelo de autorregulación haría de este ámbito un marco más garantista y transparente, con mayor seguridad jurídica, al tiempo que más proclive a la expansión sin recelos de una realidad imparable.

El futuro en la empresa pasa por convencerse de que las herramientas basadas en algoritmos e IA han venido para quedarse y que la defensa frente a sus posibilidades invasivas no puede ser menos digitalización, sino más segura y ecuánime. Bajo este nuevo paradigma, fortalecer la colaboración de todos los agentes en aras de dotar de seguridad y previsibilidad al trabajo del siglo XXI concierne a las autoridades, las organizaciones públicas y privadas y la fuerza laboral en una acción conjunta y coordinada para regular un proceso que, en la actualidad, no conoce límites y cuyas connotaciones aún resultan inimaginables.

Presente y futuro del procedimiento de revocación en materia tributaria

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Of Counsel Fiscal

CATEDRÁTICO DE DERECHO

FINANCIERO Y TRIBUTARIO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. Introducción	46
II. El procedimiento de revocación en derecho tributario	46
1. Marco legal	46
2. Interpretación doctrinal de la normativa reguladora	48
3. Interpretación judicial de la norma reguladora	49
III. Las sentencias del Tribunal Supremo de 2022	51
1. Doctrina jurisprudencial	52
2. Valoración crítica	54
IV. Aplicación práctica de la nueva doctrina jurisprudencial	58
1. Contenido de la nueva doctrina jurisprudencial	58
2. Aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial a solicitudes de revocación de la plusvalía municipal	60
3. Aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial en otros supuestos	61
V. Conclusiones	62



Resumen: El procedimiento de revocación permite a la Administración modificar el contenido de sus actos en beneficio del administrado, pero su regulación en el ámbito tributario ha sido conflictiva porque solo preveía la iniciación del procedimiento de oficio. Sin embargo, una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado que toda la actividad administrativa está sometida a control judicial y, por ello, la Administración está obligada a resolver las solicitudes de revocación del contribuyente en las que pone de manifiesto la ilegalidad de los actos administrativos referidos y la procedencia de devolución de los ingresos realizados, lo que abre definitivamente la vía a iniciar este procedimiento a instancia de parte.

Abstract: The revocation procedure allows the tax authorities to modify the content of its decisions for the benefit of the taxpayer, but its regulation in the tax sphere has been conflictive because it only provided for the initiation of the procedure ex officio. However, a recent Supreme Court judgement has interpreted that the administrative activity is always subject to judicial control and, therefore, the tax authorities are obliged to resolve those taxpayer's requests for revocation where the illegality of the administrative decision and the appropriateness of the refund of undue payments are revealed. Consequently, this Supreme Court decision definitively opens the way to initiate the revocation procedure at the request of the taxpayer.



Palabras clave: Tributos; procedimiento de revocación en materia tributaria; causas de revocación; procedimientos de revisión; devolución ingresos indebidos; anulación de actos firmes; inicio del procedimiento; instancia de parte; control judicial de la Administración; principio de buena administración.

Keywords: Taxation; revocation procedure in tax matters; grounds for revocation; review tax procedures; refund of undue payments; invalidation of final administrative decision; initiation of the procedure; at the request of the taxpayer; judicial control of the Administration; principle of good administration.

Presente y futuro del procedimiento de revocación en materia tributaria

I. Introducción

1 El diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española define la revocación de actos administrativos como "Decisión administrativa por la que se deja sin efecto un acto administrativo anterior, sea por razones de invalidez, a cuyo efecto la ley prescribe la utilización de la revisión de oficio, o sea por motivos de oportunidad, entre los cuales están el cambio de circunstancias o el cambio de criterio por parte de la Administración. La revocación pura, que se da en estos últimos casos, lleva aparejado el deber de indemnizar cuando causa lesiones patrimoniales que el afectado no está obligado a soportar".

2 *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1950), "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", en *Revista de administración pública*, núm. 1, págs. 149-162.

3 *Vid.*, por todos, FALCÓN Y TELLA, R. (1996) "La posibilidad de revisar de oficio a favor del contribuyente las liquidaciones impugnadas en vía contenciosa", en *Técnica Tributaria*, núm. 32, 1996, pág. 74; ALONSO MURILLO, F. (2002) "Razones y sinrazones de las especialidades de los procedimientos tributarios de revisión de oficio", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 115, 2002, pág. 422.

4 En efecto, el artículo octavo de la Ley 230/1963, General Tributaria, establecía que "Los actos de determinación de las bases y deudas tributarias gozan de presunción de legalidad, que solo podrá destruirse mediante revisión, revocación o anulación practicada de oficio o a virtud de los recursos pertinentes", aunque luego no regulaba el procedimiento de revocación.

El procedimiento de revocación se caracteriza porque permite a la Administración corregir el contenido de un acto en beneficio de los administrados cuando advierte que se ha producido una vulneración del ordenamiento jurídico, aunque dicho acto hubiera devenido firme¹.

A partir de esta primera consideración cabe suponer que este procedimiento debería tener una gran aplicación práctica, porque una Administración que sirviera con objetividad los intereses generales y actuara con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como ordena el artículo 103 de la Constitución Española ("CE"), debería revocar sus actos en cuanto tuviera conocimiento de su ilegalidad. Sin embargo, la experiencia pone de manifiesto que este procedimiento se utiliza muy poco, lo que resulta ciertamente insólito.

Ese problema es aún mayor en el ámbito tributario, porque la regulación del procedimiento de revocación en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("LGT") dispone que este procedimiento se iniciará siempre de oficio, lo que constituye un obstáculo significativo para lograr la revocación de actos tributarios, lo que determina que el número de expedientes de revocación en este ámbito sea todavía inferior al existente en el ámbito del Derecho Administrativo general.

En todo caso, la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ("TS") ha introducido unos relevantes matices en la interpretación de las reglas sobre el inicio de los procedimientos de revocación que pueden ampliar significativamente las posibilidades de actuación de los contribuyentes.

El objeto del presente trabajo es analizar la regulación vigente en materia de revocación de actos tributarios y los efectos prácticos de la jurisprudencia del TS de los últimos años, poniendo de manifiesto las consecuencias prácticas que conlleva la última jurisprudencia sobre las formas de inicio de ese procedimiento.

II. El procedimiento de revocación en derecho tributario

1. Marco legal

El procedimiento de revocación tiene una larga tradición en España² y fue objeto de especial regulación en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que, como decía en su Exposición de Motivos, "regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa".

Esa circunstancia motivó que desde todos los ámbitos se reivindicara la aplicación de ese procedimiento en el ámbito tributario³, porque la Ley General Tributaria vigente en ese momento, aunque citaba la revocación de actos tributarios, no contemplaba un procedimiento específico⁴. Sin embargo, la singularidad del Derecho Tributario originó que la Ley 30/1992 estableciera en su disposición adicional quinta que “los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos se regirán por la Ley General Tributaria, por la normativa sobre derechos y garantías de los contribuyentes, por las Leyes propias de los tributos y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación. En defecto de norma tributaria aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones de la presente Ley”⁵. En todo caso, esa incomprensible carencia fue corregida al aprobarse la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuyo artículo 219 regulaba (y regula) la “Revocación de los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones”, en un claro intento de aproximación de los procedimientos especiales de revisión a la normativa del procedimiento administrativo común⁶.

El artículo 219 de la LGT, de forma más detallada que las diferentes leyes de procedimiento administrativo común, dispone en su apartado 1, que la Administración “podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados”. Vemos que la revocación está limitada a distintos supuestos que, según la doctrina, podríamos denominar supuestos de “anulabilidad cualificada”⁷.

Sin embargo, por motivos que son difícilmente comprensibles, añade en su apartado 3, que el procedimiento de revocación “se iniciará siempre de oficio”, lo que constituye una clara limitación a la utilización de esos procedimientos que resulta difícilmente justificable⁸. En efecto, al establecer que el procedimiento se iniciará siempre de oficio, se impide que el interesado pueda iniciarlo y, de este modo, se disminuyen significativamente las posibilidades de revocación⁹.

Esa incomprensible limitación, fue objeto de matizada regulación en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (“**RGRVA**”), cuyo artículo 10 reitera que el procedimiento se iniciará exclusivamente de oficio, y seguidamente añade: “sin perjuicio de que los interesados puedan promover su iniciación por la Administración competente mediante un escrito que dirigirán al órgano que dictó el acto. En este caso, la Administración quedará exclusivamente obligada a acusar recibo del escrito. El inicio será notificado al interesado”.

Es decir, aunque inicialmente señala que se iniciará siempre de oficio, se prevé la posibilidad de que el interesado “pueda promover su iniciación”, si bien se niega cualquier efecto jurídico a dicha actuación del particular, en tanto que la Administración solo deberá “acusar recibo del escrito”.

5 Esa exclusión se reitera en la vigente disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

6 Como expresamente reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 58/2003. Un buen resumen de los antecedentes de esa reforma legal puede verse en CHECA GONZÁLEZ, C. (2004) “Procedimientos especiales de revisión”, en Calvo Ortega (dir.), *La nueva Ley General Tributaria*, Ed. Civitas, Madrid pág. 844.

7 Vid. FALCÓN Y TELLA, R., “Prólogo” al libro de RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J (2004). *La revisión de oficio en la nueva Ley General Tributaria ¿una vía para solucionar los conflictos entre la Administración y los contribuyentes?*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2004, pág. 22.

8 Como explica GARCÍA NOVOA, C. (2005) “El procedimiento de revocación en materia tributaria en la nueva LGT”, en *Revista española de derecho financiero*, núm. 125, 2005, págs. 9-48, la ley de procedimiento administrativo común no hacía entonces ninguna mención a las vías de iniciación del procedimiento de revocación, lo que permitía a algunos autores defender que la ausencia de reglas permite entender que todos los titulares de intereses legítimos podrían iniciar el procedimiento (GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO); aunque otros autores entendían que el silencio del legislador debía interpretarse como una tácita exclusión de cualquier acción individual, por lo que solo procedería la iniciación de oficio (DE LA NUEZ SÁNCHEZ y PÉREZ TORRES).

9 Vid. en este mismo sentido MORENO GONZÁLEZ, S., “La revocación en materia tributaria”, en AA.VV. *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2010, tomo II, pág. 1109, basándose en datos recabados de las Memorias del Consejo de Defensa del Contribuyente.

10 Como destaca GARCÍA NOVOA, C., "El procedimiento de revocación en materia tributaria en la nueva LGT", págs. 10-48.

11 *Vid.* El dictamen 165/2005 del Consejo de Estado, donde se dice que el escrito que pueden presentar los interesados para promover la iniciación del procedimiento de revocación "no debería configurarse como un supuesto de ejercicio del derecho constitucional de petición, sino simplemente como una instancia o solicitud administrativa que tendrá su propia tramitación" (sic).

12 En este sentido, PALAO TABOADA, C. (2004) "El procedimiento de revisión y de reclamación de actos tributarios", en *XXV Congreso AEDAF*, AEDAF, Madrid, pág. 256, citado por GARCÍA NOVOA, C. (2005), "El procedimiento de revocación tributaria en el Reglamento de revisión", en la revista *Quincena fiscal*, núm. 16, págs. 5-28.

13 Cfr. ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Memoria del Consejo de Defensa del Contribuyente 2002*, pág. 77. En el mismo sentido, ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "La revocación de actos tributarios", en *Revista Quincena Fiscal* núm. 3-4, 2005, págs. 8-14.

14 Cfr. CHECA GONZÁLEZ, C. "Procedimientos especiales...cit.", pág. 853.

15 *Vid.* RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La revisión de oficio...* cit., pág. 210, donde añade que "cualquier solución diferente se aviene mal con el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho que proclama el art. 103 CE".

16 En este sentido, GARCÍA NOVOA, C., "El procedimiento de revocación en materia tributaria en la nueva LGT", págs. 12-48. Se adscribe expresamente a esta tesis MORENO GONZÁLEZ, S., "La revocación en materia tributaria", pág. 1111.

2. Interpretación doctrinal de la normativa reguladora

Las reglas sobre la iniciación del procedimiento de revocación son ciertamente confusas porque, por un lado, establecen que el procedimiento se iniciará siempre de oficio y por el otro, permiten a los interesados promover su iniciación. Esta aparente contradicción motivó que surgieran distintas tesis en la doctrina sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento a instancia de parte.

Una primera interpretación posible, a favor de que el procedimiento solo pudiera iniciarse de oficio, puede basarse en que durante la tramitación parlamentaria del proyecto de LGT en el Senado, se rechazó la Enmienda 317 del Grupo Catalán que instaba a reconocer expresamente la iniciativa del particular para la iniciación del procedimiento de revocación¹⁰. Otro argumento que abonaría esta primera interpretación sería el confuso dictamen del Consejo de Estado¹¹ y, también, la consideración de que el reconocimiento de una acción individual para iniciar el procedimiento de revocación asimilaría este procedimiento a los procedimientos ordinarios, lo que supondría una distorsión del sistema de recursos administrativos¹².

Existe una segunda interpretación, intermedia, que diferencia la actuación de quien "promueve" el procedimiento y de quien lo "inicia". Según esta interpretación, la actuación del interesado constituye un mero estímulo y la decisión sobre el inicio del procedimiento recaería sobre la Administración autora del acto, que si considera que no concurre ninguno de los presupuestos legales que habilitan este procedimiento especial podría negarse a instruirlo. Quienes defienden esta interpretación concluyen que:

"el ejercicio del derecho de petición puede terminar por silencio administrativo en cuyo caso el interesado deberá entender que su petición no ha sido atendida. En cualquiera de estos supuestos, el acuerdo denegatorio no es susceptible de recurso porque como se dijo antes, el ejercicio del derecho de petición no se puede entender como el planteamiento de una acción a cargo del interesado, ni en la contestación que se dé por parte del órgano competente concurren los presupuestos jurídicos de una resolución administrativa"¹³.

Adicionalmente, cabe citar una tercera interpretación, defendida por quienes entienden que, aunque no sea posible defender la existencia de una instancia del interesado en la revocación, el hecho de que se posibilite a los interesados promover el inicio del procedimiento provoca "la incoación del correspondiente expediente, con lo cual, en definitiva, estamos, en la práctica, en una situación muy próxima a la auténtica y verdadera iniciativa del procedimiento a instancia de los particulares"¹⁴. Esta interpretación fue seguida por otros autores que consideraban que resulta innegable que la solicitud presentada por el interesado, aunque no sea una verdadera acción, "sí sitúa a la Administración en el deber de actuar una vez constatada la grave ilegalidad"¹⁵; por lo que sí es factible entender que nos encontramos "ante una situación muy próxima a la auténtica y verdadera

iniciativa del procedimiento a instancia de los particulares”¹⁶. Según esta tesis, si admitimos una revocación por razones de oportunidad, es evidente que el particular solo puede excitar el celo de la Administración, porque la reformulación del interés público que puede fundar la revocación por razones de oportunidad es una decisión que debe quedar a discreción de la Administración¹⁷; pero, cuando la revocación se funda en razones de legalidad y existe una ilegalidad patente y manifiesta, la Administración está obligada a iniciar el procedimiento de revocación en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 CE¹⁸.

Por nuestra parte, consideramos más convincente esta última teoría que reconoce la posibilidad de iniciar el procedimiento a instancia de parte¹⁹. No solo por los argumentos expuestos, sino también porque el análisis de la normativa aplicable debe realizarse desde una perspectiva constitucional, en la que destacan tres principios que justifican esa última interpretación: (i) la Administración debe actuar siempre con objetividad de acuerdo con la con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, por lo que tiene sentido favorecer la revocación; (ii) el artículo 29 CE reconoce el derecho de petición individual y colectiva, por lo que no tiene sentido que el RGRVA se limite a reproducir un principio que está expresamente reconocido en la Constitución; (iii) el deber de contribuir reconocido en el artículo 31 CE legítima, única y exclusivamente, la exigencia del tributo en los términos legalmente establecidos, pero no en los supuestos en que resulta claramente apreciable una ilegalidad en el acto de cuantificación de la obligación²⁰.

3. Interpretación judicial de la norma reguladora

La falta de claridad de la normativa sobre el inicio del procedimiento de revocación en materia tributaria también motivó que los tribunales de justicia tuvieran que realizar una especial labor interpretativa que, como seguidamente veremos, ha conducido a interpretaciones judiciales diversas en los últimos veinte años. Antes de producirse los pronunciamientos de 2022 que constituyen el objeto principal de este trabajo, era posible identificar cuatro hitos especialmente significativos en la interpretación jurisprudencial de las reglas referidas a la iniciación a instancia de parte del procedimiento de revocación²¹: (i) la STS de 19 de mayo de 2011; (ii) la STS de 19 de febrero de 2014; (iii) las SSTs de 22 de noviembre de 2016, 22 y 28 de febrero y 13 de junio de 2017; (iv) la STS de 26 de septiembre de 2017²².

(i) *La STS de 19 de mayo de 2011*²³. En esta primera sentencia se concluía que el artículo 219 LGT “no reconoce legitimación a los particulares para iniciar el procedimiento, atribuyéndoles únicamente la posibilidad de promover esa iniciación mediante la correspondiente solicitud, de la que la Administración acusará recibo, y sin perjuicio de la tramitación subsiguiente si se inicia el procedimiento”, con lo que venía a legitimar la actuación de la Administración que desoía inmotivadamente la solicitud presentada por el interesado y, de este modo, se veían limitados los derechos de los contribuyentes.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*. En todo caso, es oportuno señalar que, este autor matizó su posición una vez publicado el RGRVA, como puede verse en GARCÍA NOVOA, C., “El procedimiento de revocación tributaria en el Reglamento de revisión”, págs. 6-28.

19 Como pusimos de manifiesto en MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (2022), “El procedimiento tributario de revocación”, en la Revista Interactiva de Actualidad publicada por la AEDAF, núm. 22.

20 Este es un argumento nuclear en las tesis de CHECA GONZÁLEZ, de RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y de GARCÍA NOVOA.

21 En este apartado nos basaremos en el estudio de jurisprudencia sobre esta materia realizado por SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V., “El debate sobre la revocación tributaria en el Tribunal Supremo: una evolución hacia su mayor control jurisdiccional”, en la rev. *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, oct-dic 2020, págs. 67-106.

22 Como afirma SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V., “El debate...”, pág. 69, el análisis de estas sentencias permite advertir “auténticas contradicciones doctrinales no resueltas de modo determinante o indubitado. No solo porque en estas sentencias se recogen distintos criterios, algunos de los cuales son incompatibles entre sí o porque en alguna de ellas existe un voto particular que discute ampliamente la posición mayoritaria del Tribunal, si bien estas diferencias pueden revelar ya que se está ante cuestiones controvertidas que podrían reconsiderarse en el futuro”.

23. ECLI:ES:TS:2011:3548, Pon. Sr. Martín Timón.

24 Sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas), de 9 de noviembre de 2007, ECLI:ES:TSJICAN:2007:4620, Pon. Sr. Gómez de Lorenzo-Cáceres.

25 Tal y como afirma SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V., "El debate ...", pág. 78.

26 ECLI:ES:TS:2014:1189, Pon. Sr. Frías Ponce.

27 Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2011, ECLI:ES:TSJCV:2011:5789, Pon. Sr. Manglano Sada.

28 Como afirma SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V., "El debate ...", pág. 83, el TS podría haber aprovechado estas deficiencias para quitarse de encima el asunto de manera sencilla, sin necesidad de realizar un mayor esfuerzo argumentativo, pero "no rehúye la problemática que se suscitaba en la sentencia recurrida acerca del alcance del control jurisdiccional del ejercicio de la potestad de revocación por la Administración Tributaria".

29 Existe un segundo voto particular, formulado por el magistrado Garzón Herrero, que discrepa de la opinión mayoritaria porque considera que el recurso debió ser inadmitido.

30 Añade este voto particular que "no puede mejorar la condición del recurrente –que no tiene derecho a la revocación del acto, ni siquiera a una respuesta en sentido negativo o positivo–, el que la Administración declare expresamente que no concurre ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 219 LGT. En definitiva, la decisión discrecional de la Administración de comprobar si puede revocar una liquidación o sanción ya firmes no puede abrir una nueva vía de recurso, cuando se reconoce que si la Administración no inicia ningún procedimiento revocatorio o no dicta en el que inicia resolución expresa alguna no cabe impugnar alguna".

Esta doctrina del TS, además, omitía cualquier tipo de comentario a un argumento especialmente bien construido en la sentencia recurrida²⁴, que cabalmente había advertido que la aceptación de la inexistencia de un deber de resolver por parte de la Administración implicaba "entronizar un ámbito inmune a la fiscalización jurisdiccional... conclusión irreconciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción". Esa desconsideración al fundamento jurídico de la sentencia de instancia constituye el principal motivo de crítica de esta sentencia²⁵.

- (ii) *La STS de 19 de febrero de 2014*²⁶. En esta sentencia se amplían sensiblemente los derechos del contribuyente con base en el principio constitucional que prevé el control judicial de la actuación de la Administración. De este modo, se afirma que el ejercicio de potestades discrecionales no está exenta de elementos reglados (como es el deber de motivación), "cuya existencia y corrección jurídica es revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa. También el ejercicio de la potestad discrecional debe ser modulado para su sujeción a la legalidad y a los principios y finalidades que deben regir la actuación de la Administración". Por todo ello, considera inadmisibles una interpretación de la normativa aplicable que, bajo el simple argumento de ejercer una potestad discrecional, quisiera sustraer del ámbito de la revisión jurisdiccional y del control de legalidad, las actuaciones de las Administraciones públicas en que la misma se manifiesta, porque ello sería contrario a lo prevenido en el art. 106.1 de la Constitución y 1.1 de la LJCA".

Con esta fundamentación se desestimó el recurso interpuesto por el contribuyente contra la sentencia de instancia²⁷, que se fundamentaba esencialmente en la injusticia que suponía consentir un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, dado que la actuación administrativa impugnada era manifiestamente contraria a la ley (de hecho, la Administración había realizado un informe favorable a la revocación, lo que generaba una cierta confusión sobre si la solicitud había sido inadmitida o desestimada²⁸), por lo que concurría el supuesto revocatorio previsto en el artículo 219 de la LGT.

En todo caso, debemos también señalar que la STS citada contiene un relevante voto particular del magistrado Fernández Montalvo, al que se adhiere el magistrado Montero Fernández²⁹, que rechaza la decisión mayoritaria de la Sala por considerar que los contribuyentes pueden impugnar mediante los recursos ordinarios y, además, "instar la revocación de los actos de gravamen, al amparo del artículo 219 LGT; pero si la Administración, que detenta la facultad de revocación y de iniciación de oficio del correspondiente procedimiento, resuelve no iniciar el procedimiento, iniciar el procedimiento pero no resolver o decide que no concurren los requisitos del artículo 219 LGT, no cabe apreciar conculcación de derecho alguno, ya que carecen de él los contribuyentes respecto del ejercicio de una revocación que es siempre ejercitable de oficio"³⁰.

- (iii) *Las SSTS de 22 de noviembre de 2016, 22 y 28 de febrero y 13 de junio de 2017*³¹. Se trata de una serie de sentencias que, con una argumentación prácticamente idéntica, resuelven distintos recursos presentados como consecuencia de la inacción de la CNMC tras la presentación de distintas solicitudes de revocación en relación con la Tasa General de Operadores. Lo más llamativo de estas sentencias es que mantienen la misma interpretación contenida en la STS de 19 de mayo de 2011 y, lo que es más criticable, ni siquiera mencionan la STS de 19 de febrero de 2014 y la doctrina que en ella se contiene³².

En estas sentencias se afirma que “el artículo 219 de la LGT no ofrece a los contribuyentes un derecho subjetivo a la revocación de los actos desfavorables como alternativa a la impugnación por la vía de los recursos procedentes y, en lo atinente al requisito de la infracción manifiesta de la ley como presupuesto de admisión y reconocimiento de la revocación (...) solo puede ser manifiesta una infracción que no dependa, para apreciarse, de una ulterior fijación de los hechos y las pruebas en el seno de un procedimiento administrativo o judicial posterior, pues tal necesidad desmiente, por sí sola, el carácter pretendidamente manifiesto de la infracción”. De este modo, aunque inicialmente se dice que el procedimiento no puede ser iniciado a instancia de parte, es importante destacar que inmediatamente después reconoce que en caso de que concurriera una infracción manifiesta de ley sí sería posible exigir esa tramitación del procedimiento de revocación.

- (iv) *La STS de 26 de septiembre de 2017*³³. Esta sentencia fue dictada en un recurso de casación en interés de ley, por lo que se encontraba limitada en sus apreciaciones a los requisitos procesales de este tipo de recursos. En relación con el inicio del procedimiento de revocación, sostiene el TS que incumbe decidirla a la Administración tributaria, según la interpretación contenida en la STS de 19 de mayo de 2011, si bien realiza una importante matización, al señalar que “esta decisión ha de ser adoptada respetando el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad”. Y, finalmente, añade que no hay ninguna prohibición legal que impida una resolución motivada de la Administración que resuelva la improcedencia de la iniciación del procedimiento de revocación, máxime cuando esta posibilidad está permitida respecto de las solicitudes de revisión de actos nulos de pleno derecho, cuyo procedimiento tiene por objeto pronunciarse sobre unas causas de revisión del acto administrativo cuya entidad o gravedad es superior a las legalmente previstas para la revocación³⁴.

III. Las sentencias del Tribunal Supremo de 2022

Dentro del nuevo modelo de recurso de casación establecido en la Ley Orgánica 7/2015, el TS dictó en 2022 unas sentencias especialmente relevantes en relación con el procedimiento de revocación. Se trata de las sentencias de 9 de febrero de 2022³⁵,

31 STS de 22 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5189, Pon. Sr. Navarro Sanchís; STS de 22 de febrero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:586, Pon. Sr. Fernández Montalvo; STS de 28 de febrero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:749, Pon. Sr. Navarro Sanchís; STS de 13 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2427, Pon. Sr. Navarro Sanchís.

32 En este sentido LÓPEZ CANDELA, J., “La nueva configuración de la revocación de los actos tributarios tras la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, en *derechocal.es*, 26/04/2018, <https://derechocal.es/opinion/la-nueva-configuracion-de-la-revocacion-de-los-actos-tributarios-tras-la-reciente-doctrina-del-tribunal-supremo>; SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V., “El debate ...”, pág. 92.

33 ECLI:ES:TS:2017:3340, Pon. Sr. Maurandi Guillén.

34 Después de esta sentencia se dictó la STS de 17 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2567, Pon. Sr. Montero Fernández), que resuelve un supuesto ciertamente confuso (“un verdadero puzle”, según la propia sentencia) en la que solicitaba conjuntamente la revocación, la devolución de ingresos indebidos y la nulidad. Si la destacamos en este momento es porque PALAO TABOADA, C., “Revocación de actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales y devolución de ingresos indebidos. Análisis de la STS de 9 de febrero de 2022, rec. núm. 126/2019”, en *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 473-474, agosto-septiembre 2022, pág. 74, considera que esta sentencia anticipa en cierto modo la tesis de la sentencia de 9 de febrero de 2022.

35 ECLI:ES:TS:2022:484, Pon. Sr. Montero Fernández.

14 de febrero de 2022³⁶, y 4 de marzo de 2022³⁷, que han introducido importantes cambios en la interpretación de la normativa citada, al reconocer expresamente la posibilidad de iniciar el procedimiento de revocación a instancia de parte, al menos en los supuestos en que el recurrente pretende una devolución de ingresos indebidos.

1. Doctrina jurisprudencial

Las sentencias citadas comienzan repasando la jurisprudencia anterior y destacan que a partir de la STS de 19 de febrero de 2014, se reconoció que la actuación administrativa debe respetar el mandato de interdicción de la arbitrariedad, de lo que cabe concluir que la actuación de la Administración en el procedimiento de revocación, también está sometida a control judicial para así garantizar el cumplimiento de ese mandato constitucional.

Seguidamente destacan que el ejercicio de potestades discrecionales no está exento de elementos reglados, entre los que tiene especial relevancia la motivación, así como la necesaria sujeción a la legalidad respecto del contenido de la decisión adoptada que, en todo caso, debe ajustarse a los principios y finalidades que deben regir la actuación de la Administración, que en materia tributaria se identifican con los principios de generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad. Todo ello pone de manifiesto, según la nueva doctrina jurisprudencial, "la existencia de un derecho subjetivo del contribuyente que puede hacer valer en el procedimiento de revocación"³⁸.

La consecuencia jurídica lógica a estas premisas es que la Administración, está obligada a resolver los procedimientos de revocación iniciados por los contribuyentes. Sin embargo, en lugar de fijar directamente esa doctrina jurisprudencial, la Sala realiza una extraña perifrasis argumental para vincular el procedimiento de revocación con el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, de la manera explicada a continuación.

En el procedimiento de devolución de ingresos indebidos la situación es distinta, porque la normativa reguladora prevé su inicio a instancia del interesado. Y entiende la Sala que, en el seno de este procedimiento, si la devolución está relacionada con un acto firme, el procedimiento de devolución de ingresos indebidos debe cursarse mediante la revocación, que tendría carácter instrumental respecto de aquél. Esta sorprendente conclusión se extrae de lo dispuesto en el artículo 221.3 LGT, en donde se dispone que cuando el acto que motivó el ingreso indebido "hubiera adquirido firmeza, únicamente se podrá solicitar la devolución del mismo instando o promoviendo la revisión del acto mediante alguno de los procedimientos especiales de revisión establecidos en los párrafos a), c) y d) del artículo 216 y mediante el recurso extraordinario de revisión regulado en el artículo 244 de esta ley".

Todo ello significa que -en opinión de la Sala- si los contribuyentes instan la devolución de ingresos indebidos en relación con un acto que ha devenido firme, pueden hacerlo

36 ECLI:ES:TS:2022:699, Pon. Sr. Navarro Sanchís.

37 ECLI:ES:TS:2022:865, Pon. Sr. Fernández Valverde.

38 Como advierte PALAO TABOADA, C., "Revocación de actos..." *cit.*, pág. 65, "Esta afirmación es sorprendente, pues en algunas de esas citas se sostiene expresamente «la improcedencia del derecho subjetivo a la revocación» o que la iniciación del procedimiento de revocación «incumbe decidirla a la Administración tributaria». En realidad, el derecho subjetivo al que alude la conclusión transcrita no es el derecho a la iniciación del procedimiento de revocación sino el derecho a la devolución de ingresos indebidos y dicha conclusión es la final de todo el razonamiento, que aquí se anticipa, pues, como es obvio, el derecho que se hace valer en el procedimiento de revocación no es el derecho a incoar este procedimiento. Ahora bien, la afirmación del derecho a servirse del procedimiento de revocación para ejercitar un derecho subjetivo implica evidentemente el derecho a iniciar este procedimiento".

a través del procedimiento de revocación, si consideran que concurre alguna de las causas legitimadoras del mismo; y la Administración estaría obligada a resolver por tratarse de una vía instrumental (sic) para lograr la devolución de ingresos indebidos:

“En definitiva -sostienen las sentencias citadas- al igual que ocurre con la solicitud de nulidad de pleno derecho del art. 217 o de rectificación de errores del art. 220, con la solicitud de devolución de ingresos indebidos por el interesado, en los supuestos contemplados en el 221.3 instando o promoviendo, en este caso, la revocación, se debe iniciar el procedimiento a instancia de parte y la Administración viene obligada a resolver, sin que posea potestad de convertir el procedimiento de devolución de ingresos indebidos a instancia del interesado y en el ámbito del art. 221.3, en un procedimiento que solo cabe iniciar de oficio”³⁹.

Las tres sentencias establecen la misma doctrina, pero al mismo tiempo resuelven sobre la procedencia de estimar la revocación y lo hacen de forma distinta. En las dos primeras se pretendía la anulación de las liquidaciones de plusvalía porque la STC 59/2017 había declarado la inconstitucionalidad de las normas reguladoras del impuesto, pero las sentencias rechazan que concurra un supuesto de infracción manifiesta de ley por los siguientes motivos: (i) las causas de anulación contenidas en el art. 219. LGT, son tasadas, sin que entre las mismas se contemple la invalidez de la norma de cobertura por ser inconstitucional; (ii) aunque es posible que los actos de aplicación de una norma que es declarada inconstitucionalidad sí pueda configurar un supuesto de infracción manifiesta de la Ley, y entrar en juego la revocación de dicho acto; (iii) para que prospere el motivo de revocación de infracción manifiesta de la Ley no basta con que se aprecie la infracción determinante de su invalidación, sino que debe tratarse de una infracción “manifiesta”; (iv) se considera infracción manifiesta cuando esta es “ostentosa, palmaria, evidente, clara, indiscutible, que no exija razonamiento alguno, sino la simple exposición del precepto legal correspondiente y del acto de la Administración de que se trate”; (v) la STC 59/2017 declara la inconstitucionalidad de la ley, pero “únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”; (vi) la imprecisión de la declaración de inconstitucionalidad, la diversidad de interpretaciones jurídicas derivadas de esa confusa declaración (que no solo eran diferentes, sino en muchas ocasiones contradictorias), impiden entender que nos encontremos ante un supuesto de infracción manifiesta de ley⁴⁰.

Sin embargo, la STS de 4 de marzo de 2022 citada, sí estimó las pretensiones anulatorias de los recurrentes, con una fundamentación jurídica que tiene especial relevancia práctica. En este asunto se pretendía la anulación de una liquidación firme del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (“**ICIO**”) que había inaplicado una exención en virtud de lo dispuesto en una orden ministerial que, posteriormente, fue anulada. Por ello, la Sala de instancia consideró que procedía la revocación porque, circunstancias sobrevenidas pusieron de manifiesto la improcedencia del acto dictado. Y, en relación con ello, la STS considera procedente la revocación (realizada además por la sentencia recurrida) porque: (i) en el momento en que se dictó la

39 Una interpretación similar fue defendida en 2005 por GARCÍA NOVOA, C., “El procedimiento de revocación en materia tributaria en la nueva LGT”, pág. 13/48, al afirmar que “el art. 221.3 de la LGT/2003 es un espaldarazo a la interpretación de la posibilidad de ‘promover’ contenida en el PRGRVA como algo más que una mera petición graciable (...) hay que admitir que si se puede promover la revocación para lograr la declaración de un ingreso como indebido, esa actividad consistente en promover no es una mera petición graciable que solo obliga a la Administración a acusar recibo de la misma, quedando a su libre discreción el iniciar o no el procedimiento”.

40 PALAO TABOADA, C., “Revocación de actos...”, *cit.*, pág. 89, se muestra abiertamente crítico con este razonamiento, porque (i) prescinde por completo del motivo originario de la solicitud de revocación que era la anulación de las normas del IIVTNU aplicadas por el Ayuntamiento; (ii) la confusión invocada no existía que se publicó la STC 59/2017; y (iii) fueron las sentencias del Tribunal Constitucional sobre plusvalía las que “causaron un enorme desconcierto, pero ello es irrelevante para el asunto enjuiciado por la sentencia comentada, a pesar de lo cual esta alude confusamente a dichas sentencias en su razonamiento”.

41 Esa conclusión parece contravenir lo dispuesto en el artículo 19 TRLRHL, donde se dispone que “Si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de las ordenanzas fiscales, la entidad local vendrá obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que lleve a cabo con posterioridad a la fecha en que aquélla le sea notificada. Salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia, se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada”, pero lo cierto es que no es así, porque dicho precepto solo se refiere a “acuerdos locales” y “ordenanzas fiscales”, mientras que la disposición general anulada en el supuesto fue una orden ministerial.

42 Se trata de una exigencia del principio de buena administración, definitivamente consolidado en nuestra jurisprudencia tributaria, como explicábamos en MARIN-BARNUEVO FABO, D. (2020), “El principio de buena administración en materia tributaria”, en *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, nº 186.

43 A favor de esta interpretación se manifestaba también SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V., “El debate ...”, pág. 104, antes de publicarse las sentencias analizadas, afirmando que “desde nuestro punto de vista, no puede entenderse ya que la Administración estará exclusivamente obligada al acuse de recibo como prevé aquella norma reglamentaria, cuya contradicción con normas superiores debería ser terminante declarada por el TS en futuros pronunciamientos” (pág. 103).

44 Vid., en relación con ello, la STJUE de 21 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:867, en la que se considera abiertamente contrario al principio de buena administración que un Estado no devuelva todo el IVA soportado por el

liquidación la orden negaba la exención; (ii) pero una sentencia declaró la ilegalidad de dicha orden ministerial, lo que implicaba que resultara procedente la aplicación de la exención; (iii) ahora bien, como la sentencia fue posterior a la resolución del procedimiento de gestión, el contribuyente no pudo invocar la sentencia que anulaba la orden ministerial; (iv) por lo que “es evidente que tal nulidad, posterior y sobrevenida, resulta un motivo adecuado para acceder a la revocación de la liquidación firme”⁴¹.

2. Valoración crítica

Las sentencias tienen dos partes claramente diferenciadas que conviene tratar separadamente: (i) de un lado, la que afirma que la actuación de la Administración está sometida a control judicial cuando su decisión está predeterminada por la concurrencia de determinadas circunstancias, lo que permite decir que existe un deber de resolver la solicitud del administrado que promueve la revocación por considerar que, en el caso concreto, concurren esas circunstancias; (ii) de otro lado, la que intenta justificar la posibilidad de iniciar el procedimiento de revocación a instancia de parte por considerar que es uno de los modos posibles de tramitar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos.

En relación con la primera parte, compartimos plenamente la argumentación contenida en la sentencia, porque una Administración que sirve con objetividad los intereses generales debería hacer todo lo posible para hacer efectivos los derechos de los contribuyentes y, por tanto, revocar sus actos si apreciara alguno de los vicios de legalidad que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 LGT, motivan esa liquidación⁴². Por tanto, no puede dejar de resolver una petición del interesado en la que se pone de manifiesto la existencia de esos vicios y se solicita la revocación⁴³.

Es cierto que se trata de una interpretación forzada, basada en principios constitucionales⁴⁴, de las reglas sobre el procedimiento de revocación contenidas en el artículo 219 LGT, y cabe entender que altera el sistema generar de recursos previstos en la Ley General Tributaria⁴⁵. Pero los problemas que pueden derivar de esa alteración (que trataremos más adelante) son menos relevantes que los derivados de legitimar

sujeto pasivo “cuando haya adquirido la certeza, en su caso a la luz de la información adicional facilitada por el sujeto pasivo, de que la cuota del IVA efectivamente soportada, tal como se menciona en la factura adjunta a la solicitud de devolución, es superior a la cuota indicada en dicha solicitud”.

45 En este sentido PALAO TABOADA, C., “Revocación de actos...”, *cit.*, pág. 79, donde afirma que “La tesis de la STS de 9 de febrero de 2022, según la cual el interesado está legitimado para iniciar el procedimiento de revocación, no es aceptable, en primer lugar, en cuanto afirma en el plano dogmático, en contra del texto de la ley y basándose tan solo en una interpretación sesgada de la jurisprudencia, la existencia de un derecho subjetivo del contribuyente a la iniciación del procedimiento de revocación, negando así todo elemento discrecional en esta. La discrecionalidad se caricaturiza como la consagración de «una especie de potestad graciable de la Administración que actúa ante indiferentes jurídicos, pues tan correcto jurídicamente sería revocar como no revocar», ignorándose así la consideración del interés público en la revocación en la que, como hemos visto, hace hincapié la doctrina. Da por supuesto que el Derecho reconoce «un interés o derecho al ciudadano sobre motivos legalmente dispuestos» para afirmar la existencia de una contradicción («un oxímoron irreductible») con el hecho de que, a juicio del Tribunal, a renglón seguido se le niegue dicho interés «al impedirle valerse de los cauces para hacer efectivo el derecho conculcado”.

la inacción de la Administración en los supuestos que, *ope legis*, debería producirse la revocación. Y lo cierto es que, en la actualidad, los supuestos de revocación en la Administración tributaria son ciertamente insólitos o extraordinarios, lo que pone de manifiesto su desinterés por lograr una aplicación más justa del sistema tributario o, quizás también, un error de interpretación al confundir el interés general con el interés recaudatorio⁴⁶.

Un sector de la doctrina ha rechazado abiertamente la interpretación contenida en estas sentencias, afirmando que:

"la tesis de la STS de 9 de febrero de 2022, según la cual el interesado está legitimado para iniciar el procedimiento de revocación, no es aceptable, en primer lugar, en cuanto afirma en el plano dogmático, en contra del texto de la ley y basándose tan solo en una interpretación sesgada de la jurisprudencia, la existencia de un derecho subjetivo del contribuyente a la iniciación del procedimiento de revocación, negando así todo elemento discrecional en esta. La discrecionalidad se caricaturiza como la consagración de «una especie de potestad graciable de la Administración que actúa ante indiferentes jurídicos, pues tan correcto jurídicamente sería revocar como no revocar», ignorándose así la consideración del interés público en la revocación en la que, como hemos visto, hace hincapié la doctrina. Da por supuesto que el Derecho reconoce «un interés o derecho al ciudadano sobre motivos legalmente dispuestos» para afirmar la existencia de una contradicción («un oxímoron irreductible») con el hecho de que, a juicio del Tribunal, a renglón seguido se le niegue dicho interés «al impedirle valerse de los cauces para hacer efectivo el derecho conculcado»⁴⁷.

En relación con esta crítica, consideramos que tendría todo el sentido si las causas de revocación constituyeran supuestos de discrecionalidad u oportunidad, como sucede en la concepción clásica administrativa del procedimiento de revocación⁴⁸. Pero lo cierto es que las especialidades del Derecho Tributario frente al Derecho Administrativo son cada vez mayores⁴⁹ y, en relación con la revocación, vemos que el artículo 219 de la LGT no prevé ninguna causa de revocación por motivos de discrecionalidad u oportunidad, sino que todas las causas de revocación previstas en dicho precepto constituyen supuestos claros de ilegalidad cualificada que, en nuestra opinión, predeterminan el deber de actuación por parte de la Administración⁵⁰.

Por tanto, no hay margen de apreciación discrecional de la Administración para decidir si es o no procedente en el supuesto concreto tramitar el correspondiente procedimiento: si existe "infracción manifiesta de ley", "circunstancias sobrevenidas que determinan la improcedencia del acto" o "indefensión del administrado en la tramitación del

46 Como afirmaba el TS en los autos de 29 de marzo de 2017 (núm. rec. 256/2017) y de 5 de abril de 2017 (núm. rec. 249/2017 y 255/2017), el interés general "no consiste en recaudar más (mero "interés recaudatorio"), sino en obtener la recaudación que derive de la realización de un sistema tributario justo, mediante la puesta en práctica de los principios que proclama el artículo 31 de la Constitución Española (verdadero "interés general")".

47 Nos referimos a PALAO TABOADA, C., "Revocación de actos...", *cit.*, pág. 79.

48 *Vid.*, en relación con ello, GARRIDO FALLA, F., "Nota de jurisprudencia", en *Revista de Derecho Privado*, sept. 1949, págs. 780 y ss., citado por GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La revocación de los actos administrativos...", pág. 151.

49 *Vid.* en relación con esta cuestión MARÍN-BARNUEVO FABO, D., "Las especialidades del Derecho Tributario y su proyección en la aplicación de la doctrina de los actos propios", en MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (dir.), *La doctrina de los actos propios en Derecho Tributario*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2018, pág. 83 y ss.

50 *Vid.* en este mismo sentido RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., La revisión de oficio... *cit.*, pág. 204 y ss., LÓPEZ CANDELA, J., "La nueva configuración...", *cit.* En sentido contrario puede verse ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "La revocación de actos...", *cit.*, pág. 3/14, donde afirma que las causas de revocación combinan los motivos de oportunidad con los de infracción del orden jurídico, y que "la tercera causa de revocación se funda en simples criterios de oportunidad para dejar sin efecto actos tributarios"; *vid.* también SESMA SÁNCHEZ, B., La nulidad de las liquidaciones tributarias, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2017, pág. 313, donde dice que "la revocación de liquidaciones tributarias solo cabe por causas tasadas, que son tanto de legalidad como de oportunidad".

51 En relación con el hecho de que el artículo 219 de la LGT comience diciendo que "La Administración tributaria podrá revocar...", no suscita duda alguna que se trata de un verdadero deber y no de una opción porque, como recuerda LÓPEZ CANDELA, J., "La nueva configuración...", cit., "En el contexto de la vieja Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, cuanto el art. 109 hablaba de que la Administración "podrá revisar" sus actos administrativos la Jurisprudencia ya entendió que ese "podrá" no es una facultad libérrima de la Administración, sino una verdadera acción a favor del administrado, una cláusula habilitante de una potestad. Esto ya lo reiteró la famosa Sentencia del TS de 18 de diciembre de 2007, cuando decía: "...la expresión «podrán» empleada no supone una facultad de la Administración, sino un deber, una obligación de la Administración a desarrollar los actos de instrucción adecuados para la revisión solicitada".

52 Puede decirse por tanto que, conceptualmente, es muy difícil diferenciar en el ámbito del Derecho Tributario entre causas de anulación y causas de revocación, mientras que en la concepción clásica administrativista esa diferencia estaba más clara, en tanto se entendía que "Dentro de la ineficacia, la doctrina ha señalado la invalidez, que es la ineficacia fundada en que el acto no reúne las condiciones requeridas por la ley. Las demás causas de ineficacia se refieren siempre a actos que nacieron reuniendo todos los requisitos legales. Pues bien: la distinción entre anulación y revocación se ha hecho teniendo en cuenta tal distinción, refiriendo la primera a las causas de invalidez. La anulación presupone siempre un acto inválido (...). Así, ROMANELLI dice que la anulación es la eliminación de un acto jurídico inválido del mundo del Derecho. Por el contrario, la revocación no supone un acto inválido, sino válido. Por ello (...) la revocación encuentra su fundamento en

procedimiento precedente", debe inexorablemente iniciar el procedimiento de revocación⁵¹, que finalizará con una resolución que podrá ser o no anulatoria. No hay pues, en nuestra opinión, margen de decisión basada en criterios de oportunidad, sino un claro deber de tramitar el procedimiento si concurre alguno de los tres supuestos de ilegalidad cualificada previstos en el artículo 219 LGT⁵².

En relación con la segunda parte de la sentencia, creemos que existen distintos motivos para considerar que la argumentación y conclusión contenidas en esas sentencias son desafortunadas. En primer lugar, porque el procedimiento de devolución de ingresos indebidos tiene por objeto, única y exclusivamente, reembolsar al obligado tributario de los errores cometidos en el momento de realizar el pago. Se refiere por tanto solo a las actuaciones realizadas por el obligado tributario en el procedimiento de recaudación, que están totalmente dissociadas de las actuaciones realizadas por la Administración en los procedimientos de liquidación de la deuda o de la sanción, porque el artículo 221.1 LGT dispone que este procedimiento se iniciará en los siguientes supuestos:

- (a) Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones.
- (b) Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación.
- (c) Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción. En ningún caso se devolverán las cantidades satisfechas en la regularización voluntaria establecida en el artículo 252 de esta Ley.
- (d) Cuando así lo establezca la normativa tributaria.

Se trata, por tanto, de un procedimiento singular en el que no se cuestiona la legalidad de la actuación de la Administración ni la validez del acto de determinación de la deuda o la sanción. Únicamente se constata que se ha pagado una cantidad superior a la exigida y, sin enjuiciar los actos de determinación de la deuda o sanción, se procede a la devolución de lo pagado en exceso⁵³. Por ello se ha dicho que se trata de un supuesto "ingresos indebidos en sentido estricto", porque "en los demás supuestos el ingreso no es realmente indebido y su declaración como tal pasa por la anulación del acto que estableció la obligación"⁵⁴.

causas sobrevenidas y objetivamente ciertas, que justifican la eliminación de un acto, válidamente nacido, de la vida jurídica" GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La revocación de los actos administrativos...", pág. 150. Vid también la definición del diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE recogida en la primera nota, donde puede advertirse esa misma diferenciación.

53 *Vid.*, en este mismo sentido, PALAO TABOADA, C., "Revocación de actos...", cit., pág. 80.

54 *Ibidem.*

Es cierto que el artículo 221 LGT utiliza la expresión “devolución de ingresos indebidos” de forma genérica, sin distinguir claramente entre el “procedimiento de devolución de ingresos indebidos” y la “devolución de ingresos indebidos” derivada de cualquier tipo de procedimiento. Así se advierte claramente en el artículo 221.2, donde menciona la posibilidad de que la devolución de ingresos indebidos “se hubiera reconocido mediante el procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo o en virtud de un acto administrativo o una resolución económico-administrativa o judicial”. Es obvio que la estimación de un recurso que determina la anulación de un acto de liquidación puede determinar la devolución de lo pagado, pero también es obvio que en esos supuestos sería claramente improcedente reconocer la existencia de un “procedimiento” de devolución de ingresos indebidos.

Creemos que se produce esa misma indiferenciación en el artículo 221.3 LGT, donde el legislador menciona con poca fortuna el tercer supuesto de devolución de ingresos indebidos: la estimación de un recurso extraordinario de revisión, que -igual que sucedía con los recursos ordinarios- puede motivar la anulación del acto de liquidación y la consecuente devolución de lo pagado⁵⁵. Pero ello no significa que exista una comunicación entre el procedimiento de devolución de ingresos indebidos y los procedimientos ordinarios y extraordinarios de revisión⁵⁶.

Por ello, opinamos que la interpretación realizada por la Sala del desafortunado 221.3 LGT es incorrecta, porque los procedimientos especiales de revisión (nulidad de pleno derecho, revocación, y rectificación de errores), igual que los procedimientos ordinarios de impugnación (recurso de reposición y reclamación económico-administrativa) tienen por objeto la anulación de los actos cuyo contenido es contrario a Derecho y, por tanto, no pueden tener una función instrumental respecto del “procedimiento” de devolución de ingresos indebidos, que solo tiene por objeto reembolsar el contribuyente de lo pagado en exceso por error⁵⁷. Es cierto que la mayoría de los supuestos de impugnación y revisión en materia tributaria tienen contenido económico y pueden generar una obligación de devolución de lo indebidamente pagado, pero es preciso diferenciar los supuestos en que se cuestiona la legalidad del acto administrativo de otros supuestos en que no se cuestiona la legalidad del acto y solo se pretende la restitución de lo indebidamente pagado.

nuestra parte (la tramitación de un procedimiento de revocación, si determinase la anulación del acto de liquidación, ocasionará en la mayoría de los supuestos una “devolución” de ingresos indebidos, no un “procedimiento” de devolución de ingresos indebidos).

55 Es cierto que la regulación es confusa y puede resultar equívoca, como también puede resultar equívoca la afirmación de GARCÍA NOVOA, C., “El procedimiento de revocación en materia tributaria en la nueva LGT”, págs. 14-48, cuando afirma que “el deber de devolución es siempre fruto de haber pagado una cantidad distinta a la impuesta por ley, por lo que, como apuntamos en otra ocasión, el fundamento de la solicitud de una declaración de un ingreso como indebido es la necesidad de restituir la vigencia del principio de legalidad, en cuanto exigencia constitucional en la ordenación de los tributos y por tanto la necesidad de restablecer la plena vigencia del ordenamiento tributario. Una finalidad coincidente con la de la revocación, por lo que no ha de extrañar que el art. 221.3 de la LGT configure la revocación como un instrumento para la declaración de lo indebido y no en otros supuestos, puesto que, ejerciéndose siempre la revocación en beneficio del particular, la misma consistirá normalmente en la retirada de un acto de liquidación que supuso el ingreso de una deuda tributaria”. Esas afirmaciones pueden interpretarse en un sentido coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cuando concluye que “con la solicitud de devolución de ingresos indebidos por el interesado, en los supuestos contemplados en el 221.3 in stando o promoviendo, en este caso, la revocación, se debe iniciar el procedimiento a instancia de parte”) o, también, en un sentido coincidente con la interpretación mantenida por

56 Como también explica PALAO TABOADA, C., “Revocación de actos...”, *cit.*, pág. 83 y ss., donde recoge otro argumento añadido a los anteriormente expuestos, como es el hecho de que no se apliquen las mismas reglas de prescripción en unos y otros procedimientos.

57 *Vid.*, en este mismo sentido, PALAO TABOADA, C., “Revocación de actos...”, *cit.*, pág. 81.

Es más, cabe añadir que la devolución de ingresos indebidos derivada de la anulación de un acto de liquidación va por un cauce procedimental específico, denominado “Procedimiento para la ejecución de las devoluciones tributarias”, que es distinto del establecido para la finalización del procedimiento de devolución de ingresos indebidos⁵⁸.

En último lugar, aunque directamente vinculado a lo anterior, consideramos que la interpretación seguida por la Sala en estas sentencias es desafortunada porque, al sostener que el motivo por el que el procedimiento de revocación puede iniciarse a instancia de parte es su carácter instrumental respecto del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, está limitando ese derecho a los contribuyentes que hubieran realizado el pago y tuvieran derecho a la devolución de lo pagado. Y ello carece de toda lógica jurídica porque significaría negar el derecho a instar esa revisión a quienes no pagaron porque carecían de medios económicos (lo que constituiría una especie de *solve et repete* revivido) y, también, a quienes soportaron la ilegalidad en la determinación de una deuda en la que tenían bases imponibles negativas y, por tanto, su pretensión no es de devolución sino de reconocimiento de un mayor derecho de crédito⁵⁹.

58 En efecto, como señala PALAO TABOADA, C., “Revocación de actos...”, cit., pág. 81, cuando la devolución deriva del cumplimiento de una resolución o sentencia, o por un acuerdo de revisión, la ejecución de la devolución se deberá realizar de acuerdo con lo previsto en el artículo 131.2 RG-GIT; mientras que, si la devolución deriva de la tramitación de un procedimiento de devolución de ingresos indebidos, la Administración debe actuar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del RGRVA.

59 Esta idea se encuentra también en el trabajo de GARCÍA NOVOA, C., “El procedimiento de revocación en materia tributaria en la nueva LGT”, págs. 14-48, cuando decía que la revocación “en condiciones normales, servirá para poner de manifiesto el carácter indebido de un ingreso y permitirá la declaración del derecho a la devolución. Salvo supuestos en que la finalidad de la revocación sea sustituir una liquidación con cuantía negativa por otra con una cuantía negativa mayor, el ejercicio de la revocación no podrá desligarse del ingreso indebido. Esta será la situación más habitual”.

IV. Aplicación práctica de la nueva doctrina jurisprudencial

1. Contenido de la nueva doctrina jurisprudencial

La doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias citadas es extraordinariamente relevante en la interpretación del procedimiento de revocación y, en particular, en relación con las formas de iniciación y de resolución. En ellas, al responder la primera cuestión planteada, se responde lo siguiente:

“dado que no estamos en la órbita directa del art. 219 de la LGT, sino en el procedimiento de devolución de ingresos indebidos y en el supuesto contemplado en el art. 221.3 ha de convenirse que el interesado posee acción para solicitar el inicio del procedimiento, sin que pueda escudarse la Administración para no iniciar y resolver sobre la revocación del acto firme el corresponderle la competencia exclusiva para iniciar de oficio el procedimiento de revocación; la resolución expresa o por silencio derivada de la solicitud cursada por el interesado en aplicación del art. 221.3, conforme a los principios de plenitud jurisdicción y tutela judicial efectiva, es susceptible de impugnación y de poseer el órgano judicial los datos necesarios, tiene potestad para pronunciarse sobre el fondo, sin necesidad de ordenar la retroacción del procedimiento de revocación”.

Esa primera declaración conlleva tres consecuencias jurídicas extraordinariamente relevantes: (i) el administrado puede iniciar el procedimiento de revocación cuando del mismo puede derivar una devolución de ingresos indebidos, lo que sucederá siempre que hubiera pagado la deuda o sanción cuyo contenido pretende revocar; (ii) la falta de

resolución de la solicitud, así como la resolución que declara la inadmisión o desestima la pretensión, son susceptibles de impugnación; (iii) el órgano judicial que conociera de la impugnación puede pronunciarse directamente sobre el fondo, ordenando por sí mismo la revocación del acto al que se refería la solicitud inicial y sin necesidad de ordenar la retroacción.

En relación con la posibilidad de instar la revocación por "infracción manifiesta de ley" de los actos de liquidación de la plusvalía municipal, que pudieran verse afectados por la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, las sentencias comentadas resuelven del siguiente modo:

"al tiempo en que se producen los hechos y recae la propia sentencia impugnada, lo que era evidente era la incertidumbre, la oscuridad de la normativa, sus posibles interpretaciones razonables y, en definitiva, un abanico de repuestas jurídicas y judiciales no ya diferentes sino incluso contradictorias; es evidente que la infracción está lejos de colmar los criterios que la jurisprudencia ha identificado para integrar la infracción de la Ley como manifiesta. Por lo que la conclusión se impone, no estamos ante el supuesto del art. 219.1 de revocación por infracción manifiesta de la Ley, y planteado en estos términos el debate no cabe entrar en otras consideraciones".

Esa segunda declaración es bien directa y plantea pocos problemas de interpretación: la infracción manifiesta de ley es un presupuesto de hecho cuya apreciación exige que la infracción sea manifiesta, esto es, "ostentosa, palmaria, evidente, clara, indiscutible, que no exija razonamiento alguno, sino la simple exposición del precepto legal correspondiente y del acto de la Administración de que se trate". Y esa hipótesis no concurre cuando se trata de analizar las posibles ilegalidades derivadas de la liquidación de la plusvalía municipal en los años considerados, porque esa eventual ilegalidad "está lejos de colmar los criterios que la jurisprudencia ha identificado para integrar la infracción de la Ley como manifiesta".

Finalmente, en la STS de 4 de marzo de 2022 se resuelve la segunda cuestión de forma específica, de un modo que viene a integrar la doctrina jurisprudencial sobre el recurso de revocación, al establecer lo siguiente: (i) aunque el contribuyente solicite la devolución de ingresos indebidos y no la revocación; (ii) cabe admitir el planteamiento de la revocación en la vía jurisdiccional (ii) que posibilita una resolución judicial que puede directamente revocar, sin necesidad de ordenar la retroacción; (iv) y que puede estimar la revocación si sucede, como en el caso enjuiciado, que una orden ministerial que justificaba la inaplicación de la exención fue anulada después de dictarse la liquidación; (v) porque en esos casos cabe entender que concurría una circunstancia sobrevenida (la nulidad de la Orden) que afectaba a la situación jurídica del particular.

2. Aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial a solicitudes de revocación de la plusvalía municipal

A partir de esas conclusiones, cabe cuestionar si esta nueva doctrina sería apta para lograr la anulación de liquidaciones basadas en normas ulteriormente declaradas inconstitucionales, tal y como sucedió paradigmáticamente con las liquidaciones de plusvalía municipal. En relación con esta cuestión, creemos que la jurisprudencia analizada no permite ser muy optimista, por los siguientes motivos.

Si los contribuyentes invocan la STC 59/2017 y consideran procedente la revocación por el primer motivo recogido en el artículo 219 LGT, esto es, “porque se estime que infringen manifiestamente la ley”, la pretensión debería ser desestimada porque la inconstitucionalidad declarada en esta primera sentencia es condicionada y solo resulta apreciable cuando los actos de liquidación “someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”. Y como la constatación de esa inexistencia de incremento de valor exige analizar el expediente y comparar los valores de adquisición y transmisión, es muy difícil apreciar que nos encontramos ante un supuesto de infracción manifiesta de la ley.

Ahora bien, si los contribuyentes consideran procedente la revocación por el segundo motivo recogido en el artículo 219 LGT, esto es, porque “circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado”, la situación creemos que podría ser distinta, porque la STS de 4 de marzo de 2022 citada consideró procedente la revocación del acto impugnado en un supuesto en que la anulación judicial de una disposición general implicaba que fuera procedente la aplicación de una exención en favor del recurrente, afirmando que “la circunstancia sobrevenida consistía en la nulidad judicial de la Orden que había constituido el fundamento de la liquidación. Es evidente que tal nulidad, posterior y sobrevenida, resulta un motivo adecuado para acceder a la revocación de la liquidación firme”.

Por tanto, *mutatis mutandi*, podría entenderse que la declaración de inconstitucionalidad de las reglas de determinación de la base imponible de la plusvalía contenida en la STC 59/2017 constituyen una circunstancia sobrevenida que puede poner de manifiesto la improcedencia del acto dictado, lo que constituye la segunda causa de revocación contemplada en el artículo 219.1 LGT y, como sucedió en la STS de 4 de marzo de 2022, podría ser motivo suficiente para lograr la revocación de las liquidaciones firmes en las que no hubo incremento de valor de los terrenos (siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción)⁶⁰.

Ahora bien, si los contribuyentes instan la revocación en relación con la STC 182/2021 la situación podría ser distinta, porque esta sentencia limitó expresamente los efectos de su declaración de inconstitucionalidad y dispuso que no son susceptibles de ser revisadas aquellas obligaciones tributarias que hayan devenido firmes, considerando situaciones consolidadas las liquidaciones

60 Esta posibilidad es rechazada, en abstracto, por SESMA SÁNCHEZ, B., La nulidad de las liquidaciones..., pág. 316, donde afirma que la revocación en esos supuestos sería contraria al principio de igualdad, porque “permitiría anular liquidaciones ya firmes por no haber sido recurridas al amparo de la invalidez de la norma de cobertura pero, sin embargo, dejaría incólumes las que por haberse recurrido ya hubieran sido confirmadas en vía administrativa o judicial”. En nuestra opinión, ello no constituiría un supuesto de desigualdad injustificada, porque el que hubiera impugnado y tuviera una resolución desfavorable tendría la posibilidad de instar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse la sentencia. Y también es oportuno destacar que la STS de 9 de febrero de 2022 citada, parece reconocer especial relevancia jurídica a esa limitación de efectos en su Fundamento Jurídico Sexto. Por todo ello es posible entender que existen argumentos jurídicos sólidos para desestimar la solicitud de revocación y devolución de ingresos indebidos, al menos mientras siga siendo válida la controvertida limitación de efectos contenida en la STC 182/2021⁶¹.

3. Aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial en otros supuestos

La doctrina jurisprudencial expuesta posibilita el inicio del procedimiento de revocación en todos los supuestos en que el resultado favorable al contribuyente motivara una devolución de lo previamente pagado (devolución de ingresos indebidos, según las sentencias analizadas), siempre que concurriera una de las tres causas de revocación previstas en el artículo 219 LGT. Ahora bien, la diversidad de supuestos imaginables hace que resulte prácticamente imposible establecer una teoría general al respecto.

En todo caso, sí tiene sentido cuestionar la posibilidad de iniciar a instancia de parte un procedimiento de revocación referido a actos de naturaleza tributaria que no pudieran generar una devolución de ingresos indebidos, bien porque no establecieran una obligación de pago (por tratarse, por ejemplo, de un contribuyente que tiene bases imponibles negativas) o bien porque establecieran una obligación de pago que fue desatendida por el obligado tributario.

La pregunta es pertinente porque, según la doctrina jurisprudencial expuesta, el reconocimiento del derecho de los contribuyentes a iniciar el procedimiento de revocación del artículo 219 LGT está vinculado al reconocimiento final de una devolución de ingresos indebidos del artículo 221 LGT y, en los supuestos citados, no habría ningún tipo de ingreso susceptible de devolución.

En esos casos, según una interpretación literal de la doctrina jurisprudencial analizada, deberíamos considerar improcedente el inicio a instancia de parte del procedimiento de revocación, porque la eventual estimación no provocaría la devolución de una parte de lo pagado. Ahora bien, inmediatamente después debemos señalar que esa diferencia de trato nos parece difícilmente justificable desde una perspectiva del principio de igualdad, porque supondría establecer una diferencia de trato claramente injustificada para quienes soportaron la ilegalidad de un acto por el hecho de que su revocación motive o no una devolución de ingresos indebidos.

Y conviene subrayar que, el principio de igualdad aparece expresamente citado en el artículo 219 de la LGT, lo que llevó a afirmar a algún autor, antes de conocerse el problema ahora apuntado, que ese principio de igualdad “proscribe la existencia de cualquier clase de trato discriminatorio, como sucedería en el supuesto de que

61 Como es sabido, dos autos del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:291A y ECLI:ES:TS:2023:638A) admitieron a trámite sendos recursos de casación con la finalidad de delimitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad señalada: (i) determinar los efectos de la inconstitucionalidad en relación con las liquidaciones que, a pesar de no haber adquirido firmeza, a esta fecha no habían sido impugnadas; y (ii) precisar si ha de estarse a la fecha del dictado o de la publicación de la citada sentencia para discernir si se trata una situación consolidada o no y si procede su impugnación con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad que realiza.

se acordase la revocación respecto de un acto de un obligado tributario y no se hiciese, en cambio, lo propio respecto a otro acto idéntico que afectase a otros obligados tributarios⁶². Por todo ello cabe imaginar que, en aplicación del principio de igualdad, los tribunales acabarían reconociendo a los obligados tributarios que no ingresaron el mismo derecho a instar el procedimiento de revocación que a los obligados que sí ingresaron.

V. Conclusiones

Como se desprende de lo expuesto, la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del TS de 2022 reconoce el derecho de los administrados a solicitar el inicio del procedimiento de revocación en los supuestos en que el resultado del mismo puede implicar una devolución de ingresos indebidos, sin que a tal efecto se considere relevante que el artículo 219 LGT solo prevea la iniciación de oficio de dicho procedimiento.

Además, según esa misma jurisprudencia, los principios de plena jurisdicción y tutela judicial efectiva permiten al órgano judicial que conoce de los recursos presentados contra la resolución expresa o el silencio administrativo pronunciarse sobre el fondo y anular los actos cuya revocación se pretendía.

Es cierto que la fundamentación jurídica de esas sentencias puede ser criticada por distintos motivos, pero también es verdad es que la nueva doctrina jurisprudencial establecida amplía las posibilidades de impugnación de los contribuyentes y facilita la anulación de actos tributarios ilegales, lo que constituye una mejora en la consecución de un sistema tributario más justo. Ahora bien, no resulta evidente que esa ampliación de las posibilidades de impugnación sea de especial utilidad para lograr la anulación de las liquidaciones de plusvalía municipal dictadas en aplicación de normas que luego fueron declaradas inconstitucionales.

Finalmente debemos señalar que, ciertamente, el cambio introducido altera el sistema de revisión en vía administrativa recogido en los artículos 213 y ss. de la LGT. Pero nos parece exagerado afirmar, que ello constituye una grave desvirtuación del sistema porque supone ampliar de facto a cuatro años el plazo de impugnación general de los actos de naturaleza tributaria, porque la revocación no es un procedimiento apto para instar la anulación de cualquier tipo de actos, sino solo de la de aquellos en los que concurre una causa de anulación cualificada de las expresamente recogidas en el artículo 219 LGT⁶³.

62 *Vid.* CHECA GONZÁLEZ, C. "Procedimientos especiales...", pág. 851.

63 Con esta afirmación queremos subrayar que, en nuestra opinión, carece de relevancia el problema planteado por la doctrina que considera que podría utilizarse este "procedimiento especial de revisión de los actos tributarios como vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios" (ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "La revocación...", cit., págs. 6-14). Nos parece poco relevante porque el hecho de que los interesados pudieran instar la revocación en el plazo de cuatro años no significa que puedan utilizar ese procedimiento para cualquier tipo de anulación, sino solo para los supuestos de anulabilidad cualificada, del mismo modo que existe un plazo todavía mayor para los supuestos todavía más graves, como son los de nulidad de pleno derecho.

Diez años desde la llegada del primer escrito preventivo a España: la defensa anticipada frente a una posible solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* en los procedimientos de infracción de derechos de propiedad industrial

I. Introducción	66
II. Los escritos preventivos antes y después de la Ley de Patentes	67
III. Cuestiones y dudas prácticas que surgen a la hora de presentar y dar trámite a un escrito preventivo	70
1. ¿Quién puede presentar un escrito preventivo? La solicitante prevenida y la acreditación del “temor razonable” a ser sujeto pasivo de una solicitud de medidas cautelares <i>inaudita parte</i>	70
2. ¿Y contra quién puede presentarse? La pre-actora.	72
3. ¿Cuál debe ser el contenido de un escrito preventivo?	74
4. ¿Determina la presentación de un escrito preventivo la competencia territorial del procedimiento de medidas cautelares que el futuro actor pretenda instar?	81
5. ¿Qué efectos conlleva la admisión del escrito preventivo?	83
6. ¿Qué plazo tienen los escritos preventivos?	83
7. ¿Puede la solicitante prevenida retirar el escrito preventivo una vez admitido a trámite?	85
8. ¿Qué debe notificarse a la pre-actora?	86
9. ¿Notificación al resto de Juzgados Mercantiles potencialmente competentes?	89
10. ¿Cabe la presentación de escritos preventivos en otros ámbitos que no solo sean el de infracción de los derechos de patente?	89
11. ¿Y cabe la presentación de escritos preventivos para evitar la adopción de diligencias de comprobación de hechos?	93
IV. Conclusión: atendida la práctica seguida por nuestros tribunales a la hora de aplicar los escritos preventivos ¿se podría extender esta herramienta procesal de los escritos preventivos a otros ámbitos distintos al de la propiedad industrial?	94



Resumen: Tras 10 años desde que se admitiera a trámite el primer escrito preventivo por parte de nuestros tribunales, y más de seis años desde que entró en vigor la nueva Ley de Patentes (Ley 24/2015), que positivó dicha herramienta procesal, los escritos preventivos se han venido utilizando de forma habitual, sobre todo en el marco de las ferias y congresos, como un medio de defensa anticipada ante una posible solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* en asuntos de infracción de derechos de propiedad industrial. En el presente artículo analizamos cómo dichos escritos preventivos se han venido utilizando en la práctica y las cuestiones y dudas que se siguen planteando en torno a los mismos, y cómo estas están siendo resueltas por nuestros tribunales.

Abstract: After 10 years since the first preventive writ was accepted by our courts, and more than six years since the new Patent Law (Law 24/2015) came into force, which facilitated this litigation tool, preventive writs have been commonly used, especially in the context of trade fairs and congresses, as a means of early defence against possible injunctive relief in cases of infringement of industrial property rights. In this article, we analyse how these preventive writs have been used in practice and the questions and doubts that continue to be raised about them, and how these are being resolved by our courts.



Palabras clave: Escritos preventivos; medidas cautelares; *inaudita parte*; *ex parte*; propiedad industrial.

Keywords: preventive writs; precautionary measures; *inaudita parte*; *ex parte*; industrial property.

Diez años desde la llegada del primer escrito preventivo a España: La defensa anticipada frente a una posible solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* en los procedimientos de infracción de derechos de propiedad industrial

I. Introducción

El escrito preventivo es un mecanismo procesal de defensa anticipatoria, importado de Alemania y recogido por nuestro legislador en el artículo 132 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, (“**Ley de Patentes**”), pero que desde el 2013 ha venido reconociéndose, no sin polémica como veremos, por algunos tribunales españoles, principalmente los de Barcelona.

Dicho mecanismo está pensado para que, todo aquel que prevea o, mejor dicho, “tema” (por ser éste el término utilizado por nuestro legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de Patentes) que el titular de un derecho de propiedad industrial podría instar contra él una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*, pueda comparecer ante el tribunal que considere competente para conocer de esas posibles medidas cautelares y realizar las alegaciones que estime oportunas para evitar que sean concedidas sin previamente celebrar la vista de oposición prevista en el artículo 733.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, en adelante, “**LEC**”). En otras palabras: el escrito preventivo viene a ser una contestación u oposición anticipada a una posible futura solicitud de medidas cautelares y su finalidad es evitar que éstas sean concedidas *inaudita parte*. Así, el objetivo principal del escrito preventivo es proporcionar a las autoridades judiciales la mayor cantidad de información posible para que tenga en cuenta dichos argumentos a la hora de tomar una decisión sobre la solicitud de una medida cautelar presentada *inaudita parte* contra dicha sociedad. Como ha apuntado la Comisión Europea, “el instrumento del escrito preventivo puede verse como una herramienta idónea para ayudar a equilibrar, de manera justa y proporcionada, los diversos intereses contrapuestos y los derechos fundamentales en cuestión en relación con la posibilidad de emitir las medidas *ex parte*” en asuntos de infracción de derechos de propiedad industrial¹.

Si bien dicho mecanismo se ha venido utilizando en España de forma generalizada en el ámbito de los derechos de propiedad industrial desde que se empezó a aceptar por parte de nuestros tribunales y, sobre todo, una vez entró en vigor la nueva Ley de Patentes, la práctica nos muestra que es una herramienta que deviene principalmente atractiva y útil en el marco de la celebración de congresos y ferias profesionales. Así, ante el temor de ser sujetos pasivos de una medida cautelar que pudiera obstaculizar la participación en una feria o congreso, con los daños no solo económicos y comerciales, sino también a la imagen y reputacionales que ello podría generar, las empresas han visto en los escritos preventivos una herramienta útil para intentar evitar contratiempos y sorpresas desagradables durante dicho evento. El ejemplo más paradigmático de ello es el Mobile World Congress (“**MWC**”), principal congreso mundial de telefonía móvil que se celebra anualmente en Barcelona. De hecho, como se desprende de los informes sobre el

1 Véanse las Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (“**Directiva 2004/48/CE**”), COM (2017) 708 final, Bruselas, 29 de noviembre de 2017.

funcionamiento del Protocolo de Servicio de Guardia y Actuación Rápida durante la celebración del Mobile World Congress, desde el año 2015 (primer año en el que se aprobó dicho Protocolo) se han presentado ante los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y los Juzgados de Marca de la Unión Europea de Alicante un total de 109 escritos preventivos².

Si bien llevamos varios años familiarizados con la presentación y tramitación de estos escritos preventivos, siguen siendo varias las cuestiones abiertas en relación con las cuales no hay una respuesta unánime por parte de nuestros tribunales. En el presente análisis, trataremos varias de estas cuestiones. Así, tras hacer una breve referencia a cómo se importaron y articularon en nuestro ordenamiento jurídico y procesal dichos escritos preventivos antes de su positivación en el artículo 132 de la nueva Ley de Patentes, analizaremos dicho precepto y algunas de las dudas que se han ido planteando con su aplicación y cómo están siendo gestionadas por los tribunales y la doctrina. Finalmente, y a modo de conclusión, trataremos la cuestión relativa a si, vista la práctica adquirida en el ámbito de la propiedad industrial con la tramitación de los escritos preventivos, procedería ampliar su aplicación a otros ámbitos distintos.

II. Los escritos preventivos antes y después de la Ley de Patentes

Los escritos preventivos tienen su origen en Alemania. La primera referencia que encontramos a los mismos (con la denominación “*Schutzschrift*”) es en una Sentencia de 14 de mayo de 1965 del Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo. Desde entonces, los tribunales alemanes han ido reconociendo de forma unánime estos escritos preventivos sobre la necesidad de preservar el derecho fundamental a la defensa, aunque curiosamente no se recogieron de forma expresa en el Código Procesal Civil alemán (el “*Zivilprozessordnung*” o “*ZPO*”) hasta que éste se reformó, reforma que entró en vigor en enero de 2016³. Es preciso señalar que en Alemania los escritos preventivos están previstos, no solo en los procedimientos de infracción de derechos de propiedad industrial, sino en cualquier procedimiento del orden civil o mercantil y su práctica está más que asentada, presentándose más de 20.000 escritos preventivos anualmente⁴.

Desde entonces, son varios los países de nuestro entorno que han venido aceptando la posibilidad de presentar escritos preventivos, tales como: Bélgica, Países Bajos, Francia y Suiza. Asimismo, esta posibilidad ha sido también recogida en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes, en concreto en la Regla 207.

Como hemos avanzado, en España los escritos preventivos se introdujeron con la nueva Ley de Patentes, en su artículo 132. Con anterioridad, desde el año 2013, los juzgados de lo mercantil de Barcelona los han venido admitiendo por la vía del procedimiento de “jurisdicción voluntaria”, inicialmente a través del procedimiento recogido en el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (“**LEC de 1881**”)⁵ y, después, con la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el 2015 (Ley 15/2015, de 2 de julio), por la vía de los artículos 1.2 y 139 de dicha ley.

2 Datos publicados en la página web del Consejo General del Poder Judicial <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/Protocolo-de-los-Juzgados-Mercantiles-para-el-Mobile-World-Congress-Barcelona-2023>.

3 El artículo 945a ZPO tras la reforma establece lo siguiente: “[...] *Schutzschriften sind vorbeugende Verteidigungsschriftsätze gegen erwartete Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung [...]*” (traducción: “Los escritos de protección son escritos de defensa preventiva contra solicitudes previstas de detención o de medidas cautelares”).

4 Así lo apuntan los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona al tramitar los escritos preventivos como, por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona de 12 de mayo de 2022 (Roj: AJM B 2929/2022).

5 Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, el primer escrito preventivo admitido en España fue mediante el Auto de 18 de enero de 2013 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (Roj: AJM B 29/2013)⁶, siendo en aquel momento titular el Magistrado D. Luis Rodríguez Vega. Dicha resolución fue dictada en relación con un asunto de infracción de derechos de patentes y trajo causa de la solicitud presentada por parte de dos empresas de medicamentos genéricos que entendían que había un riesgo de que se solicitara contra ellas unas medidas cautelares *inaudita parte* por parte del titular de tres patentes que protegían el principio activo *celecoxib* y los medicamentos que lo incorporaban. Dicha solicitud se articuló por la vía de la jurisdicción voluntaria, regulada en ese momento en el artículo 1.811 y siguientes de la LEC de 1881, y la pretensión ejercitada mediante la misma era la siguiente: “se acuerde no haber lugar a la adopción de las medidas cautelares sin audiencia de parte y se señale la celebración de la vista del Art. 734 LEC realizándose las notificaciones y citación de TEVA PHARMA, S.L.U. y RATIOPHARM ESPAÑA, S.A. directamente a través de esta representación procesal”.

En el auto admitiendo a trámite dicho escrito, el juzgado, tras apuntar que dicha petición carecía de regulación legal expresa, se mostró a favor de la misma, afirmando que “coincido en la conveniencia y utilidad de un procedimiento para tramitar dicha pretensión”. Y ello por cuanto, como se apunta en dicho auto, “aunque no es imprescindible, lo cierto es que permite limitar a aquellos casos en los que esté especialmente justificado la adopción de medidas cautelares sin audiencia del demandado, reconociendo a éste su derecho de defensa con plena contradicción, y al mismo tiempo es útil ya que permite celebrar la vista y resolver sobre las medidas con mucha mayor facilidad y agilidad”. A este respecto, el juzgado se hizo eco del hecho de que en este tipo de asuntos la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, esto es, sin audiencia del demandado, suele justificarse “por motivos de urgencia, concretamente por la dificultad de ofrecer un (sic) respuesta judicial a la tutela cautelar que reclama el demandante en un plazo que garantice su efectividad. Ello es realmente difícil cuando hay que citar al demandado a una vista”, y ello a pesar de que la adopción *inaudita parte* suponga “un límite relevante efectivo al derecho de defensa del demandado, límite que ha de estar plenamente justificado”. Ahora bien, mediante la presentación del escrito preventivo y con el ofrecimiento de que cualquier notificación se hiciera a través de la representación procesal que comparece al presentar el escrito preventivo, lo que se pretende es, precisamente, “eliminar, al menos parcialmente, dicha justificación”, pues es un hecho que “el margen de justificación queda muy reducido cuando el presunto demandado designa procurador y abogado y se ofrece a comparecer de forma inmediata a la vista prevista en el art. 734, si se presentan las medidas”.

6 Ver el análisis que se hace de dicha resolución en SCHUMMANN BARRAGÁN, G. (2019) *Los escritos preventivos en la Ley de Patentes. La Ley Mercantil*, nº 62. Editorial Wolter Kluwer, págs. 7 y 8.

Por estos motivos, el juzgado accedió a dar trámite a dicho escrito vía jurisdicción voluntaria, a pesar de ser consciente de las limitaciones que entrañaba dicho procedimiento, pues éste solo tendría eficacia si la solicitud de medidas cautelares se acabara presentando ante los Juzgados de Barcelona, elección de fuero que dependería del futuro demandante y solicitante de las mismas. En cualquier caso, el juzgado señaló que, para el caso de que dicha solicitud se presentara ante los

Juzgados de Barcelona, la incoación del expediente de escrito preventivo debía reputarse como antecedente a los efectos de aplicar las normas de reparto. Asimismo, apuntó que, ex artículo 1.813 LEC 1881, la incoación de dicho expediente debía ser puesta en conocimiento de la futura posible demandante, tendría una duración de seis meses y aclaró que, aunque dicho escrito preventivo fuera admitido a trámite, ello en ningún caso impediría que, de solicitarse finalmente las medidas cautelares *inaudita parte*, estas fueran concedidas si seguían existiendo razones de urgencia que pudieran justificar su adopción sin audiencia del demandado.

De hecho, unos meses después de la admisión a trámite de dicho escrito preventivo, ese mismo juzgado acordó *inaudita parte* las medidas cautelares solicitadas por el titular de la patente contra las solicitantes prevenidas. Como apuntó en su Auto de 18 de marzo de 2013 (Roj: AJM B 13/2013), aunque la presentación del escrito preventivo “indudablemente ha servido para que pudiera tener presente las causas de oposición a la adopción de las medidas sin su audiencia, aunque no las haya estimado, y para que, en el momento en el que se presente dicha oposición, se pueda tramitar con mayor agilidad”, entiende que en ese procedimiento concurrían razones de urgencia que hacían que dichas medidas cautelares se tuvieran que conceder sin audiencia del demandado, al ser inviable poder celebrar una vista de oposición antes de que los efectos irreversibles sobre el precio del producto del titular de la patente se hicieran efectivos como consecuencia del lanzamiento de los medicamentos genéricos de las demandadas / solicitantes prevenidas.

Pocos meses después, el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, siendo en ese momento titular el Magistrado D. Daniel Irigoyen Fujiwara, dictó el Auto de 3 de junio de 2013⁷ admitiendo otro escrito preventivo, utilizando argumentos similares a los del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 al que nos hemos referido. Y desde entonces, y hasta que la nueva Ley de Patentes entró en vigor, los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona han ido aceptando, vía jurisdicción voluntaria, estos escritos.

Ahora bien, como hemos avanzado, ésta no ha sido una posición pacífica dentro de nuestros tribunales. De hecho, hasta que la Ley de Patentes no entró en vigor el 1 de abril de 2017, los Juzgados de lo Mercantil de Madrid rechazaron de forma sistemática admitir a trámite estos escritos. A modo de ejemplo, invocamos el Auto de 29 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (JUR 2014\64117). El principal motivo esgrimido para rechazar el escrito preventivo es que dicha figura no estaba prevista en nuestro ordenamiento jurídico y que el cauce de la jurisdicción voluntaria no era el adecuado. Además, dicho rechazo se justificó también en que la figura del escrito preventivo no era necesaria, pues el supuesto infractor (o no-infractor, según se mire) siempre podía anticiparse a una posible demanda de infracción interponiendo la correspondiente acción negatoria, cuya finalidad es que se declare que su actuación no constituye ninguna infracción del derecho de exclusiva. Ahora bien, la finalidad de dicha acción negatoria es distinta a la perseguida con la presentación de un escrito preventivo, y los requisitos para poder presentar una y otra difieren sustancialmente, por lo que han sido varias las críticas esgrimidas por la doctrina contra dicho argumento, por considerar que la equiparación entre una y otra figura no sería adecuada⁸.

7 Dicha resolución no se encuentra publicada en la base de datos del Cendoj. Ahora bien, podemos encontrar un extracto en el libro de MOLINA LÓPEZ, F. (2022) *El escrito preventivo frente a las medidas cautelares inaudita parte*. Editorial Bosch, págs. 389 a 393.

8 *Op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., págs. 81 a 88.

En cualquier caso, esta discrepancia entre los distintos juzgados se vio superada con la aprobación de la Ley 24/2015 de Patentes y la incorporación, dentro del Capítulo III titulado “Medidas Cautelares”, dentro del Título XII “Jurisdicción y normas procesales”, del artículo 132 el cual, bajo la rúbrica “Escritos preventivos”, establece lo siguiente:

“1. La persona que prevea la interposición de una solicitud de medidas cautelares sin audiencia previa en su contra, podrá comparecer en legal forma ante el órgano o los órganos judiciales que considere competentes para conocer de dichas posibles medidas y justificar su posición mediante un escrito preventivo.

El Juez o Tribunal acordará la formación de un procedimiento de medidas cautelares que notificará al titular de la patente y, si en el plazo de tres meses las medidas cautelares fueran presentadas, aquél podrá dar al procedimiento el curso previsto en los artículos 733.1 y 734.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que ello sea obstáculo a la posibilidad de acordarlas sin más trámite mediante auto en los términos y plazos del artículo 733.2 de dicha Ley.

2. El titular que considere que el Juez o Tribunal ante el que se presentó el escrito preventivo no es el competente, podrá presentar su solicitud de medidas cautelares ante aquél que entiende realmente competente, debiendo hacer constar en su solicitud la existencia del escrito preventivo y el órgano judicial ante el que éste se hubiere presentado”.

Si bien al positivizar los escritos preventivos el legislador se inspiró bastante en la práctica jurisprudencial seguida por los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, la forma en la que han sido regulados plantea varias dudas, que están siendo solucionadas de manera distinta por nuestros tribunales.

III. Cuestiones y dudas prácticas que surgen a la hora de presentar y dar trámite a un escrito preventivo

1. ¿Quién puede presentar un escrito preventivo? La solicitante prevenida y la acreditación del “temor razonable” a ser sujeto pasivo de una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*

El artículo 132.1 de la Ley de Patentes es bastante claro a la hora de señalar quién puede presentar un escrito preventivo: “La persona que prevea la interposición de una solicitud de medidas cautelares sin audiencia previa en su contra”.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Patentes en lugar del verbo “prever” se utiliza el verbo “temer”, término que añadiría un elemento más subjetivo, y se concreta, además, que puede presentar dichos escritos preventivos “quien ha sido

requerido". De ello se desprende, por tanto, que la recepción de un requerimiento puede ser un indicio de que puede ser sujeto pasivo de unas medidas cautelares *inaudita parte*. Ahora bien, no necesariamente ha de mediar un requerimiento previo, pues nada impide que dicho "temor" o "previsión" de que puedan presentarse contra él unas medidas cautelares *inaudita parte* se acredite por otros medios. Así, por ejemplo, en el Auto de 5 de enero de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona (Roj: AJM B 1/2017) se apunta que el "temor razonable a ser sujeto pasivo de las mismas" puede tener "por base y fundamento indicios relevantes: requerimientos notariales, burofaxes, cartas de advertencia, correos cruzados, negociaciones previas, acciones judiciales y procesos abiertos ya en otros países, etc"⁹. Se ha planteado por parte de la doctrina si la falta de acreditación de este "temor razonable" a ser sujeto pasivo de unas medidas cautelares y, por tanto, de si concurre ese "interés legítimo" para presentar el escrito preventivo podría conllevar su inadmisión¹⁰. Ahora bien, entendemos que este sería un debate más teórico que práctico, pues, que sepamos, en la práctica no se ha inadmitido ningún escrito preventivo por supuesta falta de justificación, de lo que se desprende que las solicitantes prevenidas siempre han debido presentar indicios suficientes para fundamentar dicho "temor razonable".

Una de las cuestiones que se han planteado nuestros tribunales es si cabe solicitar que la protección que brinda el escrito preventivo se extienda a favor de varias empresas.

A este respecto, se ha venido entendiendo que no hay ningún problema en que "la solicitud de escrito preventivo parta de un grupo de personas que temen ser objeto de unas medidas cautelares *inaudita parte*", siempre que haya "cierta conexión fáctica o jurídica entre esas personas o grupo de personas, que estén perfectamente identificadas y determinadas y a todas ellas comparecer bajo la misma representación procesal", en palabras recogidas, por ejemplo, en el Auto de 14 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona (Roj: AJM B 19/2018).

Dicho auto se dictó en un asunto en el que la solicitante prevenida era la sociedad matriz Samsung Electronics Co. Ltd., que solicitaba que la protección del escrito preventivo se extendiera "a cualquier otra empresa de su grupo empresarial", identificándose a este respecto solo a la filial española Samsung Electronics Iberia, S.A.U. Pues bien, en dicho asunto el juzgado no admitió la pretensión de extender la protección del escrito preventivo con respecto a cualquier otra empresa del mismo grupo empresarial que no hubiera sido identificada, por entender que dicha solicitud era "genérica e indeterminada". Ahora bien, sí admitió dicha extensión con respecto a la filial española, en tanto que ésta había sido identificada y existía la conexión fáctica y jurídica exigida. No obstante, dado que en ese caso concreto se constató que no obraba en las actuaciones el otorgamiento de poderes para actuar ante los tribunales en nombre de dicha filial, el juzgado condicionó la admisión y extensión de efectos del escrito preventivo a dicha filial a que se

9 Otro ejemplo es el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 13 de diciembre de 2017 (Roj: AJM B 385/2017), en el que, en relación con un escrito preventivo sobre marcas en el marco de una campaña de Navidad, valoró los hechos expuestos por la solicitante prevenida y concluyó que concurría causa e interés legítimo para su presentación: "2.5 En el presente caso, nos encontramos ante un escrito preventivo siendo la parte solicitante prevenida VIETA EUROPE, S.A y las potenciales demandantes o pre-actoras las mercantiles reseñadas anteriormente, y/ o Nicanor , administrador de las mismas, y concurre igualmente causa e interés legítimo, derivado de los documentos acompañados, en los que se pone de manifiesto una aparente actuación ilícita de la sociedad MARPEFA y otras sociedades del grupo, administrada por el Sr. Nicanor , también accionista de aquella al 50%, que pudieran constituir actos de competencia desleal frente a VIETA, la situación litigiosa de dicha marca, constando que se ha solicitado por ésta resarcimiento de daños y perjuicios contra el Sr. Nicanor y las sociedades del grupo, administradas por el mismo".

10 Véase, por ejemplo, *op. cit.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., pág. 11.

subsana dicho requisito procesal mediante la aportación de los poderes y/o la adhesión voluntaria de la filial al presente expediente ex artículo 13 de la LEC.

Es preciso señalar que, del tenor de dicha resolución parece desprenderse que las solicitantes prevenidas deben comparecer todas “bajo la misma representación procesal”. Ahora bien, entendemos que ello no debería ser un requisito *sine qua non* y que cada una de ellas debería poder comparecer con su propia representación procesal, aunque ésta no sea la misma para todas ellas¹¹.

De forma similar, aunque sin exigir el requisito de que se acredite la misma representación procesal, se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 6 de 23 de octubre de 2018 (ROJ: AJM M 159/2018), el cual también permite que el escrito preventivo “extienda sus efectos [...] derecho-habientes del solicitante del escrito preventivo, de sociedad vinculada o de partícipes en el proceso de producción, comercialización o distribución, siempre que los hechos en que se funde la pretensión cautelar *inaudita parte* encuentren reflejo en el escrito preventivo”.

Asimismo, la práctica de nuestros tribunales ha aclarado que cuando el escrito preventivo se presenta a favor de varias personas, con las condiciones acabadas de apuntar, no es necesario justificar con respecto a todas y cada una de ellas un “temor razonable” de que se presente contra ellas una solicitud de medidas cautelares. Bastará con acreditarlo con respecto alguna o varias de dichas sociedades, y la conexión fáctica y/o jurídica existente entre ellas permitirá que todas puedan beneficiarse de esa misma justificación.

2. ¿Y contra quién puede presentarse? La pre-actora

Aunque el tenor literal del artículo 132 de la Ley de Patentes únicamente se refiere como pre-actora al “titular de la patente”, está generalmente aceptado tanto por la doctrina como por la práctica judicial que la pre-actora podrá ser cualquiera que esté legitimada activamente para solicitar unas medidas cautelares por infracción de patentes, a saber, el titular del derecho de patente presuntamente infringido y, en su caso, su licenciataria o cesionaria, de conformidad con el artículo 117 de la Ley de Patentes, en relación con el artículo 127 de esta misma Ley¹².

En cuanto a la identificación de la pre-actora y la posibilidad de que el escrito preventivo despliegue efectos frente a varias empresas, nuestros tribunales han seguido un razonamiento similar al apuntado anteriormente con respecto a las solicitantes prevenidas y beneficiarias de la protección conferida por el escrito preventivo. Así, se ha venido entendiendo de forma generalizada que no hay problema en que dicho escrito despliegue protección frente a varias potenciales demandantes, siempre que éstas “estén perfectamente identificadas y determinadas”, citando al Auto de 23 de febrero de 2022 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona (Roj: AJM B 1185/2022). Por tanto, como regla general, no hay problema en que la solicitud del escrito preventivo se presente frente a

11 En este mismo sentido, CANTOS PARDO, M. (2021) Análisis procesal de los escritos preventivos en materia de propiedad industrial. *Revista General de Derecho Procesal*, nº 53, apartado 4.3.

12 *Op. cit.* CANTOS PARDO, M.: “También, deberá realizar un análisis desde el punto de vista subjetivo, pues, aunque la LP solo hace referencia al titular de la patente, lo cierto y relevante es que para la solicitud de medidas cautelares también están legitimados: cotitulares, usufructuarios y licenciatarios (53)”, apartado 4.1.

unas posibles medidas cautelares *inaudita parte* que “puedan partir bien de una matriz (por lo general, titular de la patente) y/o bien de sus filiales (por lo general, licenciatarias en exclusiva de la matriz, titular de la patente, en diferentes países) o la inversa; siendo lo conveniente identificar al máximo los posibles solicitantes de las medidas cautelares, ya sea el del grupo o la matriz y/o el de las filiales”, citando ese mismo auto.

Ahora bien, de utilizarse únicamente formas genéricas o referencias indeterminadas tipo “por parte de tercero”, se deberá proceder a la inadmisión del escrito preventivo frente a dichas personas físicas o jurídicas no determinadas. En el asunto antes referenciado, relativo al escrito preventivo presentado por Samsung Electronics Co. Ltd, este se presentó frente a la compañía Sisvel Technology S.R.L. por si dicha empresa presentaba unas medidas cautelares *inaudita parte* “por sí sola o junto con alguna otra empresa de su grupo empresarial”, sin mayores especificaciones. Pues bien, en el mencionado Auto de 14 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona entendió que “estando indeterminadas y no identificadas cuáles pueden ser “otra empresa de su grupo empresarial”, el presente escrito preventivo ha de desplegar sus efectos solo si la medida cautelar parte de SISVEL TECHNOLOGY S.R.L.”.

Similar pronunciamiento lo encontramos, por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona de 10 de septiembre de 2021 (Roj: AJM B 3051/2021)¹³, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 4 de febrero de 2019 (Roj: AJM B 58/2019)¹⁴ y en el reciente Auto de este mismo Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 15 de febrero de 2023 (aún no publicado). Este último se pronunció sobre un escrito preventivo solicitado frente a una empresa determinada (titular de los derechos de patente potencialmente infringidos) “y/o su licenciataria o cesionaria”, sin mayor determinación, por cuanto, si bien en el registro no constaba ningún licenciataria o cesionario inscrito, la solicitante prevenida no podía descartar que éste existiera en la práctica. Pues bien, el Juzgado acordó que los efectos del escrito preventivo solo podrían desplegarse frente a la empresa identificada, pero no frente a aquellas otras no identificadas, pues ello “sería admitir un escrito preventivo cuyo potencial sujeto sería genérico y/o indeterminado, a modo de “cheque en blanco”.

Por último, es de interés mencionar el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Barcelona de 1 de julio de 2021 (no publicado¹⁵), en el que, tras haber admitido previamente un escrito preventivo en relación con una marca nacional, accedió a la ampliación subjetiva del mismo a fin de que la protección de dicho escrito se extendiera también frente a la filial española de la pre-actora inicialmente identificada. A este respecto, el juzgado apuntó que en la solicitud de ampliación no se justificó por qué no se solicitó inicialmente la extensión de dichos efectos frente a esa filial, ni tampoco por qué se hacía ahora. No obstante ello, el tribunal apuntó que “la ley de patentes no prevé preclusión y la LEC, en cuanto al ampliación objetiva, la establece en el momento de la contestación (art. 401 LEC), contestación que en el escrito preventivo no tiene cabida por lo que parece que podríamos considerar que el acto procesal

13 En dicha resolución, se acuerda lo siguiente: “En la expresión, Ontex “o junto con cualquier otra entidad de su mismo grupo empresarial o de algún modo relacionada con las mismas” no existe la determinación e identificación ni la conexión fáctica que exigimos para ampliar el escrito de protección, por lo que procede denegar este extremo, concediendo el presente escrito únicamente frente a las dos entidades Ontex reseñadas”.

14 De conformidad con dicha resolución: “En el presente caso, de la solicitud presentada por HUAWEI, se pide la protección frente a SISVEL INTERNATIONAL S.A., SISVEL UK LTD., SISVEL HONG KONG, LTD., 3G LICENSING S.A. y HERA WIRELESS S.A. En consecuencia, estando determinadas y e identificadas cuáles pueden ser las potenciales actoras, siendo todas ellas del mismo grupo empresarial, el presente escrito preventivo ha de desplegar sus efectos frente a las mercantiles relacionadas. No se admite la petición de protección efectuada en el suplico frente a “cualquier otra perteneciente al grupo Sisvel”, por su carácter indeterminado y genérico. Y, en igual sentido, solo en relación con las patentes concretas y específicas relacionadas (documentos núms. 8, 13, 20 y 35); no admitiéndose, tampoco, un escrito preventivo cuyo objeto de protección sea genérico y/o indeterminado, a modo de “cheque en blanco”.

15. Podemos encontrar un extracto de dicha resolución en *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., págs. 529 a 533.

equivalente lo sería la interposición de la medida cautelar por el pre-demandante en el Juzgado que éste considere que es el competente”. Así, no constando que se hubiera interpuesto medida cautelar por la pre-actora inicialmente identificada, el juzgado acordó admitir la ampliación de efectos frente a su filial española.

3. ¿Cuál debe ser el contenido de un escrito preventivo?

Del tenor del apartado 1 del artículo 132 de la Ley de Patentes, así como de la práctica judicial de nuestros tribunales, se deduce que el contenido mínimo que el escrito de protección debe recoger sería el siguiente:

- (i) identificación de la solicitante prevenida, la cual debe comparecer en “legal forma”;
- (ii) justificación del interés legítimo para presentar el escrito preventivo y, en concreto, en qué se fundamenta la previsión y/o temor de que la solicitante prevenida puede ser sujeto pasivo de una solicitud *inaudita parte* de medidas cautelares;
- (iii) identificación de la pre-actora;
- (iv) identificación de los derechos de propiedad industrial concretos sobre los que se solicita protección;
- (v) justificación de por qué se considera que el órgano judicial ante el que se comparece sería competente para conocer de dichas medidas; y
- (vi) justificación de “su posición”.

A continuación desglosamos cada uno de estos extremos.

(a) *Identificación de la solicitante prevenida y de la pre-actora*

En cuanto a los puntos i) a iii) nos remitimos a las consideraciones realizadas anteriormente en los apartados 2.1 y 2.2 anteriores sobre la identificación de la solicitante prevenida y de la pre-actora, así como de la justificación sobre el “temor razonable” a ser sujeto pasivo de una medida cautelar *inaudita parte*.

(b) *Identificación de los derechos de propiedad industrial objeto del escrito preventivo*

En cuanto al punto iv) relativo a los derechos de propiedad industrial que podrían ser invocados contra la solicitante prevenida en unas posibles medidas cautelares, los mismos principios que hemos apuntado con respecto a la identificación de las personas y empresas para las que o frente

16 Así lo apunta el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 4 de febrero de 2019 (Roj: AJM B 58/2019). Similar pronunciamiento lo encontramos en los Autos del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona núm. 5 de 25 de enero de 2018 (Roj: AJM B 1/2018) y de 25 de marzo de 2022 (Roj: AJM B 1460/2022).

17 Se puede consultar un extracto de dicha resolución en *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., págs. 489 a 499.

18 Recordemos que, de conformidad con el Acuerdo de 18 de octubre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General

a las que se solicita la protección del escrito preventivo son igualmente de aplicación.

En efecto, son múltiples los precedentes en los que nuestros tribunales han dejado claro que en ningún caso cabe admitir “un escrito preventivo cuyo objeto de protección sea genérico y/o indeterminado, a modo de ‘cheque en blanco’”¹⁶, siendo necesario relacionar las patentes concretas y específicas frente a las que se solicita dicha protección.

Una de las cuestiones que se ha planteado a este respecto es si cabe solicitar un escrito preventivo en base a una patente que aún no ha sido validada en España, cuestión sobre la que nuestros tribunales se han pronunciado de forma divergente. Así, por ejemplo, el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, en su Auto de 9 de abril de 2021 (Roj: AJM B 114/2021), inadmitió el escrito preventivo por cuanto “a día de hoy la patente EP 2.493.466 no ha sido validada en España por la OEPM, con lo que, por el momento, no se puede solicitar por la supuesta pre-actora una medida cautelar con base en la misma tendente a ejercitar la acción de cesación o de prohibición. Ello comporta que deba denegarse el citado escrito preventivo; sin perjuicio de que, una vez validada la indicada patente, se presente de nuevo un escrito preventivo basado en la misma”. Por el contrario, en el Auto de 25 de marzo de 2022 el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona (Roj: AJM B 1460/2022) sí admitió un escrito preventivo dirigido, no solo con respecto a una patente ya validada, sino también respecto a una solicitud de patente europea, de la que en ese momento aún estaba pendiente la publicación de su concesión por decisión de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes. Similar pronunciamiento lo encontramos en el Auto de 31 de agosto de 2020 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona (no publicada¹⁷), mediante el cual también se admitió un escrito preventivo dirigido a unas patentes europeas cuya validación había sido ya solicitada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (“**OEPM**”), si bien aún no constaba publicada a la fecha de presentación de dicho escrito.

(c) *Justificación de la competencia del juzgado ante el que se presenta el escrito preventivo*

En cuanto al punto v), relativo a la competencia judicial para conocer de dicho escrito preventivo, no hay dudas en que ésta vendrá determinada por lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley de Patentes, el cual establece que la competencia objetiva para conocer de las acciones previstas en esta Ley corresponde a “el Juez de lo Mercantil de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de aquellas Comunidades Autónomas en las que el Consejo General del Poder Judicial haya acordado atribuir en exclusiva el conocimiento de los asuntos de patentes”¹⁸. Y en cuanto a la competencia territorial, dicho artículo establece, por un lado, el fuero del domicilio del demandado¹⁹ y, para el caso de acciones por violación del derecho de

del Poder Judicial, por el que se amplía el Acuerdo de 2 de febrero de 2017, por el que se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos civiles que puedan surgir al amparo de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, a diversos Juzgados de lo Mercantil de Andalucía, Canarias, Galicia y País Vasco, los juzgados de lo mercantil con la especialización para conocer de las materias y litigios de propiedad industrial son: en Cataluña, los Juzgados de lo Mercantil núm. 1, 4 y 5 de Barcelona conocerán los litigios civiles derivados de patentes y de diseño industrial y los Juzgados de lo Mercantil núm. 2, 6, 8 y 9 de Barcelona, los litigios civiles de marcas; en Madrid, los Juzgados de lo Mercantil núm. 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de Madrid; en la Comunidad Valenciana, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia conocerá de los litigios de patentes y los Juzgados de lo Mercantil núm. 1 y 3 de Valencia conocerán de los litigios de diseños industriales y marcas; en Andalucía, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada; en Canarias, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas; en Galicia, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña; y en el País Vasco, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao.

19 Artículo 118.3 de la Ley de Patentes: “3. En particular será territorialmente competente el Juez de lo Mercantil especializado a que se refiere el apartado anterior correspondiente al domicilio del demandado o, en su defecto, del lugar de residencia del representante autorizado en España para actuar en nombre del titular, si en la Comunidad Autónoma de su domicilio existieran Juzgados de lo Mercantil especializados en asuntos de patentes conforme al apartado 2. De no existir, a elección del actor, será competente cualquier Juez de lo Mercantil a quien corresponda el conocimiento de asuntos de patentes de conformidad con el apartado 2”.

20 Artículo 118.4 de la Ley de Patentes: "4. En caso de acciones por violación del derecho de patente también será competente, a elección del demandante, el mismo juzgado a que se refiere el apartado anterior de la Comunidad Autónoma donde se hubiera realizado la infracción o se hubieran producido sus efectos, siempre que en dicha Comunidad Autónoma existieran Juzgados de lo Mercantil especializados en asuntos de patentes conforme al apartado 2. De no existir, a elección del actor será competente cualquier Juez de lo Mercantil a quien correspondiera el conocimiento de asuntos de patentes de conformidad con el apartado 2".

21 Como señala la Magistrada Dña. Yolanda Ríos el escrito preventivo "permite al solicitante prevenido comparecer y personarse ante el órgano jurisdiccional, lo que en su caso coadyuva a facilitar su emplazamiento o citación ante la eventual celebración de vista" y "facilita el emplazamiento o citado a vista al solicitante prevenido, disminuyendo indudablemente el riesgo derivado de la mora procesal", en RÍOS LÓPEZ, Y. (2021), Especialidades en el ámbito de la propiedad industrial. Los escritos preventivos, en GARCÍA MARRERO, J. (coord.) (2021) Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil. Editorial Aranzadi, apartado IV.1. Yolanda Ríos el escrito preventivo "permite al solicitante prevenido comparecer y personarse ante el órgano jurisdiccional, lo que en su caso coadyuva a facilitar su emplazamiento o citación ante la eventual celebración de vista" y "facilita el emplazamiento o citado a vista al solicitante prevenido, disminuyendo indudablemente el riesgo derivado de la mora procesal", en RÍOS LÓPEZ, Y. (2021), Especialidades en el ámbito de la propiedad industrial. Los escritos preventivos, en GARCÍA MARRE-RO, J. (coord.) (2021) Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil. Editorial Aranzadi, apartado IV.1.

patentes, dicho precepto concede al actor la facultad de presentar la acción de infracción también ante los juzgados donde se hubiere realizado la infracción o donde se hubieran producido sus efectos²⁰.

Si bien este precepto no da lugar a dudas sobre qué órgano sería competente objetiva y territorialmente, donde sí surgen dudas es si el hecho de que presentado el escrito preventivo ante uno de los juzgados competentes de conformidad con dicho artículo, determinará *a posteriori* la competencia del tribunal que deberá conocer de la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* en caso de ser interpuestas, limitando con ello la libertad de elección que el artículo 118 de la Ley de Patentes da al titular de la patente para instar la correspondiente acción de infracción. Volveremos sobre esta cuestión en concreto en el apartado 2.4 siguiente.

(d) *Justificación por parte de la solicitante prevenida de "su posición"*

Por último, y como expresamente indica el artículo 132 de la Ley de Patentes, es necesario que la solicitante prevenida justifique en el escrito preventivo "su posición" (punto vi).

En la práctica ello se materializa en que la solicitante prevenida debe desarrollar en el escrito preventivo las alegaciones que estime convenientes y, en su caso, aportar las pruebas que sustenten las mismas, que permitan cuestionar la concurrencia de los requisitos para conceder las medidas cautelares *inaudita parte* pues, precisamente, la finalidad del escrito preventivo es que dichas medidas no se concedan sin celebrar previamente la vista de oposición prevista, con carácter general, en el artículo 733.1 de la LEC. Éste es el principal argumento que, en todo caso, debería desarrollarse en el escrito preventivo.

Por ejemplo, si se prevé que el argumento para justificar que la solicitud de medidas cautelares se tramite *inaudita parte* es que el emplazamiento al demandado para la celebración de una vista conllevará un retraso (el cual puede ser significativo si el demandado es una empresa domiciliada en el extranjero) que podría hacer que las medidas devinieran inefectivas, esta justificación dejaría de tener fundamento con la presentación del escrito preventivo, en el que el procurador comparecido se designa para recibir cualquier notificación y emplazamiento en nombre de la solicitante prevenida. En efecto, como hemos apuntado, una de las principales ventajas de presentar un escrito preventivo es que, mediante el mismo, la solicitante prevenida se persona y comparece "en legal forma", de manera que cualquier solicitud de medidas cautelares posteriormente presentada se le podrá notificar directamente a través de su procurador, sin dilaciones²¹.

Otro ejemplo: si se prevé que la justificación para solicitar las medidas cautelares *inaudita parte* es que el producto infractor se va a ofrecer en el marco de una feria que tendrá lugar en unos días muy limitados,

haciendo inviable la posible celebración de una vista de oposición antes de su celebración, esta justificación podría quedar también neutralizada si en el escrito preventivo se puede argumentar y probar que hace tiempo que el producto supuestamente infractor está en el mercado o que la preactora sabe que va a ser presentado en dicha feria, y/o que las partes han estado de buena fe negociando desde hace tiempo una licencia (hecho este relevante cuando estamos ante patentes esenciales), de manera que la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* no sería más que una instrumentalización del procedimiento, cuya única finalidad sería la de obstaculizar la participación de la solicitante prevenida en la feria²².

Ahora bien, se puede aprovechar el escrito preventivo para anticipar también las demás causas de oposición a una eventual solicitud de medidas cautelares.²³ A este respecto, son varias las resoluciones judiciales que expresamente señalan que la presentación de un escrito preventivo se hace “con el fin, principal, de evitar la adopción de la medida cautelar y/o con el fin, subsidiario, de que se celebre una audiencia para ser oído” (véanse, por ejemplo, el Auto de 12 de mayo de 2022, del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, Roj: AJM B 2929/2022 y el Auto de 23 de febrero de 2022 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, Roj: AJM B 1185/2022). Si bien es cuestionable a nuestro entender que se califique de fin “subsidiario” el evitar que se adopten las medidas *inaudita parte* y conseguir que se celebre la vista prevista en el artículo 733 de la LEC, cuando entendemos que éste es precisamente el fin “principal” perseguido con la presentación de un escrito preventivo, nada impide que en el escrito preventivo se recojan también los motivos por los que se considera que las medidas cautelares no deberían ser concedidas bajo ninguna circunstancia, y así se ha venido aceptando en la práctica. En cualquier caso, aunque se anticipen estos argumentos de oposición en el escrito preventivo, entendemos que ello en ningún caso podría conllevar la desestimación por motivos de fondo de la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* en ese momento, sino solo el forzar que se siga la regla general del artículo 733.1 de la LEC y se considere necesaria la celebración de una vista previa antes de decidir sobre el fondo de si procede o no conceder dichas medidas cautelares²⁴.

22 A estos efectos, invocamos por ejemplo el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de fecha 27 de febrero de 2019 (Roj: AJM B 101/1029) en el que señala los factores relevantes a la hora de valorar si se cumple el *periculum in mora* en ferias como el MWC, señalando lo siguiente: “2.6.- Ahora bien, la LEC establece unos límites a esa regla general que, en este contexto particular de ferias, giran en torno al análisis de factores o situaciones como las siguientes: con cuánta antelación conoció la parte demandante la presunta infracción; si ha consentido o no la presunta infracción y durante cuánto tiempo; si hay o ha habido negociaciones previas entre los competidores para el otorgamiento de licencias así como la actitud de cada uno de ellos en las mismas; si se está instrumentalizando el evento o congreso para forzar dichas negociaciones en curso, para hostigar a un competidor o para, simplemente, desprestigiarlo. En definitiva, se trata de analizar la buena fe, la diligencia y la lealtad del solicitante y del demandado y evitar la creación artificial de un peligro en la demora *ad hoc*”.

23 A favor de un contenido amplio del escrito preventivo se pronuncia, por ejemplo, LISSEN ARBELOA, J. M. (2017) *Ferias comerciales y derechos de propiedad industrial e intelectual: medidas cautelares, Análisis GA_P*, 2017 (versión *on-line* <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/ferias-comerciales-y-derechos-de-propiedad-industrial-e-intelectual-medidas-cautelares-y-escritos-preventivos.pdf>, consultada el 13 de marzo de 2023). En el mismo sentido, *op. cit.* RÍOS LÓPEZ, Y., apartado IV.1: “Adicionalmente, facilita al solicitante prevenido anticipar sus argumentos de defensa frente a una eventual infracción de derechos de propiedad industrial, alegando y probando aquéllos extremos que peritan enervar los requisitos –particularmente el *periculum in mora*– para la adopción de la medida cautelar sin audiencia del demandado. Por tanto, el contenido del escrito preventivo puede comprender alegaciones y también medios de prueba documentales o periciales, sin que la ley establezca límite alguno”. *Op. cit.* SCHUMANN BARRAGÁN G., pág. 15, se decanta también a favor de un contenido amplio del escrito preventivo según la estrategia procesal que se acuerde seguir, si bien recoge los argumentos esgrimidos por algunos operadores jurídicos en contra de dicha posición: “Esto podría tener dos efectos adversos: dar la sensación psicológica al órgano jurisdiccional de que ha «escuchado» a la otra parte y, por tanto, decantarse por adoptar las medidas sin audiencia; y condicionar la futura estrategia procesal de la oposición a la adopción de medidas cautelares o del juicio declarativo que se desarrolle”.

24 A este respecto, coincidimos con la tesis defendida por MASSAGUER FUENTES, J. (2020) *Acciones y procesos de infracción de derechos de Propiedad Industrial*. Editorial Civitas-Thomson Reuters, apartado 754, y por *op. cit.* CANTOS PARDO, M., apartado 4.2.

Así, por ejemplo, es práctica habitual que en el escrito preventivo se desarrollen por parte de la solicitante prevenida argumentos para:

- Cuestionar la concurrencia del *fumus boni iuris*, ya sea porque la patente incurre en alguna causa de nulidad (por falta de novedad, actividad inventiva, insuficiencia descriptiva o materia añadida) y/o porque no hay infracción (ya sea por un derecho de uso previo, o porque el producto cae fuera de su ámbito de protección, entre otros motivos).

Asimismo, en los supuestos de patentes esenciales es habitual también cuestionar que éstas sean realmente esenciales, o cuestionar que se hayan cumplido con los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-170/13, *Huawei c. ZTE*²⁵ para poder instar la acción de infracción y solicitud de medidas cautelares.

- Cuestionar la concurrencia del requisito del *periculum in mora*, por ejemplo, por tolerancia de la infracción por parte de la pre-actora durante un cierto periodo de tiempo, por no producirse ningún daño de difícil reparación que pudiera justificar la adopción de unas medidas cautelares.
- Desarrollar argumentos relacionados con el incumplimiento del requisito de proporcionalidad que debe reunir toda medida cautelar²⁶, proporcionalidad que puede no darse si la medida de cesación puede sustituirse por otra menos gravosa.
- Pronunciarse sobre la posible caución que debería fijarse en caso de concederse las medidas cautelares para que éstas devengan efectivas, ex artículos 728.3 de la LEC y 129.1 de la Ley de Patentes, y/o ofrecer una contracautión, a fin de que dichas medidas dejen de tener efectos, ex artículos 746 y 747 de la LEC y 129.2 de la Ley de Patentes.

La elección de los argumentos a desarrollar en el escrito preventivo para oponerse a las medidas cautelares en cuanto al fondo es una de las cuestiones más sensibles y su contenido más o menos amplio dependerá de la estrategia procesal que finalmente se quiera seguir. A diferencia de lo que sucede en otros países donde se admiten los escritos preventivos, en el caso de España, a la pre-actora se le notificará la formulación del correspondiente expediente de medidas cautelares formado con la presentación del escrito preventivo y podrá obtener copia del mismo (ya sea porque el juzgado ordene que dicho escrito se le notifique también directamente, tal y como algunos juzgados hacen en la práctica como veremos en el apartado 2.8 siguiente, ya sea porque la pre-actora se persone ante el procedimiento como parte interesada y tenga acceso a dicho expediente, ex artículo 140 de la LEC).

Así, dado que de alguna forma u otra es altamente probable que la pre-actora tendrá acceso a los argumentos que se esgriman en el escrito preventivo

25 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de julio de 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp. y ZTE Deutschland GmbH*, asunto C-170/13.

26 Artículos 3.2 de la Directiva 2004/48/CE: "Dichas medidas, procedimientos y recursos serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo y se ofrezcan salvaguardias contra su abuso".

y, por tanto, a los argumentos de defensa que la solicitante prevenida vaya a esgrimir en contra de las mismas, es preciso valorar la conveniencia de desvelar de forma anticipada a la pre-actora todos o algunos de los argumentos de defensa.

En algunos supuestos entendemos que no hay ningún problema en desvelar dichos argumentos de defensa, por cuanto la pre-actora puede ya tener conocimiento de los mismos. Éste sería el caso, por ejemplo, en el que la solicitante prevenida o una empresa de su mismo grupo ha presentado oposición contra la concesión de la patente en cuestión, esgrimiendo ya las causas de nulidad en las que a su entender dicha patente incurriría. O, por ejemplo, éste sería también el caso en el que las partes ya tienen otros litigios abiertos en otras jurisdicciones en las que los argumentos de validez y/o infracción ya se han desarrollado. En estos supuestos, en el escrito preventivo no se le estaría revelando a la pre-actora “nada nuevo” que ésta no supiera o no pudiera prever.

Ahora bien, pueden darse casos en los que a la pre-actora no se le hubiera aún revelado los argumentos de defensa y es precisamente en estos supuestos en los que es preciso valorar cautelosamente la idoneidad de revelarlos ya en el escrito preventivo, lo que hará que la pre-actora pueda fundamentar mejor su posterior demanda y solicitud de medidas cautelares, ya sea desarrollando argumentos jurídicos y/o aportando pruebas que, en caso contrario, no hubiera tenido en cuenta.

A la hora de realizar esta valoración y definir la estrategia procesal a seguir, es preciso tener presente que no es necesario esgrimir todos y cada uno de los argumentos de defensa en el escrito preventivo. En efecto, tal y como nuestros tribunales han aclarado, no interviene aquí la figura de la preclusión y las alegaciones que la solicitante prevenida realice en su escrito, las cuales no son vinculantes respecto de las que luego pueda hacer ya como demandada en la vista oral, en su oposición y en el marco del procedimiento principal. Así, por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 19 de julio de 2021 (Roj: AJM B 2692/2021), expresamente se apunta al hecho de que las demandadas (solicitantes prevenidas) tienen la “facultad procesal” de “modificar el planteamiento de nulidad que pudieran haber anticipado en el escrito preventivo, hasta el punto de ser legítima cualquier modificación”. La justificación que se da en dicha resolución es que “si los argumento (sic) de defensa anticipada que TEVA y STADA vertieron en sus escritos preventivos fueran vinculantes, está claro que BAYER, al ser plenamente conocedora de dicho planteamiento de nulidad, hubiera dispuesto de todos los elementos de juicio para pronunciarse al respecto en el acto de la vista en el trámite de ratificación de la solicitud de medidas cautelares”.

- (e) *Posibilidad de realizar alegaciones sobre la caución a prestar por la eventual solicitante de medidas cautelares y de ofrecer una contracautión para evitar los efectos de las medidas cautelares*

Asimismo, en el escrito preventivo la solicitante prevenida también puede pronunciarse sobre cuál debería ser la caución que, en su caso, debería imponerse al solicitante de las medidas cautelares de concederse éstas finalmente.

De conformidad con el artículo 129.1 de la Ley de Patentes²⁷ y del artículo 728.3 de la LEC²⁸, esta caución tiene como finalidad cubrir los posibles daños y perjuicios que la concesión de las medidas cautelares causaría al demandado, sujeto pasivo de las mismas. Por tanto, la solicitante prevenida puede aprovechar el mecanismo del escrito preventivo para determinar aproximadamente los daños que la concesión de dichas medidas cautelares le podría causar, a fin de que la cuantía de la caución se fije atendiendo a la magnitud de dichos daños. Por ejemplo, en el Auto de fecha 4 de febrero de 2019 (Roj: AJM B 58/2019) del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, las solicitantes prevenidas (sociedades del grupo Huawei) solicitaron que, para el supuesto de que se adoptaran unas medidas cautelares *inaudita parte* contra ellas, que obstaculizaran su pacífica participación en el MWC, la caución que la pre-actora debería presentar para que dichas medidas fueran efectivas debería ser de 100.000.000 de euros, atendida la magnitud del daño que dichas medidas le ocasionarían.

Además, en el escrito preventivo la solicitante prevenida puede también, en su caso, proponer la determinación de una caución sustitutoria *ex* artículos 746 y 747 de la LEC y artículo 129 de la Ley de Patentes, a modo de "caución sustitutoria preventiva o *ad cautelam*". Es bastante habitual, sobre todo en el marco de las ferias y los congresos como el MWC, encontrar escritos preventivos en los que la solicitante prevenida ofrece ya de entrada la prestación de una contracautión que permita dejar sin efecto la medida cautelar, en caso de que ésta finalmente se concediera. Un ejemplo de ello lo encontramos en: el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 14 de febrero de 2018 (Roj. AJMB 19/2018), en el que la solicitante prevenida ofreció una caución sustitutoria por importe de 300.000 euros; el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, de 11 de enero de 2021 (Roj: AJM B 7/2021), en el que la solicitante prevenida ofreció una caución sustitutoria de 30.000 euros; y el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 15 de septiembre de 2020 (Roj: AJM M 41/2020), en el que se acordó "Tener por ofrecida caución sustitutiva, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, para la eventual solicitud de medidas cautelares por EDWARDS LIFESCIENCES [-con la extensión subjetiva indicada-] sin audiencia del demandado solicitadas por razones de urgencia del art. 733.2.II L.E.Civil., por importe de 100.000€ en caso de tutela cautelar contra MERIL GmbH y MERIL LIFE SCIENCE, y de 10.000€ en caso de tutela contra los distribuidores".

27 De conformidad con el artículo 129.1 de la Ley de Patentes: "1. Al acordar, en su caso, las medidas cautelares solicitadas, el Juez fijará la caución que deberá prestar el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse. Si éste no prestara la caución en el plazo al efecto señalado por el Juez, que en ningún caso será inferior a 5 días hábiles, se entenderá que renuncia a las medidas".

28 De conformidad con dicho precepto 728.3 de la LEC: "3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado".

4. ¿Determina la presentación de un escrito preventivo la competencia territorial del procedimiento de medidas cautelares que el futuro actor pretenda instar?

Como hemos apuntado anteriormente, la solicitante prevenida debe presentar el escrito preventivo y comparecer en legal forma “ante el órgano o los órganos judiciales que considere competentes para conocer de dichas posibles medidas”. Asimismo, prosigue el artículo 132 de la Ley de Patentes indicando que el “Juez o Tribunal acordará la formación de un procedimiento de medidas cautelares que notificará al titular de la patente y, si en el plazo de tres meses las medidas cautelares fueran presentadas, aquél podrá dar al procedimiento el curso previsto en los artículos 733.1 y 734.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Es decir, una vez presentado el escrito preventivo, el juez “acordará” (es decir, deberá hacerlo en todo caso) la formación de un procedimiento de medidas cautelares que será notificado al titular de la patente. Y si éste decide presentar finalmente la solicitud de medidas cautelares, del apartado 2 del artículo 132 de la Ley de Patentes parece desprenderse que dicha solicitud deberá presentarla ante ese mismo tribunal o juez, el cual “podrá dar” al procedimiento el curso previsto en los artículos 733.1 y 734.3 de la LEC, sin perjuicio de poder conceder las medidas cautelares *inaudita parte* si lo considera oportuno atendidos motivos de urgencia. Ahora bien, el titular podrá presentar su solicitud ante otro juez si considera que “el Juez o Tribunal ante el que se presentó el escrito preventivo no es el competente”. En ese caso, dicho precepto indica que “podrá presentar su solicitud de medidas cautelares ante aquél que entiende realmente competente, debiendo hacer constar en su solicitud la existencia del escrito preventivo y el órgano judicial ante el que éste se hubiere presentado”.

Ello ha planteado una cuestión relevante sobre la que hay disparidad de opiniones: si la solicitante prevenida presenta el escrito preventivo ante un juzgado que, conforme al artículo 118 de la Ley de Patentes, sería competente objetiva y territorialmente, ¿quiere ello decir que la pre-actora pierde el derecho de elección del foro que le confiere dicho artículo, de manera que necesariamente deberá presentar su solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* ante el órgano judicial elegido por la solicitante prevenida, salvo que pueda justificar que dicho tribunal “no es el competente”? ¿Y cambia la conclusión si la solicitud que finalmente se presenta es *inter partes*, es decir, no se presenta una solicitud *inaudita parte*?

Mientras un sector doctrinal considera que, si bien esta regulación no modifica las normas sobre competencia territorial, por lo que deberá atenderse en todo caso es a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley de Patentes, el hecho de que la solicitante prevenida sea la que haga el primer movimiento presentando el escrito preventivo ante un órgano judicial que sea competente territorialmente tendría como consecuencia que se incoe el expediente de medidas cautelares y se fije la competencia del juzgado, que deberá conocer de la ulterior solicitud de medidas cautelares.

29 MASSAGUER FUENTES, J. (2015) La reforma de la Ley de Patentes, publicado en <https://almacenederecho.org/la-reforma-de-la-ley-de-patentes> (consultado el 13 de marzo de 2023).

30 GARCÍA VIDAL, A. (2020) *Acciones civiles por infracción de la propiedad industrial*. Tirant lo Blanch.

31 Presentación de RODRÍGUEZ VEGA, L. (2022) Medidas cautelares en materia de patentes. Sesión de Los Lunes de Patentes de 19 de septiembre de 2022, disponible *on-line* en el siguiente link: http://www.ub.edu/centre-depatents/pdf/doc_dilluns_CP/Luis%20Rodriguez%20Vega%20-%20Medidas%20cauterlares%20-%20LP2022-09-19.pdf. (consultado el 13 de marzo de 2023). Y presentación de GARNICA MARTÍN J. (2020) Cuestiones procesales derivadas de las reformas introducidas por la Ley de Patentes 24/2015, y experiencia práctica en la aplicación de las mismas. Sesión de Los Lunes de Patentes de 9 de marzo de 2020, disponible *on-line* en el siguiente link: http://www.ub.edu/centre-depatents/pdf/doc_dilluns_CP/Juan%20F%20Garnica%20-%20Cuestiones%20procesales%20en%20patentes%20-%20LP2020-03-09.pdf. (consultado el 13 de marzo de 2023).

32 ARAGONÉS SEIJO, S. (2018) Actualidad propiedad industrial e intelectual. *LA LEY mercantil*, Wolters Kluwer, núm. 50, apunta lo siguiente sobre un curso-escencia sobre propiedad industrial celebrado en la OEPM en mayo de 2018, en el que se debatió esta cuestión: “[s]e pudo concluir, si bien con discrepancias, que el artículo 132 de la Ley de Patentes no puede obligar al demandante a someterse al Juzgado de lo Mercantil en el que se hubiera presentado el escrito preventivo”.

Según este sector doctrinal, la pre-actora vería limitada su capacidad de elección, pues deberá presentar su solicitud ante dicho tribunal, salvo que éste “no sea el competente”. Y como señala cierta doctrina: “si son varios los juzgados competentes (lo que sucederá si la infracción o sus efectos se producen en lugares distintos del lugar del domicilio del demandando presentante del escrito, siempre claro está que se haya designado en ellos un JM especializado) y el escrito preventivo se presentó ante uno de esos varios juzgados competentes, el titular de la patente difícilmente podrá alegar que su elección habría sido otra (art. 118.4 LP) para fundar su decisión de presentar la solicitud de medidas cautelares ante un juzgado distinto”²⁹. El Magistrado Juez D. Florencio Molina también considera que, atendiendo al tenor literal del artículo 132 de la Ley de Patentes, la presentación de un escrito preventivo por parte del futuro demandado condiciona y determina la competencia territorial del tribunal que deberá conocer de la solicitud de medidas cautelares que el demandante pudiera finalmente interponer, siempre que éste sea competente ex artículo 118 de la Ley de Patentes, limitándose con ello la libertad de elección del foro que dicho precepto confiere al titular del derecho: “la presentación de un escrito preventivo ante uno de los juzgados que se consideran territorialmente competente, de conformidad con los fueros expuestos, puede que no altere la competencia territorial pero, de hecho, sí reduce la facultad de elección de los mismos que fija el art. 118 de la LP a favor del (futuro) demandante de las medidas cautelares”. Lo contrario, esto es, defender que la capacidad de elección del fuero del titular del derecho quedaría intacta, “vaciaría de contenido la totalidad del apartado 2 del art. 132 de la LP, que dejaría de tener sentido y virtualidad práctica”.

Ahora bien, otro sector doctrinal defiende que el artículo 132 de la Ley de Patentes no puede entenderse como que fija la competencia territorial del que vaya a conocer de la futura solicitud de medidas cautelares, pues ello haría que la pre-actora viera limitada su capacidad de elección del fuero que le confiere el artículo 118 de la Ley de Patentes.

Por ejemplo, algún autor sostiene que “carece de toda lógica que, por esta vía, se limite la facultad que tiene el actor de optar por presentar la solicitud de medidas cautelares ante distintos tribunales competentes” e interpreta lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Ley de Patentes no puede interpretarse en el sentido de que solo cabe presentar la solicitud ante otro juzgado cuando el demandante considere que el juzgado ante el que se presentó el escrito preventivo no es competente, sino que la misma solución debería aplicarse “cuando, habiéndose presentado la *protective letter* ante un juzgado competente, el titular quiera presentarlo ante otro juzgado distinto”³⁰. A favor de esta posición doctrinal se han manifestado también, por ejemplo, los Magistrados Jueces D. Rodríguez Vega y D. Juan F. Garnica Martín, quienes han apuntado que, en su opinión, la presentación de un escrito preventivo no determina la competencia territorial del tribunal que deba conocer de la solicitud de medidas cautelares^{31 y 32}.

Se trata éste de un debate abierto que, de momento, parece que solo se ha planteado a nivel teórico, y no práctico. De hecho, no tenemos conocimiento de ningún supuesto concreto en el que, tras la presentación de un escrito preventivo y la

correspondiente incoación del procedimiento de medidas cautelares, la solicitud de medidas por parte de la pre-actora se hubiera presentado en un tribunal distinto, ya sea invocando que el que admitió a trámite el escrito no era el competente, ya sea simplemente invocando que la competencia territorial no estaba determinada y que, en virtud del derecho de elección del foro que le reconoce la Ley de Patentes, ha presentado su solicitud y demanda en el tribunal de su elección.

5. ¿Qué efectos conlleva la admisión del escrito preventivo?

La admisión del escrito preventivo conlleva la formación de un procedimiento de medidas cautelares y tendrá como efecto principal que no se procederá a la adopción de unas medidas cautelares *inaudita parte* contra la solicitante preventiva. Ahora bien, ello en ningún momento impide que el juzgado finalmente acuerde conceder dichas medidas cautelares *inaudita parte* si considera que concurren los requisitos de urgencia para ello. Así se establece de forma expresa en el artículo 132.1, segundo párrafo, de la Ley de Patentes: "sin que ello sea obstáculo a la posibilidad de acordarlas sin más trámite mediante auto en los términos y plazos del artículo 733.2 de dicha Ley".

De hecho, son bastantes los supuestos en los que, a pesar de la presentación de un escrito preventivo, las medidas cautelares fueron concedidas *inaudita parte*. Ejemplos de ello los encontramos, no solo en el asunto *celecoxib* antes mencionado (el primer caso en el que se admitió a trámite un escrito preventivo en España), sino también en el asunto *cinacalcet*, en el que se concedieron unas medidas cautelares *inaudita parte* mediante Auto de 30 de mayo de 2017 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona (auto no publicado), a pesar de la presentación previa de un escrito preventivo (admitido a trámite mediante Auto de 15 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, Roj: AJM B 492/2017) y en el asunto relativo a la *combinación de toltrazurilo con gleptoferrón*, en el que también se concedieron unas medidas cautelares *inaudita parte* por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona mediante Auto de 17 de julio de 2019 (Roj: AJM B 181/2019), a pesar de la presentación de un escrito preventivo (admitido a trámite mediante Auto de 29 de mayo de 2019 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, Roj: AJM B 180/2019).

6. ¿Qué plazo tienen los escritos preventivos?

En principio, los efectos del escrito preventivo se prevén por un plazo de tres meses. Las dudas que han surgido a este respecto son varias: ¿desde cuándo empieza a contar dicho plazo de tres meses? y ¿cabe prorrogarlo, como por ejemplo se prevé en las reglas de procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes?

Pues bien, de nuevo, la respuesta a la cuestión relativa al *dies a quo* no es unánime y vemos cómo en la práctica nuestros tribunales han seguido distintas

interpretaciones. No obstante, en cuanto a la posibilidad de prórroga, hay más consenso entre nuestros tribunales.

En cuanto a la determinación del *dies a quo*, algunos tribunales han entendido que los tres meses empiezan a computar desde la fecha de notificación de la formación del procedimiento de medidas cautelares a la pre-actora. Es el caso, por ejemplo, de los Autos del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 25 de enero de 2018 (Roj: AJM B 1/2018), de 31 de enero de 2018 (Roj: AJM B 23/2018) y de 14 de febrero de 2018 (Roj: AJM B 19/2018).

Por otro lado, nos encontramos también con varias resoluciones que han venido entendiendo que la vigencia del escrito preventivo será de “tres meses a computar desde la notificación de la presente resolución de admisión al potencial demandante”, si bien consideran necesario “retrotraer los referidos efectos de la admisión del escrito preventivo al momento mismo de la solicitud del escrito preventivo, en nuestro caso, el 31 de enero de 2018 (sello de Decanato)” (véase el Auto de 31 de enero de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, Roj: AJM B 23/2018). En el mismo sentido se pronuncia también el Auto de 12 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (Roj: AJM B 2929/2022), o el Auto de 25 de marzo de 2022 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona (Roj: AJM B 1460/2022). Como se explica en dichas resoluciones, dado que en nuestro sistema no contamos con un sistema registral *on-line* de escritos preventivos, como sí se cuenta, por ejemplo, en Alemania, pueden producirse lapsos de tiempo desde que se presenta la solicitud del escrito preventivo hasta que se dicta la resolución de admisión, de aquí que nuestros tribunales hayan considerado necesario hacer “la ficción de retrotraer los efectos de protección a la misma fecha de la solicitud y con las mismas consecuencias”. Ahora bien, es preciso señalar que dicha retroactividad no está prevista en el tenor literal del artículo 132 de la Ley de Patentes y dicha interpretación ha sido criticada por cierto sector doctrinal porque, en la práctica, conlleva extender los efectos del escrito preventivo más allá de los tres meses establecidos en el artículo 132 de la Ley de Patentes³³.

Y, por último, nos encontramos también con algunas resoluciones que defienden una tercera interpretación: que los tres meses deben empezar a computarse desde a presentación del escrito. Así, por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 23 de octubre de 2018 (Roj: AJM M 159/2018) se apunta que, desde el momento en el que el inciso II del artículo 132.1 de la Ley de Patentes anuda el plazo a su admisión y no a su notificación al titular de la patente, “debe entenderse que la eficacia precautoria o provisoria del escrito preventivo se computará desde la solicitud o fecha de registro del escrito”, pues lo que se pretende con el escrito preventivo es “asegurar y dotar de seguridad al eventual demandado que desde su solicitud [-si es admitida y se incoa expediente de medidas-] gozará de la facultad de ser oído respecto a solicitudes *inaudita parte* desde dicho momento y por plazo de tres meses desde la solicitud”, y no “que el eventual demandante de tutela cautelar sin audiencia de su demandado quede limitado

33 Véase, por ejemplo, *op. cit.* GARCÍA VIDAL, A., págs. 319 y 320.

de tal ágil cauce procedimental por plazo de tres meses desde que tuvo conocimiento de la incoación del expediente de medidas por escrito preventivo”. En ese supuesto, el juzgado apuntó que, de optarse por extender los tres meses desde la notificación a la pre-actora se permitiría “la rechazable consecuencia de dilatar en beneficio de algunas de las partes [-y ello en perjuicio de la otra-] la finalización del cómputo del plazo para la expiración de los especiales [-y por ello de aplicación restringida-] efectos del escrito preventivo y del expediente de medidas que le sigue” y ello por cuanto, en supuestos como el enjuiciado en ese caso, en el que la solicitante prevenida omitió detallar el domicilio de emplazamiento del titular de la patente (y ello a pesar de que mantenía con el pre-actor una relación contractual superior a los 10 años y otros procesos judiciales entre ambas), la subsanación de tal omisión provocaría una “sustancial e inadmisibles ampliación del plazo de eficacia en perjuicio del titular de los registros por causa de la negligencia u olvido del solicitante”. Pronunciamiento similar lo encontramos en el Auto de eses mismo Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 15 de septiembre de 2020 (Roj: AJM M 41/2020).

A pesar de las discrepancias en torno a la determinación del *dies a quo*, lo que está claro del tenor literal del artículo 132 de la Ley de Patentes es que, los efectos del escrito preventivo se extenderán durante tres meses y, transcurrido dicho plazo sin que la pre-actora haya instado la correspondiente medida cautelar, el escrito preventivo quedará sin efecto y se archivará el expediente. Y aunque dicho precepto no contempla la posibilidad de solicitar ninguna prórroga que permita extender esos tres meses más allá, en la práctica nuestros tribunales han venido aceptando esta posibilidad: “Todo ello sin perjuicio de que la solicitante, antes del término de dicho plazo, solicite una prórroga por otros tres meses. En este sentido, seguimos el criterio del art. 207.9º del Reglamento de procedimiento del TUP, que admite las prórrogas”. (citando al Auto de 12 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, Roj: AJM B 2929/2022). En el mismo sentido se pronuncian, entre muchos otros, el Auto de 23 de febrero de 2022 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona (Roj: AJM B 1185/2022) y el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, de 11 de enero de 2021 (Roj: AJM B 7/2021)³⁴. No deja de ser curioso que se fundamente la posibilidad de prorrogar por tres meses más los efectos del escrito preventivo en base al Reglamento de Procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes, cuando el Reino de España no ha ratificado dicho tratado internacional y, por tanto, no está vinculado al mismo y, aún menos, a sus reglas de procedimiento.

7. ¿Puede la solicitante prevenida retirar el escrito preventivo una vez admitido a trámite?

En la práctica judicial, nuestros tribunales vienen entendiendo que, una vez presentado y admitido a trámite el escrito preventivo, éste no es disponible por la solicitante prevenida, que no podrá retirarlo. A estos efectos, podemos citar el

34 Esta práctica ha sido criticada por *op. cit.* CANTOS PARDO, M., apartado 4.6.2: “Sin embargo, en la actualidad, la jurisprudencia(86) sigue otorgando esta posibilidad de prórroga que duplica el plazo legalmente previsto, apartándose de lo establecido por el legislador, siguiendo el criterio jurisprudencial que se estableció antes de la entrada en vigor de la LP —el 1 de abril de 2017—. Personalmente, considero que los Juzgados deberían replantearse esta cuestión, pues en la práctica se duplica el plazo previsto en la ley”. Véase también *op. cit.* GARCÍA VIDAL, A., pág. 320.

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 11 de enero de 2021 (Roj: AJM B 7/2021): “Finalmente, admitido el escrito preventivo queda fuera del ámbito dispositivo del instante y queda ya sometida a un plazo de validez de tres meses. Serán cuando transcurra los tres meses de validez cuando el escrito pierda su eficacia *ex lege* - y no *ex parte* ni *ex ante* -”. Pronunciamiento similar lo encontramos en otras muchas resoluciones, pudiendo citar a modo de ejemplo los Autos del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 11 de junio de 2019 (Roj: AJM B 61/2019) y de 4 de febrero de 2019 (Roj: AJM B 58/2019) y de 29 de enero de 2019 (Roj: AJM B 57/2019).

Esta posición ha sido ampliamente criticada por la doctrina por cuanto, no solo no está prevista en el artículo 132 de la Ley de Patentes, sino que contraviene el principio de libre disposición de las partes del procedimiento recogido en la LEC³⁵.

8. ¿Qué debe notificarse a la pre-actora?

Una de las principales diferencias entre la regulación de los escritos preventivos en España con respecto a otros ordenamientos jurídicos como el alemán o el suizo, es que la presentación del escrito preventivo, y la consecuente incoación del expediente de medidas cautelares, será notificada a la pre-actora. Así lo señala el tenor literal del artículo 132.1, segundo inciso, de la Ley de Patentes cuando indica que el juez o tribunal “notificará al titular de la patente” la formación del procedimiento de medidas cautelares³⁶. Aunque el artículo expresamente señala que ello se notificará “al titular de la patente”, se ha venido entendiendo que dicha expresión debería abarcar a todos los que puedan ejercitar la acción de infracción, como hemos apuntado antes.

No se concreta exactamente qué debe notificarse, ni tampoco se exige expresamente en dicho precepto que se notifique a la pre-actora el contenido del escrito preventivo y es en este punto donde la práctica de nuestros tribunales difiere sustancialmente.

Así pues, nos encontramos con que algunos tribunales han entendido que lo que debe notificarse es únicamente el auto de admisión a trámite del escrito preventivo y de formación del procedimiento de medidas cautelares. A este respecto, es muy claro el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 5 de enero de 2017 (Roj: AJM B 1/2017), en el que explica los motivos por los que no debería darse acceso al escrito preventivo a la pre-actora:

35 Véase *op. cit.* MASSAGUER FUENTES, J., apartado 753, y *op. cit.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., pág. 19.

36 Como explica *op. cit.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., págs. 8 y 9, durante la tramitación parlamentaria de la nueva Ley de Patentes se presentaron varias enmiendas dirigidas, precisamente, a que no se notificara a la pre-actora la presentación y admisión del escrito preventivo, enmiendas que fueron finalmente rechazadas.

“6.7 Ahora bien, siendo ineludible la notificación al potencial demandante de medidas cautelares, entendemos que ésta ha de quedar limitada a la resolución de admisión del escrito preventivo sin que la misma pueda acceder al expediente y al contenido y documentación acompañada por el solicitante. Solo cuando dicho futuro demandante deje de serlo en términos potenciales, lo que ocurrirá con la presentación en forma de las medidas cautelares,

podrá acceder a dicho contenido y documentación. De esta forma, además, evitamos efectos no deseados: básicamente, que el demandante conozca de anticipadamente los medios de prueba y los argumentos jurídicos y de defensa del demandado y construya su demanda conociendo dicha estrategia defensiva”.

Dicha posición ha sido secundada por una buena parte de la doctrina, que considera que la pre-actora no debería poder tener acceso al escrito preventivo y a su documentación mientras no sea admitida a trámite su solicitud de medidas cautelares dirigida contra la solicitante prevenida³⁷.

Ahora bien, como explica el Magistrado D. Florencio Molina López, el criterio jurídico recogido en dicha resolución “fue una postura inicial, puntual y asilada pues no se vuelve a encontrar con posterioridad en otras resoluciones de escrito preventivos”³⁸. Por el contrario, con posterioridad, los juzgados han venido a entender que una vez notificado el auto formalizando el expediente de medidas cautelares, la pre-actora podrá personarse en dicho expediente, alegando un interés legítimo en el mismo, y tener acceso a su contenido íntegro, por la vía del artículo 140.1 de la LEC. A estos efectos, podemos citar el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 5 de mayo de 2021 (no publicada³⁹), en la que se apunta lo siguiente:

- Que “con base en la dicción literal del artículo 132 LP, consideramos esencial afirmar que la futura actora se halla legitimada para personarse en el procedimiento de medidas cautelares y acceder a su contenido íntegramente, pues no existe de *lege lata* limitación alguna que permita excluir de dicho alcance el escrito preventivo, sus documentos o dictámenes periciales”.
- Que el riesgo que se apuntaba en la anterior Auto de 5 de enero de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, antes transcrito, de permitir que la pre-actora conociera anticipadamente los argumentos de

37 Por ejemplo, *op. cit.* MASSAGUER FUENTES, J., párrafo 751: “La resolución que admita a trámite el escrito preventivo y en consecuencia acuerde formar la pieza separada de medidas cautelares se notificará a las personas allí identificadas como probables demandantes (art. 132 LP). No se prevé, en cambio, que se les dé traslado del escrito preventivo, pero es claro que debe descartarse por exigirlo así el debido orden procesal, que concede la iniciativa en la alegación y prueba al que solicita el remedio, y no al que se opone. Por la misma razón, debe descartarse también que los notificados puedan tomar conocimiento de las actuaciones que obren en esta pieza de medidas cautelares, al menos hasta que haya sido admitida a trámite su propia solicitud de medidas cautelares. Por otro lado, en la práctica se ha acordado, con acierto, la notificación del auto de formación de la pieza separada a la que da origen la admisión del escrito preventivo a los Decanatos de los demás Juzgados de lo Mercantil con competencia en la materia [AAJM núm. 5 Barcelona 31-I-2018 (AC 2018, 127), núm. 5 Barcelona 25-I-2018 (AC 2018, 66), núm. 5 Barcelona 5-I-2017 (JUR 2017, 12742)].” Por su parte, CREMADES GARCÍA, P. (2017) Medidas cautelares en el ámbito de los Derechos de propiedad intelectual e industrial, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.) (2017) Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual. Editorial Dykinson, pág. 94, señala que: “Se trata de que las partes puedan guardar el equilibrio adecuado en sus medios de defensa. La futura demandada, podrá con el escrito preventivo, hacerse oír anticipadamente, mientras que el previsible instante de medidas cautelares, en modo alguno podrá saber de antemano, las razones de la contraparte, puesto que de lo contrario perdería su papel de demandante”.

38 *Op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., pág. 156.

39 Podemos encontrar un extracto de dicha resolución en *op. cit.* RÍOS LÓPEZ, Y., apartado 5.2, y en *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., pág. 504 a 506.

40 A los efectos de preservar la confidencialidad de determinada información y documentos y restringir el acceso a los mismos se pueden invocar los artículos 140.3, 138.2 y 328.3 de la LEC, el artículo 232.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los artículos 39.2 y 42 del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y los artículos 15 y concordantes de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

41 Véanse, a título de ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2017 (Roj: AJM B 385/2017) y el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, de 11 de mayo de 2017 (Roj: AJM B 72/2017).

42 Véanse, a título de ejemplo, los Autos del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 17 de febrero de 2022 (Roj: AJM B 969/2022), del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, de 25 de marzo de 2022 (Roj: AJM B 1460/2022) y del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 15 de septiembre de 2020 (Roj: AJM M 41/2020).

43 Véase, por ejemplo, *op. cit.* SCHUMANN BARRAGAN, G., pág. 21.

defensa de la demandada, lo cual invertiría el orden natural de las posiciones en el proceso civil, “no posee tanta incidencia, por dos cuestiones”: primero, porque “el solicitante prevenido ostenta la posibilidad de matizar, variar o enfatizar sus alegaciones y prueba en una eventual vista de medidas cautelares. No rige regla de preclusión alguna, ni se halla vinculado por los argumentos defensivos eventualmente reflejados en el escrito de defensa anticipada que es el escrito preventivo”. Y segundo, porque “el pre-actor que, en lugar de presentar la solicitud urgentísima de medidas cautelares, pospone dicha actuación procesal, y opta primero por personarse en la pieza de medidas ya incoada, con el fin de conocer el contenido del escrito preventivo y acomodar la argumentación de su solicitud al mismo, lleva a cabo un acto propio que, en función de las circunstancias, pudiera influir en el riesgo o urgencia determinante en la apreciación del *periculum in mora* que exige la adopción de la medida cautelar *inaudita parte*”.

- Que la solicitante prevenida que opta por “acceder a los tribunales a solicitar la defensa anticipada de sus derechos debe asumir las consecuencias de la aplicación de un sistema procesal imperativo, en el que la regla general es la notificación a la contraparte afectada de lo actuado. Por tanto, a salvo la modificación del artículo 132 LP, tendente a salvaguardar la posición procesal del futuro demandado, la norma vigente impone el acceso en calidad de interesado del futuro actor”.

A este respecto, si la solicitante prevenida quiere limitar el acceso a cierta documentación o información recogida en el escrito preventivo, siempre puede solicitar la declaración de confidencialidad de la misma y la adopción de medidas para preservarla y restringir su acceso⁴⁰.

Asimismo, son también varias las resoluciones en las que nuestros tribunales han entendido que debe notificarse todo, no solo el auto sino también el escrito preventivo junto con toda la documentación adjunta al mismo. A estos efectos, podemos citar el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona de 12 de mayo de 2022 (Roj: AJM B 2929/2022), en el que expresamente ordena que se notifique a la pre-actora “la presente resolución, la solicitud del escrito preventivo y los documentos que acompañan a la misma”.

La consecuencia directa de dicha notificación a la pre-actora es que, si ésta procediera finalmente a presentar su solicitud de medidas cautelares ante un órgano “que entiende realmente competente” y distinto al que tramitó el escrito preventivo, deberá informar en su solicitud sobre “la existencia del escrito preventivo y el órgano judicial ante el que éste se hubiere presentado”. Nuestros tribunales han venido entendiendo que dicha obligación de informar al juzgado en el que presente dicha solicitud de la existencia del escrito preventivo viene justificada por el principio de buena fe⁴¹. Además, con ello se garantiza la efectividad de los escritos preventivos,

máxime si tenemos en cuenta que en España no contamos con un registro centralizado para este tipo de escritos, como sí tienen en Alemania.

9. ¿Notificación al resto de Juzgados Mercantiles potencialmente competentes?

Aunque el artículo 132 de la Ley de Patentes simplemente apunta que la formación del procedimiento de medidas cautelares se notificará al titular de la patente, la práctica judicial⁴² nos muestra que dicho escrito es notificado a los Decanatos de los otros Juzgados de lo Mercantil que también serían objetivamente competentes, para que el Juzgado al que se le reparta pueda tener en cuenta las alegaciones de hecho y de derecho formuladas por la solicitante prevenida en el escrito preventivo.

A falta de un registro centralizado de escritos preventivos, como se dispone en el sistema alemán, esta práctica seguida por los tribunales ha sido muy bien acogida, pues ayuda a que los escritos preventivos sean una herramienta efectiva⁴³.

10. ¿Cabe la presentación de escritos preventivos en otros ámbitos que no solo sean el de infracción de los derechos de patente?

Es evidente que la posibilidad de presentar escritos preventivos está reconocida en relación con las acciones de infracción de derechos de patente, por establecerlo así de forma expresa el artículo 132 de la Ley de Patentes. Ahora bien, no es controvertido que este mecanismo también es aplicable a modelos de utilidad⁴⁴ y a certificados complementarios de protección⁴⁵, así como a marcas⁴⁶, diseños industriales⁴⁷, y⁴⁸ secretos empresariales (*know-how*)⁴⁹, obtenciones vegetales⁵⁰ y topografías⁵¹, por la remisión que en sus respectivas normas se hace a la Ley de Patentes.

44 Auto de 23 de junio de 2021 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, no publicado. Podemos encontrar un extracto en *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., págs. 521 a 526.

45 No es controvertido por cuanto el artículo 1 de la Ley de Patentes establece que los modelos de utilidad y los certificados complementarios de protección caen dentro del concepto de "invenciones industriales", regulados por dicha ley. En cualquier caso, el artículo 150 de la Ley de Patentes expresamente apunta que las disposiciones establecidas en la Ley de Patentes para las patentes serán igualmente aplicables a los modelos de utilidad, siempre que no sean incompatibles con la especialidad de aquellos.

46 Disposición Adicional Primera de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que expresamente establece que: "Las normas vigentes contenidas en el Título XII de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes serán de aplicación a las distintas modalidades de signos distintivos de la presente Ley en todo aquello que no sea incompatible con su propia naturaleza, sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente apartado".

47 Disposición Adicional Primera de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Diseño Industrial, que establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, las normas vigentes contenidas en el Título XII de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes serán de aplicación en lo relativo al ejercicio de acciones derivadas de la presente Ley y a la adopción de medidas provisionales y cautelares, en todo aquello que no sea incompatible con lo previsto en la misma".

48 A favor de la posibilidad de presentar escritos preventivos en asuntos de marcas y diseños industriales, véanse *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., págs. 286 y 285, *op. cit.* GARCÍA VIDAL, A., pág. 314, y *op. cit.* MASSAGUER FUENTES, J., párrafo 746.

49 Artículo 20 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales: "Quien ejercite o vaya a ejercitar una acción civil de defensa de secretos empresariales podrá solicitar del órgano judicial que haya de entender de ella la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de dicha acción, que se regirán por lo previsto en esta ley y, en lo demás, por lo dispuesto en el Capítulo III del Título XII de la Ley de Patentes y en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

50 La Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de Obtenciones Vegetales señala que: "En defecto de norma expresamente aplicable a los derechos del obtentor regulados en la presente Ley se aplicarán supletoriamente las normas que regulan la protección legal de las invenciones". Así lo defienden, *op. cit.* GARCÍA VIDAL, A., pág. 315, con referencia a GARCÍA PÉREZ, R. (2017) La nulidad del "derecho" del obtentor, en GARCÍA VIDAL, A. (dir.) (2017) Derecho de las Obtenciones Vegetales. Editorial Tirant lo Blanch, pág. 980.

51 El artículo 8.1 de la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores, hace una remisión a las acciones civiles de la Ley de Patentes: "El titular de una topografía en virtud de la presente Ley podrá ejercitar ante los órganos de la Jurisdicción ordinaria las acciones civiles y las medidas previstas en el título VII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes". Obviamente, esta referencia a la anterior ley deberá leerse ahora a la nueva Ley de Pa-

tentes. Como apunta el Prof. García Vidal, dicha remisión a las acciones civiles de la Ley de Patente “engloba las cuestiones jurisdiccionales y procesales contenidas en el título XII de la LP, pues son cuestiones íntimamente relacionadas” (*op. cit.* GARCÍA VIDAL, A., pág. 315).

52 DE ROMÁN PÉREZ, S. (2017) Los escritos preventivos o “*protective letters*” antes y después de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. *Comunicaciones de Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* núm. 81, pág. 37: “Dada la ubicación de su regulación en la LP - en el artículo 132 -, se podría interpretar que están incluidos en la remisión de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”) en su artículo 36 titulado “Diligencias Preliminares” a los artículos 129 a 132 de la antigua LP. En la medida en que el texto de la LCD no ha sido modificado con la promulgación de la LP, podría sostenerse que, al amparo de la remisión realizada en el artículo 36 de la LCD, quien prevé ser destinatario de medida cautelar *inaudita parte* por actos de competencia desleal puede presentar un escrito preventivo. No obstante, ello podría discutirse en la medida en que el artículo 36 tiene un objeto concreto, que es la práctica de diligencias preliminares - y a tal cuestión habría por tanto de limitarse la remisión que hace a la antigua LP, por lo que respecta a la nueva LP”.

53 Véase el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona de 25 de febrero de 2020 (Roj: AJM B 4/2020).

54 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. (2021) Competencia desleal y las medidas cautelares. El tratamiento en la normativa de secretos empresariales, en *op. cit.* GARCÍA MARRERO, J., apartado 7.3.

55 *Op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., pág. 292.

Más controvertida es la cuestión de si cabe la presentación de un escrito preventivo para anticiparse a unas medidas cautelares *inaudita parte* basadas en actos de competencia desleal, por la remisión no clara que se hace a la normativa de patentes en este punto.

En el artículo 36 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“**Ley de Competencia Desleal**”), bajo la rúbrica “Diligencias Preliminares”, se hace una remisión a los artículos 129 a 132 de la antigua Ley de Patentes (Ley 11/1986, de 20 de marzo). Dado que dicho artículo 36 no ha sido modificado tras la promulgación de la nueva Ley de Patentes, hay quien sostiene que esa remisión expresa que se hace en el mismo al artículo 132, aunque inicialmente referida a la anterior Ley de Patentes, ahora debe entenderse realizada al actual artículo 132 de la nueva Ley de Patentes, en el que actualmente se regulan los escritos preventivos⁵². Esta línea argumental es bastante cuestionable desde nuestro punto de vista, pues el artículo 36 de la Ley de Competencia Desleal se refiere a las diligencias preliminares, por lo que lo lógico es entender que los números de dichos preceptos deberían actualizarse para que estos se refieran a los artículos de la nueva Ley de Patentes que regulan las diligencias. Otro argumento para defender que los escritos preventivos pueden presentarse en asuntos de competencia desleal (más sólido, a nuestro entender) es que, desde el momento en el que el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal tipifica como desleal la violación de secretos empresariales, y la Ley de Secretos Empresariales expresamente hace una remisión en su artículo 20 a la regulación de las medidas cautelares recogida en la nueva Ley de Patentes, debe entenderse, por tanto, que cabe también instar un escrito preventivo en actos de competencia desleal⁵³. Y es que no tendría lógica que se permitiera la presentación de estos escritos preventivos cuando el acto desleal versara sobre secretos empresariales, pero no cuando el acto desleal versara sobre otras cuestiones. De hecho, como apunta la Magistrada Dña. María del Mar Hernández, de seguirse dicho razonamiento, se debería poder concluir la admisibilidad de los escritos preventivos en el ámbito de la competencia desleal⁵⁴. Asimismo, a favor de la aplicación del escrito preventivo en la materia de la competencia desleal, el Magistrado D. Florencio Molina también ha apuntado que podría invocarse el “principio de complementariedad relativa que entraría en juego cuando estamos ante hechos no susceptibles de ser sancionados/denunciados por las normas de propiedad industrial o que presentan una dimensión anticoncurrencial específica”⁵⁵.

De acogerse la tesis de que los escritos preventivos pueden aplicarse también a asuntos de competencia desleal, la consecuencial lógica de ello es que también deberían poder aplicarse en asuntos de publicidad ilícita, por la remisión que la normativa sobre publicidad hace a la Ley de Competencia Desleal⁵⁶.

56 *Op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., pág. 292.

También es controvertido si dicha herramienta procesal puede utilizarse frente a acciones de infracción de derechos de propiedad intelectual, llegando nuestros tribunales a soluciones también opuestas. Así, mientras los juzgados de lo mercantil de Barcelona se han mostrado favorables de forma unánime, los juzgados de lo mercantil de Madrid lo han rechazado.

Así, es preciso señalar que al promulgar los Protocolos de actuación para el MWC, desde el inicio se acordó extender su ámbito de actuación no solo a la infracción de derechos de patentes, marcas, diseños y secretos empresariales, sino también a infracciones de propiedad intelectual, competencia desleal y publicidad, aceptándose la posibilidad de presentar escritos preventivos en estos ámbitos incluso cuando la nueva Ley de Patentes aún no se había promulgado ni entrado en vigor. Así, ya en el Protocolo aprobado en el año 2015, se hacía referencia a la posibilidad de presentar escritos preventivos “en el marco de un eventual conflicto en materia de propiedad industrial o intelectual con otra compañía y ante el temor razonable de ser objeto de una solicitud de medidas cautelares sin audiencia”⁵⁷. Similar provisión la encontramos en los sucesivos Protocolos aprobados desde entonces.

A este respecto, mención especial cabe hacer al Auto de 25 de febrero 2020 del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona en el asunto *Pasapalabra*, suscrito por todos los Magistrados de los 11 Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, muestra clara de que estamos ante una posición unánime por parte de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona. En dicha resolución se consideró que no existen razones por las que deba rechazarse la admisibilidad de los escritos preventivos en materia de propiedad intelectual. Esta conclusión se basa, principalmente, en los siguientes razonamientos:

- En primer lugar, porque la diferenciación semántica y lingüística, más que jurídica, entre “propiedad intelectual” y “propiedad industrial” habría quedado superada con la Directiva 2004/48/CE y la ley interna que procedió a su transposición en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁸. De hecho, en su Exposición de Motivos se apunta que: “Bajo la denominación de propiedad intelectual también se recogen en el derecho comunitario y, en particular en esta directiva, los derechos que en el ordenamiento jurídico español se agrupan bajo la denominación de propiedad industrial. La efectividad de la tutela jurisdiccional de estos derechos ha de redundar tanto en la promoción de la innovación y la competitividad de las empresas como en el desarrollo cultural europeo”. Así pues, no habría ningún tipo de justificación de por qué la protección conferida a los derechos de propiedad intelectual tuviera que diferir de la conferida a las patentes y a las marcas.
- En segundo lugar, porque aunque es cierto que, a pesar de las distintas reformas que se ha hecho a la Ley de la Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando

57 Véase <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/Jueces-de-Mercantil-de-Barcelona-crean-un-protocolo-sobre-cuestiones-de-patentes-y-marcas-a-raiz-del-Mobile-World-Congress-MWC-de-Barcelona>.

58 Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en adelante, "**Ley de Propiedad Intelectual**"), algunas de ellas posteriores a la nueva Ley de Patentes, no se hubiera recogido de forma expresa los escritos preventivos o no se hubiera hecho sobre este punto una remisión clara a la regulación recogida en la Ley de Patentes, también es cierto de que la propia Ley de Propiedad Intelectual comulga con esta "concepción amplia" de la propiedad industrial cuando en su artículo 3 declara la compatibilidad de la protección de los derechos de autor con la protección de otros derechos de propiedad intelectual e industrial⁵⁹.

- En tercer lugar, ello vendría asimismo justificado "por mor del principio de vinculación negativa (ampliamente desarrollado en el Derecho administrativo), todo lo que no está expresamente prohibido en Derecho debe entenderse permitido" y el "principio de equivalencia, que informa el Derecho de la Unión Europea (véase, por todas, la STJUE (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, asunto C-432/05), nuestra regulación procesal y sustantiva (principalmente, como hemos visto, la Ley de Enjuiciamiento Civil y el texto refundido de la Ley Propiedad Intelectual) que se ocupa de las acciones destinadas a garantizar la tutela judicial de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea confiere a los justiciables -esto es: la tutela de los derechos de Propiedad Intelectual o Propiedad Industrial entendida en sentido amplio- no debe ser menos favorable que la prevista para materias semejantes de naturaleza interna -como la prevista en la Ley de Patentes y por remisión a ésta en la Ley de Marcas y en la Ley de Secretos Empresariales-".
- Y, en cuarto lugar, porque la admisión del escrito preventivo en materia de propiedad intelectual "no haría sino reforzar la efectiva contradicción procesal, que es manifestación de los derechos fundamentales a la efectiva tutela judicial sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (arts. 24 CE y 47 CDFUE; por todas, STC 72/1996, de 24 de abril). O, dicho de otro modo: la defensa anticipada del futuro demandado de medidas cautelares *inaudita parte* en nada habría de perjudicar al futuro demandante, cuya posición procesal permanece incólume no obstante la presentación del escrito preventivo".

59 El artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual establece: "Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual. 2.º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. 3.º Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley".

60 Podemos encontrar un extracto de dicha resolución en *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., páginas 463 y 464.

61 *Op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., págs. 463 y 464.

Este mismo razonamiento fue seguido por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona en el Auto de 6 de mayo de 2021 (no publicado⁶⁰), por el que se admitió a trámite un escrito preventivo en materia de derechos de autor, diseño industrial y competencia desleal.

Ahora bien, como hemos avanzado, la conclusión diametralmente opuesta fue alcanzada por el Auto del Mercantil 8 del 28 de enero de 2020 (no publicado⁶¹), el cual denegó el escrito preventivo en Madrid en materia de derechos de autor,

también en el asunto *Pasapalabra*, por considerar que el artículo 132 de la Ley de Patentes está circunscrito solo en el ámbito de la propiedad industrial, no siendo posible aplicarlo analógicamente al ámbito de la propiedad intelectual, donde el Legislador no lo ha regulado de forma expresa⁶².

11. ¿Y cabe la presentación de escritos preventivos para evitar la adopción de diligencias de comprobación de hechos?

Por último, otra de las cuestiones controvertidas que se han planteado ante nuestros Tribunales es si podría plantearse un escrito preventivo para evitar unas diligencias de comprobación de hechos.

Dichas diligencias, reguladas en los artículos 123 y siguientes de la nueva Ley de Patentes, constituyen un mecanismo a disposición de la persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de un derecho de patentes en aquellos supuestos en los que es presumible la infracción de sus derechos de patentes, si bien no le es posible comprobar la realidad de dicha infracción. Así, el titular del derecho infringido (o presumiblemente infringido) puede pedir al juez que, con carácter urgente, acuerde la práctica de unas diligencias (que normalmente consisten en una inspección sorpresa en las instalaciones del presunto infractor) a fin de recabar pruebas y verificar la infracción. Dicho procedimiento debe tramitarse “sin que medie en ningún caso notificación previa de su práctica a quien deba soportarla” (artículo 124.1 de la Ley de Patentes).

Pues bien, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, de 14 de julio de 2020 (no publicado⁶³), se planteó si podía admitirse a trámite un escrito preventivo con respecto a una solicitud de diligencias de comprobación de hechos. Dicho Auto inadmitió ese escrito preventivo por entender que el artículo 132 de la Ley de Patentes se recogió única y exclusivamente dentro del capítulo que regulan las medidas cautelares *inaudita parte*. Asimismo, entendió que no cabía aplicar por analogía el artículo 132 de la Ley de patentes, por cuanto la finalidad perseguida por unas medidas cautelares *inaudita parte* y por unas diligencias de comprobación de hechos son distintas. Además, apuntó que, de conformidad con el artículo 124.1 de la Ley de Patentes, la parte con la que se entienden las diligencias de comprobación de hechos será oída y podrá realizar manifestaciones. Estas manifestaciones, junto con el hecho de que en la práctica de las diligencias interviene un perito designado judicialmente y las pruebas que se recaben durante las diligencias, son las que tiene en cuenta el juez para determinar si, a la vista de la inspección realizada, es presumible que se esté llevando a cabo la infracción de la patente, teniendo el juzgado la obligación de velar por que dichas diligencias no sirvan como medio para violar secretos industriales o realizar actos que constituyan competencia desleal (artículo 124.4 de la Ley de Patentes).

No tenemos conocimiento de que esta cuestión se haya planteado en algún otro supuesto. Ahora bien, como señala el Magistrado D. Florencio Molina (precisamente el

62 Una crítica a dicha resolución la encontramos en *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., páginas 335 a 337.

63 Podemos encontrar un extracto de dicha resolución en *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., páginas 482 a 487.

que dictó dicho Auto inadmitiendo el escrito preventivo en el marco de las diligencias para la comprobación) son varios los argumentos que podrían también esgrimirse a favor de dicha admisión⁶⁴. Ello hace, por tanto, que la cuestión quede abierta y que necesitemos contar con algunas resoluciones más sobre esta cuestión para poder valorar cuál será la tendencia seguida por nuestros tribunales a este respecto.

IV. Conclusión: atendida la práctica seguida por nuestros tribunales a la hora de aplicar los escritos preventivos ¿se podría extender esta herramienta procesal de los escritos preventivos a otros ámbitos distintos al de la propiedad industrial?

Tras 10 años desde que se admitiera a trámite el primer escrito preventivo por parte de nuestros tribunales, y más de seis años desde que entró en vigor la nueva Ley de Patentes que positivó dicha herramienta procesal, los escritos preventivos se han venido utilizando de forma habitual como un medio de defensa anticipada ante una posible solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*. Y ello aunque, como establece el propio artículo 132 de la Ley de Patentes y así lo muestra la práctica de nuestros tribunales, la presentación de dicho escrito no impide que se acaben concediendo las medidas cautelares *inaudita parte* si el tribunal que conoce de la solicitud entiende que concurren los motivos de especial urgencia exigidos en el artículo 733.2 de la LEC.

En cualquier caso, y a pesar de las dudas y cuestiones que plantea su puesta en práctica y a las que nos hemos referido en el cuerpo del presente estudio, los escritos preventivos se han considerado una herramienta útil y efectiva, principalmente en el ámbito de las ferias y congresos para intentar evitar sorpresas desagradables durante la exposición, que podrían conllevar daños muy importantes no solo desde el punto de vista comercial, sino también a la imagen.

La gran cuestión es si debería extenderse esta figura a otros ámbitos distintos al de la propiedad industrial. Esta cuestión se ha planteado ya en el ámbito de los derechos de autor (propiedad intelectual), con posiciones discrepantes según el juzgado que conozca de la misma, habiéndose posicionado los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona claramente a favor, abogando por una protección uniforme de los derechos de exclusiva, ya se califiquen estos como de “propiedad industrial” o como de “propiedad intelectual”, distinción lingüística que solo tenemos en nuestro ordenamiento y que no encontramos en el de los países de nuestro entorno.

Y la siguiente gran cuestión es si cabría también extender el mecanismo de los escritos preventivos a otros ámbitos distintos. Son varias las voces doctrinales que se han manifestado a favor de ello⁶⁵, pues el temor a ser sujeto pasivo de unas medidas cautelares *inaudita parte* no solo cabe en el ámbito de la propiedad industrial/intelectual, sino que podemos encontrarlo en otros ámbitos distintos. Así pues, no parece de recibo limitar esta herramienta procesal de defensa

anticipada únicamente al ámbito de la propiedad industrial (y competencia desleal y propiedad intelectual, si acogemos la práctica “amplia” seguida por los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona), sino que debería poder extenderse a otros ámbitos. De hecho, si revisamos de nuevo los argumentos que llevaron al Magistrado D. Rodríguez Vega a admitir el primer escrito preventivo, basados en garantizar el derecho de defensa del sujeto que podría ser objeto de una medida cautelares *inaudita parte*, sin tampoco perjudicar a la pre-actora y a su derecho a obtener unas medidas cautelares *inaudita parte* si concurren las razones de especial urgencia establecidas en el artículo 733.2 de la LEC, buscando por tanto un equilibrio entre las partes, no vemos por qué dichos argumentos no podrían aplicar también en ámbitos distintos.

Ahora bien, aunque no descartamos que en algún caso concreto los tribunales aceptaran admitir escritos preventivos en otros ámbitos, amparándose en una aplicación analógica del artículo 132 de la Ley de Patentes y en los mismos principios que llevaron al Auto de 18 de enero de 2013 a importar dichos escritos a nuestro ordenamiento, lo recomendable y deseable sería que nuestro Legislador introdujera dicha figura de forma general en nuestra LEC, a fin de darle una regulación uniforme a esta herramienta procesal y evitar discrepancias como las que nos hemos ido encontrando hasta la fecha, tanto cuando se pretendió importar dicha figura antes de su regulación en la Ley de Patentes, como cuando se ha pretendido extender su aplicación a ámbitos distintos al de la propiedad industrial *stricto sensu*.

64 Véase *op. cit.* MOLINA LÓPEZ, F., págs. 343 a 346.

65 Véanse, por ejemplo, *op. cit.* CANTOS PARDO, M., apartado VI, y PÉREZ DAUDÍ, V. (2017) Análisis crítico de las Medidas Cautelares en la Ley 24/2015, de 24 de julio de Patentes. *Revista Jurídica de Catalunya núm. 1*, pág. 67, quien apunta que: “Ante esta situación jurisprudencial es positivo que el legislador haya optado por regularlo, si bien hubiera sido conveniente hacerlo en la regulación general de la LEC y no en el ámbito de la ley especial como es la de patentes. Es cierto que en la propiedad industrial es habitual que se realice el requerimiento extrajudicial de cese de la actuación que vulnera la patente, pero también se produce en otros ámbitos como las reclamaciones de cantidad”. Asimismo, en su tesis doctoral, el Magistrado D. Florencio Molina apuntó que: “En conclusión, analizados los requisitos para que opere la analogía, es posible defender una aplicación analógica del instrumento procesal previsto en el art. 132 de la LP ya no solo a procesos donde estén en juego derechos de propiedad intelectual/ industrial o, en general, de materias mercantiles sino a otros procedimientos civiles y mercantiles que tengan por objeto cualquier tipo de derechos e, incluso, a procedimientos judiciales de otros ámbitos jurisdiccionales”, tesis “El escrito preventivo”, leída en Barcelona, 2022, y que se puede consultar on-line en https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/675435/FML_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultada el 13 de marzo de 2023). *Op. cit.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., pág. 24, se manifiesta también a favor de extender esta figura a otros ámbitos, si bien considera que antes debería constituirse “un registro que posibilite tratar la información de forma masiva o se articule un régimen que permita de forma más clara la coerción del deber del potencial solicitante de informar de la existencia del escrito” pues, sin ello, “existen serias dudas de que sea operativo ampliar el ámbito de los escritos preventivos a cualquier tipo de procedimiento declarativo”.

A close-up photograph of several light pink cherry blossoms. The flowers are in various stages of bloom, with some showing prominent dark stamens. The background is a soft, out-of-focus light pink and white, creating a dreamy atmosphere. The text "Problemas y cuestiones" is overlaid in the bottom left corner in a bold, black, sans-serif font.

**Problemas
y cuestiones**



Declaradas nulas por abusivas varias cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda

Manuel Bernárdez
Professional Support Lawyer
GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

I. Introducción	100
II. Concepto de cláusula abusiva y consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva	100
III. Las cláusulas impugnadas	103
1. Cláusula que permite la posibilidad de retener el importe de la fianza	103
2. Cláusula que impone una penalización por demora en la entrega de llaves y desalojo consistente en el triple de la renta diaria	104
3. Cláusula de renuncia a derechos en caso de interrupción de suministros por causa ajena al arrendador	105
4. Cláusula que faculta al arrendador a realizar visitas periódicas a la vivienda para comprobar su estado con previo aviso	105
5. Cláusula de resolución por incumplimientos no esenciales y la no devolución de cantidades en caso de resolución, sin que excluya la resolución por causas imputables al arrendador	105
6. Cláusula que impone a la arrendataria una serie de gastos judiciales y extrajudiciales por incumplimiento	106
7. Cláusula que dispone que las cláusulas han sido negociadas individualmente	106
8. Cláusula que impone el pago del seguro de impago de rentas a la arrendataria en una adenda del contrato	106
9. Cláusula de renta y en adenda separada cláusula de bonificación de renta hasta el tercer año como promoción comercial que, en conjunto, determinan un incremento de la renta superior al IPC (en torno a un 25%), que vulnera la prohibición de incremento de la renta conforme al IPC (artículo 18 de la LAU)	107
10. Cláusula que autoriza para la inclusión en un registro de morosos	108
IV. Conclusión	108



Resumen: Analizamos en el presente artículo la reciente sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº31 de Barcelona que declara nulas por abusivas determinadas cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda.

Abstract: In this article, we analyse the recent judgment issued by the Barcelona Court of First Instance No. 31, which held that certain clauses in a residential lease contract were null and void due to their abusive nature.



Palabras clave: Arrendamiento de vivienda; gran tenedor; consumidor; cláusulas abusivas; control de transparencia; control de abusividad.

Keywords: Residential lease; large holder; consumer; abusive clauses; control of transparency; control of abusiveness.

Declaradas nulas por abusivas varias cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda

I. Introducción

El Juzgado de Primera Instancia nº31 de Barcelona, en su sentencia nº3/2023, de 9 de enero, ha declarado nulas por abusivas determinadas cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda suscrito en enero de 2020 entre un fondo (como arrendador) y una persona física (como arrendataria), teniéndolas por no puestas.

La parte actora (arrendataria) considera que las cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, que no fueron negociadas individualmente por la arrendataria, generan un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, limitan los derechos de los consumidores y usuarios y que no respetan la reciprocidad del contrato.

El fondo se opone, si bien reconoce la condición de consumidor de la arrendataria y la naturaleza jurídica de que las cláusulas impugnadas constituyen condiciones generales de la contratación, considera que éstas son válidas al ser consecuencia del principio de libertad de pactos y que su contenido fue informado con carácter previo a la celebración del contrato de arrendamiento.

II. Concepto de cláusula abusiva y consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva

Con carácter previo al análisis de las cláusulas impugnadas, es necesario repasar el concepto de cláusula abusiva. Para ello debemos analizar el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (el "**TRLGDCU**") y tener en cuenta que cuando las cláusulas afecten a elementos esenciales del contrato, con anterioridad deberá realizarse el control de transparencia y solo si no se supera este control de transparencia podrá abordarse la posible abusividad de estas cláusulas en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (la "**Directiva**").

En este sentido, el artículo 82.1 del TRLGDCU, que proviene del artículo 3.1 de la Directiva que establece los parámetros generales para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, señala que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato."

Por su parte, el apartado 4 de este artículo 82 del TRLGDCU contiene seis indicadores generales de abusividad, desarrollados en los artículos siguientes. Así, en todo caso serán consideradas abusivas las cláusulas que: (i) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; (ii) limiten los derechos del consumidor y usuario; (iii) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; (iv) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; (v) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o (vi) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

En este punto es preciso realizar un breve análisis de los dos parámetros que se contienen en la descripción general de cláusula abusiva del artículo 82.1 del TRLGDCU: la contravención de la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

(a) *El desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes*

Según el TJUE, corresponde al juez nacional determinar si una cláusula en particular es abusiva. En todo caso, el TJUE, en sucesivas resoluciones, ha concretado algo más el quehacer del juez nacional y los términos de la comparación¹. Por ejemplo, según la STJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11, “han de tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”. Además, el desequilibrio importante puede resultar “del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales” (STJUE de 16 de enero de 2014 en el asunto C-226/12).

En nuestro Derecho, los artículos 85 a 90 del TRLGDCU contienen una serie de criterios para apreciar la concurrencia de un desequilibrio importante conforme a la norma general del artículo 82.1 del mismo texto legal.

(b) *La contravención de la buena fe*

El TJUE ha precisado que en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe, “el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual” (STJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11).

1 González Pacanowska, Isabel. *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ªed., julio 2015.

El trato "equitativo" remite a las "circunstancias del caso concreto"². La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual exige tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (artículo 4.1 de la Directiva y artículo 82.3 del TRLGDCU).

Por último, es importante destacar que la falta de transparencia ha servido como argumento de nuestros tribunales para declarar la nulidad de determinadas cláusulas. Según el TS, el defecto de información que la redacción de una cláusula implica, comporta desequilibrio y ausencia de buena fe.

Por otro lado, el artículo 4.2 de la Directiva dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, de otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

Este artículo ha generado debate, ya que es dudoso si cabe el control de contenido sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (los conocidos como *core terms*). El TJUE parece estar a favor, mientras que nuestro TS no, si bien admite su nulidad por falta de transparencia.

Por último, antes de entrar a analizar las cláusulas declaradas nulas por abusivas por el Juzgado de Primera Instancia nº31 de Barcelona en la sentencia objeto de análisis del presente artículo, es preciso recordar brevemente cuáles son las consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva.

El artículo 83 del TRLGDCU establece que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho".

Según el TS, la declaración de una cláusula como abusiva "lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva" (STS 367/2017, de 8 de junio).

Además, el TS ha confirmado que "la consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula (previa su declaración de falta de transparencia, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio), es su nulidad de pleno derecho, como establecen inequívocamente los artículos 8.2 de la LCGC y 83 del TRLGDCU. Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el

2 González Pacanowska, Isabel. *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ªed., julio 2015.

consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva, según determina el artículo 6.1 de la Directiva 93/13” (STS 454/2020, de 23 de junio).

Señala igualmente esta STS 454/2020, de 23 de junio, que “no es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea”.

Por otro lado, puede ocurrir que la nulidad de la cláusula por falta de transparencia suponga la nulidad total del contrato y ello genere un serio perjuicio para el consumidor, en cuyo caso se podrá sustituir la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato, evitando así la nulidad del contrato y el perjuicio al consumidor (STS 608/2017, de 15 de noviembre).

Sobre esto último se ha pronunciado el TJUE señalando que de su jurisprudencia no se desprende que, en una situación en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no pueda subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva se oponga a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (STJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13).

III. Las cláusulas impugnadas

A continuación, se analizarán las cláusulas del contrato de arrendamiento de vivienda impugnadas por la parte actora (arrendataria). Todas ellas, salvo una, han sido declaradas nulas por abusivas en virtud de la sentencia.

1. Cláusula que permite la posibilidad de retener el importe de la fianza

La primera cláusula impugnada por la parte actora es el segundo párrafo de la cláusula segunda del contrato de arrendamiento, que señala que “las paredes se entregan sin agujeros y pintadas en color blanco. En caso, que el arrendatario devuelva la vivienda con las paredes pintada de un color diferente, o con agujeros en las mismas, correrá con los gastos de reposición de las paredes a su estado inicial, quedando facultado el arrendador para retener el importe total de dichos gastos de la fianza o de otras garantías adicionales prestadas por el arrendatario”.

Se declara abusiva por vulnerar el artículo 82.4 b) y f) del TRLGDCU porque “limita de forma desproporcionada los derechos del arrendatario, cuando es evidente

que el legislador establece que el arrendador debe soportar los gastos que deba hacer al concluir el arriendo consecuencia de un uso ordinario, por el mero transcurso de tiempo”.

En este sentido, recordemos que el artículo 1561 del Código Civil (el “CC”) dispone que “el arrendatario debe devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable”, y el art. 21.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (la “LAU”) dispone que “las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario”.

2. Cláusula que impone una penalización por demora en la entrega de llaves y desalojo consistente en el triple de la renta diaria

El contenido del párrafo impugnado señala que “al término de la vigencia del contrato, la arrendataria deberá devolver las llaves, desalojar y dejar completamente libre, vacuo y expedito a disposición de la arrendadora el inmueble, corriendo con los gastos que de ello se deriven. El incumplimiento de lo anterior dará lugar al pago de una penalización que expresamente se conviene como consecuencia del uso y detentación indebida del inmueble, por importe equivalente al triple de la renta diaria vigente en el periodo mensual, inmediatamente anterior a la fecha de extinción del contrato, por día de retraso en dicho desalojo”.

La Magistrada declara esta cláusula como abusiva conforme a los artículos 82.4 d) y e) y 85.6 del TRLGDCU por establecer indemnizaciones o penalizaciones desproporcionadas a la arrendataria. El fondo aporta un informe pericial para justificar la proporcionalidad de la indemnización pactada en esta cláusula que la califica como cláusula penal en el hecho de que al arrendador le reporta unos gastos el que la arrendataria siga ocupando la vivienda, compensando esta cláusula dichos gastos. Sin embargo, la Magistrada considera que para ello debería haberse introducido explícitamente en esta cláusula que esta penalización aplicaría solo en caso de que la arrendataria siguiese ocupando la vivienda sin pagar la renta pactada, ya que de lo contrario no se causaría ningún perjuicio al arrendador. Es más, la Magistrada considera que ni siquiera introduciendo esta matización en la cláusula la penalización sería proporcional, ya que el juicio de desahucio por falta de pago o expiración del plazo ya permite al arrendador resarcirse de estos gastos.

Además, la Magistrada también tiene en cuenta para declarar esta cláusula como abusiva la existencia de fianza y la existencia de otra cláusula por la que se pacta una indemnización por resolución contractual por incumplimiento de la arrendataria.

3. Cláusula de renuncia a derechos en caso de interrupción de suministros por causa ajena al arrendador

El apartado sexto de la cláusula sexta establece que “las partes pactan que la interrupción de dichos suministros por causa ajena al arrendador, no afectará al presente contrato, y en particular no dará derecho a indemnización a favor del arrendatario ni a la suspensión, reducción o condonación de las condiciones adeudadas en virtud de este contrato”.

Se estima abusiva conforme al artículo 82.4 f) del TRLGDCU porque “implícitamente exonera al arrendador de cumplir con la obligación contractual, prevista legalmente, de garantizar la habitabilidad del inmueble y niega a la arrendataria el derecho, reconocido legalmente, a resolver el contrato por falta de habitabilidad del inmueble”.

A este respecto, el artículo 1554.2 del CC en congruencia con el artículo 21.1 de la LAU obliga al arrendador a hacer en la vivienda durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, y el artículo 1556 del CC prevé que ante el incumplimiento de las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, se podrá pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o solo esto último, dejando el contrato subsistente.

4. Cláusula que faculta al arrendador a realizar visitas periódicas a la vivienda para comprobar su estado con previo aviso

La cláusula en cuestión dispone que “con ánimo de facilitar la conservación y mantenimiento de las instalaciones, ambas partes convienen que el arrendador, podrá realizar visitas periódicas, previo aviso al arrendatario, al objeto de comprobar el buen estado y funcionamiento de todos los aparatos, instalaciones y utensilios inherentes a la vivienda objeto de este contrato de arrendamiento”.

Se declara abusiva en aplicación del artículo 82.4 b) y f) del TRLGDCU porque implícitamente obliga a la arrendataria a conservar de modo constante la vivienda, cuando el artículo 1561 del CC solo exige que la vivienda esté en estado de conservación similar al recibido en el momento de la extinción del contrato.

5. Cláusula de resolución por incumplimientos no esenciales y la no devolución de cantidades en caso de resolución, sin que excluya la resolución por causas imputables al arrendador

La cláusula decimosegunda impugnada dice que “la resolución del contrato de arrendamiento no generará a favor del arrendatario la devolución de ninguna cantidad desembolsada durante la ejecución del contrato de arrendamiento”.

La Magistrada declara esta cláusula como abusiva conforme al artículo 82.4 f) del TRLGDCU por excluir los efectos jurídicos vinculados a la resolución contractual (artículo 1124 del CC). Considera que esta cláusula, al prohibir que la arrendataria pueda recuperar rentas o cantidades ya desembolsadas en virtud de la resolución contractual, es una cláusula *contra legem*.

6. Cláusula que impone a la arrendataria una serie de gastos judiciales y extrajudiciales por incumplimiento

La cláusula impugnada establece que “de conformidad con lo establecido en la ley serán por cuenta del arrendatario los gastos extrajudiciales o judiciales por impago de rentas, actualizaciones y cantidades asimiladas, así como las que se devenguen como consecuencia de los referidos en este contrato de arrendamiento”.

Esta cláusula es declarada abusiva porque no respeta el régimen de gastos judiciales (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y porque se limita a recoger el criterio general objetivo de condena en costas por vencimiento sin tener en cuenta matices que pueden excepcionar la regla general que se limita a recoger la cláusula impugnada, como son la posibilidad de allanamiento de la arrendataria, la necesidad de reclamaciones extrajudiciales del arrendador, valorar la posible mala fe o no de la arrendataria, etc.

7. Cláusula que dispone que las cláusulas han sido negociadas individualmente

Se declara abusiva porque contraviene las reglas de la prueba sobre el carácter negociado de las cláusulas, carga que la ley impone al empresario (artículos 82.2 del TRLGDCU y 3.2 de la Directiva).

La Magistrada considera que esta cláusula “pretende excluir esta carga probatoria que la legislación le impone al empresario, asegurándose una prueba abstracta y genérica en todos los contratos”.

8. Cláusula que impone el pago del seguro de impago de rentas a la arrendataria en una adenda del contrato

Se estima abusiva conforme al artículo 82.4 e) del TRLGDCU porque hace asumir a la arrendataria un gasto consistente en pagar una prima de un seguro que ha sido contratado no por la arrendataria sino por el arrendador, y que beneficia exclusivamente al arrendador, “quebrantando con ello el justo equilibrio y proporcionalidad entre los derechos y deberes de las partes en una relación contractual”.

Considera abusivo que esta cláusula no se limite a obligar a la arrendataria a suscribir un seguro de impagos, sino a pagar la prima de un seguro contratado por

el arrendador, y señala que la validez de los contratos vinculados se condiciona a que se otorgue la prerrogativa al consumidor de contratar el seguro que considere más oportuno y no el que le imponga el empresario.

9. Cláusula de renta y en adenda separada cláusula de bonificación de renta hasta el tercer año como promoción comercial que, en conjunto, determinan un incremento de la renta superior al IPC (en torno a un 25%), que vulnera la prohibición de incremento de la renta conforme al IPC (artículo 18 de la LAU)

En primer lugar, a la hora de analizar la posible abusividad de esta cláusula, hay que tener en cuenta que se trata de una cláusula distinta al resto de cláusulas impugnadas, en el sentido de que afecta a un elemento esencial del contrato como es el precio y, por lo tanto, debe hacerse un doble control, de transparencia y de abusividad:

(a) *Control de transparencia*

La cláusula quinta del contrato relativa a la renta y sus actualizaciones señala en su párrafo primero que “la renta inicial estipulada por las partes, en el plazo de duración pactado es una renta anual de 10.764.-euros a pagar en mensualidades anticipadas de 897.-euros cada una, y en su párrafo decimotercero que durante el plazo de duración del contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas la renta del arrendamiento, se actualizará en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia, aplicando la variación porcentual experimentada por el índice de precios al consumo a fecha de cada revisión (...)”.

Y es en la adenda al contrato en donde se hace constar que la arrendataria se acoge a una bonificación de la renta por 36 meses por un importe mensual de 207 euros. Se añade que una vez finalizado el plazo de bonificación, la renta será la que figura en el contrato sin bonificación, con los incrementos de actualización del IPC aplicables.

La Magistrada considera que el precio no fue fijado de forma clara y transparente para que pudiera ser comprendido por un consumidor medio y señala que “el hecho que se regule la renta de los primeros meses en una adenda aparte, separada del contrato, y bajo la promoción comercial de bonificación al contrato de arrendamiento, pudo provocar confusión en el arrendatario e induce a error en el consumidor medio”. Y, no superando el control de transparencia, se procede a realizar el segundo control de abusividad.

(b) *Control de abusividad*

La parte actora sostiene la nulidad de esta cláusula por abusiva porque según la LAU la duración mínima de este tipo de contratos de arrendamiento es de 7 años (3 años de duración inicial con prórrogas obligatorias hasta los 7 años) y como el artículo 18 de la LAU prohíbe modificar la renta durante la

vigencia del contrato más allá del incremento del IPC, considera que se trata de una maquinación para sortear esta prohibición legal.

La Magistrada comparte esta interpretación de la parte actora y declara esta cláusula nula por abusiva "porque la bonificación del contrato, trata de sortear o evitar la aplicación de la normativa legal, y es que según la última modificación los contratos de alquiler con personas jurídicas, necesariamente tienen una vigencia mínima de 7 años, y durante esos 7 años la renta mensual respecto de la inicial no puede superar el incremento del IPC".

10. Cláusula que autoriza para la inclusión en un registro de morosos

En el último párrafo de la cláusula quinta del contrato se señala que "en el caso de impago de la renta y/o de otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato, el arrendatario autoriza al arrendador a que se le incluya en un registro de morosos tipo ASNEF, EQUIFAX, RAI, BADEXCUG, EXPERIAN o similares".

Esta es la única cláusula de las impugnadas que no se reputa nula porque se limita a transcribir el contenido de una norma nacional (artículo 20.1 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre).

IV. Conclusión

Se trata de la primera sentencia dictada en España que declara nulas por abusivas determinadas cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda entre un gran tenedor (fondo) y un consumidor. A fecha de cierre de este artículo, la sentencia no es firme ya que el fondo tiene 20 días hábiles para apelar ante la Audiencia Provincial de Barcelona.

Reparto forzoso de dividendos: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023

María Cabello Ortega
Corporate Professional Support Lawyer
GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

I. Antecedentes	112
II. El fallo de la Audiencia Provincial	113
III. Sentencia del Tribunal Supremo	114
Acuerdos impugnables por lesión del interés social	114
Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos	115
Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y aplicación por la junta general del resultado del ejercicio	116
IV. Referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005	117

Índice/



Resumen: En el presente artículo damos cuenta de la reciente sentencia de 11 de enero de 2023 del Tribunal Supremo en virtud de la cual un socio minoritario impugna la aprobación de cuentas y la aplicación del resultado de los ejercicios 2014 y 2015, que destinaba íntegramente dicho resultado a reservas voluntarias, por considerar que se han adoptado de forma abusiva por la mayoría. El Tribunal Supremo confirma el fallo de la Audiencia Provincial de A Coruña declarando abusivos los acuerdos y condenando a la sociedad a la distribución del 75% del beneficio de dichos ejercicios como dividendos.

Abstract: In this article, we analyse the recent Supreme Court judgment of 11 January 2023 arising out of a case in which a minority shareholder challenged the approval of a company's accounts and the application of the profits for the 2014 and 2015 financial years, which were fully allocated to voluntary reserves. The minority shareholder argued that the majority had adopted these resolutions in an abusive manner. The Supreme Court upheld the judgment of the A Coruña Court of Appeal, declaring the resolutions to be abusive and ordering the company to distribute 75% of the profits for those years as dividends.



Palabras clave: Dividendos; reparto forzoso; aplicación del resultado; reservas voluntarias; derecho de separación; abuso de la mayoría; socio minoritario; impugnación de acuerdos.

Keywords: Dividends; forced distribution; application of profits; voluntary reserves; right of separation; abuse of the majority; minority shareholder; challenge of resolutions.

Reparto forzoso de dividendos: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023

I. Antecedentes

La situación que generó el conflicto sobre el reparto de dividendos que ha sido resuelto finalmente por el Tribunal Supremo y que da lugar a los antecedentes del correspondiente procedimiento judicial pueden resumirse de la siguiente manera:

- GSS Atlántico (la "**Sociedad**") es una sociedad de responsabilidad limitada cuyas participaciones sociales se distribuyen entre: (i) otra sociedad (GSS Line) que es titular del 51% del capital social, controlada indirectamente mediante sociedades interpuestas por Cándido y Bernabé (padre e hijo); y (ii) Serafín, que es el demandante y detenta el 49% restante del capital social.
- Desde su constitución en el año 2000 la Sociedad estuvo administrada por dos administradores solidarios personas físicas, Serafín y Bernabé y había destinado la totalidad de los beneficios a reservas, salvo en el año 2011 que destinó algo más del 75% del beneficio al reparto de dividendos.
- En 2014 se cesó a Serafín como administrador solidario y se nombró a Bernabé como administrador único. Serafín venía cobrando una retribución mensual de más de 5000 € por su cargo de administrador. Si bien Bernabé no cobraba como administrador de la Sociedad, tanto él como su padre cobraban una cuantía muy superior a la de Serafín como miembros del Consejo de Administración de la sociedad que ostenta el 51% de GSS Atlántico.
- En 2014, en el marco de un acuerdo de refinanciación del grupo, GSS Line prestó garantías por un valor de diecisiete millones de euros. La Sociedad aparece como acreditada en una póliza de avales por un importe máximo de 415.000€. Este acuerdo de refinanciación quedó extinguido en 2018.
- Además, la Sociedad y GSS Line tenían un contrato de crédito recíproco que en 2015 tenía un saldo favorable para la Sociedad de más de dos millones de euros y justo después del cese de Serafín se acordó la conversión del importe del saldo acumulado en el mencionado contrato de crédito en un préstamo participativo.
- Con posterioridad al mencionado cese de Serafín como administrador solidario, la Sociedad acuerda aplicar íntegramente a reservas voluntarias los resultados de los ejercicios 2014 y 2015, ascendiendo las reservas acumuladas al final de los ejercicios sociales de 2014 y 2015 a más de dos millones de euros.
- En la demanda que inició el procedimiento judicial, Serafín impugnó los acuerdos adoptados en las juntas de socios de la Sociedad que aprobaron

las cuentas anuales de los ejercicios 2014 y 2015 y la aplicación del resultado mencionada. Como socio minoritario consideraba que dichos acuerdos lesionaban el interés social al haberse impuesto de manera abusiva por la mayoría. En el suplico de la demanda, Serafín también solicitaba que se ordenara que los beneficios de los ejercicios 2014 y 2015 fueran íntegramente repartidos entre los socios en proporción a su participación en el capital social.

- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda de Serafín y le impuso las costas. Dicha sentencia fue recurrida en apelación estimando entonces la Audiencia Provincial en parte el recurso interpuesto¹.
- Posteriormente, GSS Line interpuso recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial, así como recurso de casación. Estos recursos fueron desestimados por el Tribunal Supremo y dieron lugar a la sentencia aquí analizada.

II. El fallo de la Audiencia Provincial

La Audiencia Provincial estima la impugnación de los acuerdos relativos a la aplicación del resultado de los ejercicios 2014 y 2015 íntegramente a reservas con la siguiente argumentación:

"(...) los acuerdos impugnados son abusivos porque, aun sin ocasionar daño a la sociedad, se adoptan en beneficio del socio mayoritario -al que fluyen por vía de financiación las reservas que GSS Atlántico va acumulando, sin garantías ni presión alguna de restitución, ni siquiera parcial- y en perjuicio del minoritario. Desde que el Sr. Serafín fue cesado como administrador solidario y perdió su retribución como gerente o director del centro de trabajo de A Coruña, su posición cambia por completo, y con ella la valoración que debe hacerse de la continuidad de la línea que la sociedad venía siguiendo sobre la aplicación del resultado. Ya no disfruta el actor de la ventaja compensatoria que obtenía, a cambio de su trabajo, por vía de retribución - solo en un ejercicio, el de 2011, había percibido dividendos- y ello lo sitúa en un nuevo escenario que el socio mayoritario, que es el que lo ha provocado, no puede desconocer; una situación en la que se activa y cobra especial virtualidad el deber de lealtad del socio mayoritario hacia el minoritario, el necesario reconocimiento de que la continuidad de la misma política de dividendos que hasta entonces se había seguido ya solo puede beneficiar a GSS Line y perjudicar al Sr. Serafín, que nada recibe de las ganancias que genera el negocio social y que tampoco puede realizar ventajosamente su inversión -si fuera esa su intención- porque está atrapado en una sociedad cerrada que no reparte dividendos y que destina sus beneficios a financiar a la sociedad dominante, es decir, al propio socio mayoritario. Revocaremos, por lo tanto, la sentencia apelada, con estimación de la demanda impugnatoria en cuanto a este extremo".

1 Sentencia de 25 de marzo de 2019 de la Audiencia Provincial de A Coruña.

2 De acuerdo con el número 1º del art. 204 LSC "Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

3 El *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas. Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. Madrid, 14 de octubre de 2013*, pg. 29, propone una serie de medidas para maximizar la protección material del interés social y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios. La tercera de dichas medidas que la propia Comisión considera "especialmente relevante" se basa en la ampliación del concepto de interés social. Así, señala "con frecuencia, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, a la vista del tenor literal de la norma reguladora de las causas de impugnación, se han resistido a incluir dentro de las infracciones del patrimonio social aquellos casos en que los acuerdos, aun cuando no afectan negativamente al interés social, resultan injustificadamente lesivos para los accionistas minoritarios (aumentos de capital no necesarios para el desarrollo de la empresa y planificados única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes de no distribución de dividendos, etc.). Es cierto que, en algunas ocasiones, al problema se le ha encontrado remedio canalizando su tratamiento por la vía del abuso del

A continuación, la Audiencia Provincial estima procedente ordenar el reparto de dividendos injustificadamente retenidos, como remedio eficaz para impedir la persistencia del abuso:

"Puesto que la sociedad demandada no ha asentado en razones admisibles la decisión de retener los beneficios de los dos ejercicios, ni siquiera en parte, cabría acoger la petición de la demanda y ordenar el reparto de la totalidad de los obtenidos. Contamos, sin embargo, con un antecedente -el acuerdo adoptado con relación a los beneficios de 2011- en el que los socios valoraron como conveniente el reparto de una suma ligeramente superior al 75% y la retención del 25% restante. Se trata del último acuerdo adoptado (2012) antes de que surgieran, precisamente en 2013, las primeras desavenencias entre los socios, y es llamativo el hecho de que el reparto se decidiese en uno de los años de mayor incertidumbre económica tras la crisis que se inició en 2008, cuando la sociedad contaba con un número de empleados (185, según la memoria) similar al que tenía en 2014 (183) y en 2015 (193), y a pesar de que la propuesta que se había llevado a la junta - según resulta de la memoria de las cuentas anuales de 2011- era la de destinar la totalidad del beneficio a reservas, lo que quiere decir que en la discusión posterior entre los socios alcanzaron estos un acuerdo con el que lograron conciliar sus intereses y los de la sociedad. Siguiendo la misma pauta estimaremos en parte la petición del actor y ordenaremos que se destine a reparto entre los socios, en proporción a su respectiva participación en la sociedad, una parte de los beneficios de los ejercicios de 2014 y de 2015 no inferior al 75%".

III. Sentencia del Tribunal Supremo

Acuerdos impugnables por lesión del interés social

La sociedad recurrente alegó la infracción del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital (la "**LSC**")² que establece qué acuerdos sociales son impugnables. Así, la recurrente argumentó que el acuerdo de refinanciación mencionado en los antecedentes constituía la "necesidad razonable" que impedía a la Sociedad repartir dividendos. Y es que la Sociedad aparecía como parte acreditada en dicho acuerdo de refinanciación y las partes acreditadas asumían, entre otras, la obligación contractual de no distribuir beneficios.

El artículo 204.1 de la LSC al referirse a los acuerdos sociales impugnables por lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros señala que la lesión del interés social también se produce cuando aun no causando daño al patrimonio social, el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que se impone de forma abusiva cuando el acuerdo:

- (i) no responde a una necesidad razonable de la sociedad;

- (ii) se adopta por la mayoría en interés propio; y
- (iii) ocasiona un perjuicio injustificado a los demás socios.

El Tribunal Supremo entiende que la participación de la Sociedad en el acuerdo de refinanciación era muy limitada, sobre todo si se pone en relación con el resto de las sociedades del grupo que realmente eran las destinatarias de la refinanciación y que la obligación de no distribuir dividendos de las acreditadas pretendía garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En el caso de la Sociedad, estas obligaciones quedaban de sobra garantizadas con las reservas con las que contaba en 2014 ya que ascendían a más de dos millones de euros. Además, como se indicó anteriormente, la Sociedad aparecía como acreditada en una póliza de avales por un importe máximo de 415.000€ y no consta el uso de esos avales. El Tribunal Supremo considera que con las reservas que la Sociedad tenía a finales de 2014, no repartir dividendos dejaba de ser una “necesidad razonable” para convertirse en una excusa “injustificada” para imponer por parte de la mayoría el acuerdo de no reparto de beneficios en perjuicio de la minoría.

Además, en su sentencia el Tribunal Supremo hace mención al Estudio de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo de 2013³ del que surgió la redacción actual del artículo 204.1 de la LSC, en el cual, entre los supuestos a los que podía resultar de aplicación la norma, se hacía referencia expresa a “la opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes de no distribución de dividendos”.

Por tanto, el Tribunal Supremo, en línea con lo apreciado por la Audiencia Provincial, considera que estamos ante un supuesto claro de acuerdo impuesto abusivamente por la mayoría en perjuicio claro de la minoría, pues pretende privar al socio minoritario del lógico rendimiento económico derivado de las ganancias alcanzadas por la sociedad, sin que exista una necesidad razonable que lo justifique.

Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos

En su recurso GSS Line cuestiona que el socio minoritario ante la falta de reparto de dividendos tenga derecho a la impugnación de los correspondientes acuerdos sociales, ya que considera que para estos supuestos el legislador ha reconocido el derecho de separación en los términos y condiciones establecidos en el artículo 348 bis de la LSC.

El Tribunal Supremo aclara que el derecho de separación regulado en el artículo 348 bis de la LSC, además de ser facultativo, es compatible con el ejercicio de otras acciones, ya sean de impugnación de los acuerdos de aplicación del resultado (en este caso destinando todos los beneficios a reservas), ya sean las eventuales acciones de responsabilidad frente a los administradores por el incumplimiento de deberes legales que constituyan presupuesto ineludible para la adopción del acuerdo de reparto de beneficios, tal y como se señala, expresamente, en el párrafo segundo del número primero del citado precepto⁴.

derecho y configurándolo como abuso de mayoría. No obstante, el desarrollo de esta doctrina es aún muy incipiente. En opinión de esta comisión, resulta, por ello, oportuno eliminar los obstáculos formales o literales existentes en la normativa actual consagrando expresamente este supuesto como causa de impugnación, lo que facilitará —en línea con otras experiencias comparadas— la lucha contra prácticas societarias que constituyen abusos flagrantes” (el subrayado es nuestro).

4 De acuerdo con el número 1 del art. 348 bis LSC “Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional undécima, salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder”.

Por tanto, el derecho de separación no es el único recurso al que puede acudir un socio minoritario ante una situación de no reparto de dividendos. Eso sí, para poder impugnar el correspondiente acuerdo por ser lesivo del interés social se tiene que acreditar que el mismo fue adoptado con abuso de la mayoría, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y aplicación por la junta general del resultado del ejercicio

La sociedad recurrente denuncia también la infracción de los artículos 93 a)⁵ y 273.1⁶ de la LSC, por considerar que el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales constituye un derecho abstracto o genérico que necesita inexcusablemente de la intervención de la junta general de socios para convertirse en un derecho concreto al dividendo a favor del socio.

El Tribunal Supremo considera que no resultan conculcados ni el artículo 93 a) ni el 273 de la LSC con el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de acuerdo con el cual resultaba procedente el reparto como dividendos del 75% del beneficio de los ejercicios 2014 y 2015. El derecho de crédito al cobro de los dividendos no se funda únicamente en un derecho abstracto de los socios a participar en las ganancias sociales, sino que, sobre la base de este derecho abstracto, el derecho al cobro del dividendo correspondiente a cada uno de esos dos ejercicios sociales se entiende concretado porque, en este caso, la estimación de la impugnación del acuerdo de destinar los beneficios a reservas voluntarias conllevaba que se entendiera aprobada la otra alternativa legal, esto es, el reparto de dividendos.

De no ser así estaríamos ante un acuerdo incompleto, en la medida en que la LSC concibe la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado como una actividad conjunta, en la que la aplicación del resultado es la consecuencia de la aprobación de las cuentas, tal y como se desprende de los artículos 164.1⁷ y 253.1⁸ de la LSC.

Por último, el Tribunal Supremo considera que Audiencia Provincial no suplanta la voluntad de los socios al acordar el reparto como dividendos del 75% de los beneficios obtenidos en los ejercicios 2014 y 2015. Además, resalta que frente a la pretensión del minoritario de que se destinen dichos beneficios íntegramente a dividendos, la Audiencia entiende que constituía un abuso de la mayoría destinar a reservas voluntarias más del 25% de los beneficios alcanzados en los ejercicios de 2014 y 2015. Por esta razón, "es razonable entender que si solo resultaba pertinente destinar a reservas voluntarias el 25%, el acuerdo procedente era destinar el resto a reparto de dividendos, que es lo que declara la sentencia".

El Tribunal Supremo concluye con dos importantes afirmaciones. Por un lado, afirma que "en casos como el presente, la tutela judicial efectiva del accionista minoritario quedaría afectada negativamente, si el pronunciamiento del tribunal

5 De acuerdo con el art. 93 LSC "En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos:

a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación. (...)".

6 Según señala el número 1 del art. 273 LSC "La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado".

7 De acuerdo con el art. 164.1 LSC "La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado".

8 Según dispone el art. 253.1 "Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados".

se limitara a estimar la impugnación y dejar sin efecto el acuerdo. Dependería de la junta de socios, controlada por el socio mayoritario, la legítima satisfacción de los derechos del minoritario, reconocidos por la sentencia”. Por otro señala que “cuando la estimación de la impugnación de los acuerdos sociales no deja margen de discrecionalidad a la junta de socios para adoptar el acuerdo precedente, no existe ningún inconveniente en que el tribunal lo declare y a partir de entonces surta efecto”.

IV. Referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023 supone el segundo pronunciamiento en el que el alto Tribunal falla imponiendo a una sociedad el reparto de dividendos. El precedente anterior viene constituido por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005⁹.

En 2005, el Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante que, confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia de Alcoy, declaraba la nulidad de un acuerdo de aplicación de resultados que dedicaba todo el resultado del ejercicio 1994 a la constitución de reservas voluntarias y ordenaba el reparto de todos los beneficios de dicho ejercicio entre los socios en proporción a sus participaciones. En relación con el derecho de los socios a participar en las ganancias sociales y el abuso de la mayoría, la citada sentencia de 2005 señalaba lo siguiente:

“El derecho a participar en las ganancias se configura como un derecho mínimo y si bien el derecho a los dividendos, que se presenta como tránsito de derecho abstracto social a un derecho de crédito a favor del socio cuando se aprueba el reparto en Junta (Sentencia de 10-10-1996), no es un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues, aparte de las reservas legales, se pueden constituir otras de carácter voluntario. En el caso presente resulta que estas carecieron de toda justificación, debidamente probada, ni tampoco se acreditó situación alguna de iliquidez de la sociedad.

Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que MARKESTIL, S.L. nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)”.

9 Sentencia núm. 418/2005, de 26 de mayo de 2005 (recurso de casación núm. 4744/1998).

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo a los que se ha hecho referencia tienen una gran relevancia. Y es que el juego del derecho a participar en las ganancias sociales y el derecho concreto al dividendo es una de las cuestiones más debatidas y conflictivas de nuestro derecho de sociedades. Tan es así que el legislador ha tenido que regular, en el artículo 348 bis LSC, el derecho de los socios a separarse de la sociedad cuando, concurriendo determinados requisitos y circunstancias que el precepto regula, ésta no acuerde la distribución de dividendos o la distribución de dividendos acordada sea insuficiente. Las vicisitudes que ha atravesado la norma hasta su entrada en vigor y las reformas a las que se ha visto sometida desde entonces dan muestra de la complejidad y trascendencia de la cuestión.

