FUNDACIÓN Mutualidad

PREMIOS

Excelencia

CÁTEDRA

FUNDACIÓN MUTUALIDAD

2026

XIV EDICIÓN

2026

TRABAJOS GALARDONADOS

Primer premio XIV Edición, 2026 04

EL SECRETO PROFESIONAL ANTE LAS INSPECCIONES DE LA CNMC-LÍMITES DERIVADOS DE LA CONFIDENCIALIDAD ABOGADO-CLIENTE Y ESPECIAL REFERENCIA AL ABOGADO DE EMPRESA
Elisa Sacristán

Segundo premio XIV Edición, 2026 39

EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DEL ARTÍCULO 82 RGPD EN ESPAÑA. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y PROPUESTAS DE REFORMA
Mercedes López de la Peña de Pablo

Tercer premio XIV Edición, 2026 71

LA PRISIÓN PROVISIONAL DEL INVESTIGADO EXTRANJERO EN MACROCAUSAS ANTE LA AUDIENCIA NACIONAL
María Cristina Pastor Roca

El secreto profesional ante las inspecciones de la CNMC: límites derivados de la confidencialidad abogado-cliente y especial referencia al abogado de empresa.

ELISA SACRISTÁN UCEDA

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Elisa Sacristán Uceda

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía y la Procura en la Universidad Carlos III de Madrid (2025-2026).

Primer premio

XIV Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2026

Sumario

1. INTRODUCCIÓN **7**

2. EL SECRETO PROFESIONAL COMO DEBER Y DERECHO FUNDAMENTAL DE LA ABOGACÍA **8**
2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y DEONTOLÓGICO 8
2.2. EL EGAE 2021 Y LA LEY ORGÁNICA 5/2024 DEL DERECHO DE DEFENSA 9

3. LAS FACULTADES INSPECTORAS DE LA CNMC Y SUS LÍMITES **11**
3.1. MARCO LEGAL DE LA INSPECCIÓN 11
3.2. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y DEONTOLÓGICOS A LAS INSPECCIONES 12

4. ALCANCE MATERIAL DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL MARCO DE UNA INSPECCIÓN DE LA CNMC **14**
4.1. CATEGORÍAS DE DOCUMENTOS PROTEGIDOS Y NO PROTEGIDOS 16
4.2. DOCUMENTOS MIXTOS Y CRITERIO FUNCIONAL 17
4.3. CÓMO HACER VALER EL SECRETO PROFESIONAL DURANTE LA INSPECCIÓN 19

5. EL ABOGADO DE EMPRESA ANTE LAS INSPECCIONES DE LA CNMC **20**
5.1. EL *LEGAL PRIVILEGE* EUROPEO: AM & S, AKZO NOBEL Y ORDE VAN VLAAMSE BALIES 20
5.1.1. EL RECONOCIMIENTO DEL *LEGAL PRIVILEGE* EN AM & S 20
5.1.2. AKZO NOBEL Y LA EXCLUSIÓN DEL ABOGADO INTERNO 21
5.1.3. ORDE VAN VLAAMSE BALIES Y LA AMPLIACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA CONFIDENCIALIDAD 23
5.2. EL CASO RENFE Y LA REAPERTURA DEL DEBATE 25
5.2.1. LA INSPECCIÓN DE RENFE Y LAS RESOLUCIONES DE LA CNMC 25
5.2.2. EL CONFLICTO ENTRE LA DOCTRINA AKZO NOBEL Y EL DERECHO ESPAÑOL 27
5.2.3. LA JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO Y LAS CUESTIONES PENDIENTES 30

6. CONCLUSIONES **32**

7. FUENTES **34**

1. INTRODUCCIÓN

El secreto profesional y la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente constituyen una garantía indispensable para el ejercicio efectivo del derecho de defensa. Su protección permite que el cliente transmita a su abogado toda la información necesaria para recibir un asesoramiento jurídico completo, sin temor a que esas comunicaciones puedan ser posteriormente utilizadas en su contra.

Esta premisa, pacífica en términos abstractos, se torna controvertida cuando se enfrenta a la potestad inspectora de las autoridades de competencia. En el curso de una investigación, la CNMC puede personarse en la sede de una empresa y acceder a un volumen muy amplio de documentación, entre la que pueden encontrarse comunicaciones redactadas, remitidas o recibidas por abogados. En este contexto, resulta imprescindible determinar qué documentos quedan amparados por el secreto profesional y cuáles pueden ser legítimamente examinados e incorporados al expediente administrativo. De lo contrario, el cliente difícilmente podría confiar a su abogado toda la información necesaria para recibir asesoramiento jurídico ante la posibilidad de que esas mismas comunicaciones fueran posteriormente utilizadas en un procedimiento sancionador.

El presente trabajo tiene por objeto determinar los límites que el secreto profesional impone a la obtención y utilización de documentos durante las inspecciones de la CNMC, así como identificar las categorías documentales que pueden quedar comprendidas en esa protección. Para ello, se examinan su fundamento constitucional, legal y deontológico, las facultades inspectoras de la autoridad de competencia y los mecanismos disponibles para hacer valer la confidencialidad. El análisis se detiene especialmente en la posición del abogado de empresa, en la evolución de la jurisprudencia europea y en las resoluciones dictadas en el caso RENFE, que han trasladado la controversia al ámbito judicial español.

El trabajo pretende, en definitiva, delimitar el estado actual de la cuestión y aportar claridad sobre el alcance del secreto profesional del abogado de empresa frente a las facultades inspectoras de la CNMC. La cuestión presenta una evidente relevancia práctica, ya que la interpretación del régimen de confidencialidad condiciona la forma en que las empresas organizan su asesoramiento jurídico, desarrollan sus programas de cumplimiento normativo y afrontan una inspección. Asimismo, obliga a determinar si el abogado de empresa puede ejercer sus funciones con las mismas garantías de confidencialidad que el abogado externo o si la existencia de una relación laboral justifica un tratamiento diferenciado de las comunicaciones protegidas.

2. EL SECRETO PROFESIONAL COMO DEBER Y DERECHO FUNDAMENTAL DE LA ABOGACÍA

2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y DEONTOLÓGICO

La Abogacía, en cuanto profesión llamada a colaborar de forma cualificada con la Administración de Justicia, debe ejercerse conforme a exigencias reforzadas de secreto profesional, probidad y lealtad hacia los órganos jurisdiccionales. Aunque no existe una definición pacífica del concepto, el secreto profesional suele identificarse con el deber de reserva que recae sobre quien, por razón de su profesión, accede a información perteneciente a otra persona. En el caso del abogado, este deber adquiere una especial intensidad por su condición de confidente necesario del cliente, ya que la información se comunica precisamente porque resulta indispensable para obtener asesoramiento jurídico y articular adecuadamente la defensa de sus derechos e intereses[1].

El secreto profesional del abogado no constituye una prerrogativa corporativa ni un privilegio establecido en beneficio del profesional. Su fundamento reside en la protección del ciudadano y, en el ámbito empresarial, de la persona jurídica que necesita recibir asesoramiento jurídico libre, completo y confidencial. Sin la certeza de que las comunicaciones mantenidas con su abogado no podrán ser conocidas o utilizadas por terceros, ni siquiera por la autoridad administrativa salvo en los casos legalmente previstos, el cliente difícilmente podrá exponer con plenitud los hechos, riesgos y estrategias que condicionan su defensa. Por ello, el secreto profesional se proyecta sobre el derecho fundamental de defensa reconocido en el art. 24 CE, pero también sobre el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de las comunicaciones, en conexión con el art. 18 CE, el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

El secreto profesional presenta, así, una doble naturaleza. De un lado, es un deber del abogado, que le impide revelar hechos, comunicaciones, datos o documentos conocidos en el ejercicio de su función. De otro, es un derecho del abogado frente a injerencias externas, en la medida en que le permite oponerse a la revelación forzosa de información cubierta por la confidencialidad

1. M. T. Requejo Naveros y P. Baquerizo Pera, "El derecho-deber de secreto profesional de los profesionales de la abogacía y la necesidad de su tutela en la Ley del Derecho de Defensa", Diario La Ley, n.º 10488, Sección Tribuna, 18 de abril de 2024, LA LEY 15540/2024.

profesional[2]. Esta doble vertiente se recoge en el art. 542.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que obliga a los abogados a guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional y les exime de declarar sobre ellos.

Desde la perspectiva deontológica, el art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española[3] (en adelante, CDAE) vincula expresamente el secreto profesional con la confianza del cliente, el derecho de defensa, la intimidad y el derecho a no declarar contra sí mismo. La protección se extiende a confidencias, propuestas, hechos y documentos conocidos, remitidos o recibidos por razón de cualquiera de las modalidades de actuación profesional. Además, el secreto ampara comunicaciones y negociaciones orales y escritas con independencia del medio o soporte utilizado, y subsiste incluso una vez finalizada la prestación de servicios.

El deber de secreto sitúa al abogado ante una tensión deontológica, ya que debe ser leal a su cliente, preservando la confidencialidad de sus comunicaciones, pero sin prestar cobertura a conductas ilícitas. En el contexto de las inspecciones de competencia, esta tensión se agudiza, pues la invocación del secreto profesional frente a la CNMC no constituye necesariamente una obstrucción ilegítima, sino el ejercicio de una garantía vinculada al derecho de defensa.

2.2. EL EGAE 2021 Y LA LEY ORGÁNICA 5/2024 DEL DERECHO DE DEFENSA

El régimen positivo del secreto profesional se ha articulado a través de las normas estatutarias y deontológicas de la Abogacía, concretamente el CDAE y el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE). Este último, aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, y en vigor desde el 1 de julio de 2021, configura la Abogacía como una profesión libre e independiente, vinculada a la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada, y reconoce el secreto profesional como uno de los principios rectores de su ejercicio.

El EGAE dedica un capítulo específico al secreto profesional y lo configura, en su art. 21, como un derecho y un deber del profesional de la Abogacía. A su vez, el art. 22 extiende su protección a todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas conocidos, emitidos o recibidos en el ejercicio profesional. Esta formulación evidencia que el secreto no se limita al

2. M. T. Requejo Naveros y P. Baquerizo Pera, "El derecho-deber de secreto profesional...", cit.
3. Consejo General de la Abogacía Española. *Código Deontológico de la Abogacía Española*. Aprobado por el Pleno de 6 de marzo de 2019.

dictamen formal ni a la actuación procesal, sino que alcanza a la información vinculada al asesoramiento jurídico.

Especial relevancia presenta el art. 39 EGAE, relativo al abogado de empresa. Este precepto reconoce expresamente que la Abogacía puede ejercerse por cuenta ajena, en régimen de relación laboral común, siempre que el contrato de trabajo se formalice por escrito y respete la libertad, independencia y secreto profesional inherentes al ejercicio de la profesión. Esta previsión resulta central, porque evidencia que el ordenamiento corporativo español no identifica automáticamente la dependencia laboral con la desaparición del secreto profesional.

Otro hito normativo reciente es la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa[4] (en adelante, LODD). La LODD desarrolla el derecho de defensa reconocido en el art. 24 CE como derecho fundamental indisponible y amplía su contenido más allá de la asistencia letrada en procedimientos ya iniciados, al incluir también el asesoramiento jurídico previo al eventual inicio de aquellos. Esta previsión resulta especialmente relevante en materia de secreto profesional, porque desplaza la protección desde el proceso ya formalizado hacia la fase previa de consulta y preparación de la defensa. Además, el art. 13 LODD define a los profesionales de la Abogacía como quienes, "por cuenta propia o ajena", estando incorporados a un colegio de la abogacía como ejercientes, se dedican profesionalmente al asesoramiento jurídico, a la solución de conflictos y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto en vía judicial como extrajudicial. Esta referencia expresa al ejercicio por cuenta ajena permite incluir al abogado de empresa dentro del ámbito subjetivo de la norma.

La garantía se refuerza con el art. 14 LODD, que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la actuación libre e independiente de los profesionales de la Abogacía como presupuesto para la efectiva realización del derecho de defensa. A su vez, el art. 16 LODD establece que todas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la Abogacía y su cliente tienen carácter confidencial y solo podrán ser intervenidas en los casos y con los requisitos expresamente recogidos en la ley.

El cuadro normativo se completa con el art. 542.3 LOPJ, que garantiza el secreto para "cualquiera de las modalidades" de la actuación profesional, y con el art. 24 EGAE, que garantiza la asistencia del Decano del Colegio de Abogados a los registros en despachos de abogados[5].

---

4. Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2024, BOE-A-2024-23630.
5. P. García Molina, "El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado", *La Ley Penal*, n.º 131, Sección Derecho Procesal Penal, marzo-abril 2018, Wolters Kluwer.

3. LAS FACULTADES INSPECTORAS DE LA CNMC Y SUS LÍMITES

3.1. MARCO LEGAL DE LA INSPECCIÓN

La potestad inspectora de la CNMC constituye uno de los instrumentos esenciales para la detección y persecución de las conductas restrictivas de la competencia. Su relevancia práctica se explica por la propia naturaleza de las infracciones investigadas, que con frecuencia se articulan mediante contactos reservados, intercambios de información, acuerdos no documentados formalmente o comunicaciones internas de difícil acceso. Por ello, el ordenamiento atribuye a la Dirección de Competencia facultades especialmente intensas de investigación, aunque sometidas a límites constitucionales, legales y procedimentales.

La potestad de inspección de la CNMC tiene su fundamento en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)[6]. El art. 40 LDC permite al personal inspector de la CNMC acceder a locales, terrenos y medios de transporte de las empresas inspeccionadas; precintar locales, libros o documentos; examinar libros y cualquier otra documentación profesional, con independencia de su soporte; acceder a correspondencia, archivos electrónicos, documentos no leídos o eliminados y documentación alojada en sistemas de almacenamiento en la nube; obtener copias o extractos; retener documentación durante un plazo máximo de diez días, y solicitar explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con la inspección. Además, el art. 39 bis LDC permite a la CNMC realizar entrevistas a personas que puedan estar en posesión de información relevante para la investigación.

Desde el punto de vista orgánico, estas facultades se atribuyen a la Dirección de Competencia. La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia[7] configura dicha Dirección como uno de los órganos de instrucción de la CNMC y le encomienda la instrucción de los expedientes en materia de defensa de la competencia, actuando con independencia respecto del Consejo en esa fase procedimental. El art. 27 de la misma ley precisa que el personal funcionario autorizado por el Director correspondiente tiene la condición de agente de la autoridad y puede realizar las inspecciones necesarias para la aplicación de la normativa cuya vigilancia

6. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, BOE-A-2007-12946.
7. Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, BOE-A-2013-5940.

corresponde a la CNMC.

La inspección debe practicarse sobre la base de una orden de investigación. Esta orden no es un mero trámite formal, sino el instrumento que delimita el objeto, finalidad y alcance de la actuación inspectora. El art. 40 LDC exige que la orden identifique a los sujetos investigados, el objeto y finalidad de la inspección, la fecha de inicio, las sanciones previstas en caso de negativa u obstrucción y el derecho a recurrir. A su vez, el art. 13 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC)[8] exige que la autorización escrita indique el objeto y finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos u operaciones objeto de inspección, la fecha y el alcance de la actuación. Por ello, la correcta delimitación de la orden es esencial, ya que una formulación excesivamente amplia o desconectada de los indicios disponibles no solo dificulta el control de la inspección, sino que puede privar de cobertura habilitante a la documentación obtenida[9].

3.2. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y DEONTOLÓGICOS A LAS INSPECCIONES

Las facultades inspectoras de la CNMC son amplias, pero no ilimitadas. Su ejercicio incide sobre posiciones jurídicas especialmente sensibles, como la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho de defensa, el derecho a no autoincriminarse y la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

El primer límite constitucional relevante es la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE. El Tribunal Constitucional ha reconocido que las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, si bien con una protección de menor intensidad que la reconocida a las personas físicas. En el caso de las sociedades mercantiles, dicha protección se proyecta únicamente sobre los espacios físicos indispensables para desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, en particular aquellos que constituyen el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente, o que sirven a la custodia de documentos u otros soportes reservados al conocimiento de terceros. Además, la STC 69/1999, de 26 de abril, precisa que la entrada en estos espacios debe someterse a un juicio de proporcionalidad, estructurado

8. Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008, BOE-A-2008-3646.
9. STS 244/2019, de 26 de febrero, rec. 2593/2018, asunto *UdER,* ECLI:ES:TS:2019:581. El TS rechazó aplicar la doctrina del hallazgo casual a la documentación relativa a residuos distintos de los sanitarios, al considerar que fue obtenida al amparo del inciso "tratamientos de residuos de otro tipo", expresión que, por su generici-dad y vaguedad, carecía de virtualidad habilitante.

sobre los criterios de adecuación, indispensabilidad de la medida y proporcionalidad en sentido estricto[10].

Esta exigencia se refleja en el propio art. 40 LDC, que impone autorización judicial cuando el ejercicio de las facultades inspectoras implique restricción de derechos fundamentales, en particular la inviolabilidad del domicilio. También será necesaria cuando resulte preciso acceder a lugares distintos de los locales, terrenos o medios de transporte de las empresas.

Un segundo límite deriva del derecho de defensa. En el contexto de una inspección, la empresa no se encuentra todavía necesariamente ante una sanción impuesta, pero sí ante una actuación administrativa que puede determinar la obtención de pruebas decisivas para un expediente sancionador. Por ello, las garantías del art. 24 CE no pueden quedar diferidas al momento final del procedimiento. La empresa tiene derecho a ser asistida por asesor en defensa de sus intereses, conforme al art. 53.1.g de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC)[11], lo que permite la presencia de abogados durante la inspección y la formulación de objeciones o reservas cuando se considere que una actuación excede el marco legal.

La amplitud de las facultades inspectoras de la CNMC exige un control judicial efectivo cuando su ejercicio afecta a derechos fundamentales. Por tanto, la autorización judicial de una inspección no puede operar como un trámite meramente formal, pues el juez actúa como garante del derecho fundamental restringido. En consecuencia, debe comprobar la efectiva previsión legal de la intromisión, la proporcionalidad o adecuación objetiva de su alcance respecto de la investigación en que se inserta y su necesidad para alcanzar el fin legítimo perseguido, esto es, la investigación de posibles infracciones de competencia[12].

Un tercer límite, directamente conectado con el derecho de defensa, es la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. El art. 16 LODD refuerza esta garantía al establecer que las comunicaciones mantenidas entre el profesional de la Abogacía y su cliente tienen carácter confidencial y solo pueden ser intervenidas en los casos y con los requisitos expresamente previstos en la ley. Ahora bien, la existencia de esta garantía no permite oponer el secreto profesional de forma genérica frente a la inspección, como se expondrá en los apartados siguientes del presente trabajo.

---

10. STC 69/1999, de 26 de abril, ECLI:ES:TC:1999:69. FJ 2.º, 4.º y 5.º.
11. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, BOE-A-2015-10565.
12. A. Gutiérrez y F. Lorente, "Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 25, 19-33.

4. ALCANCE MATERIAL DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL MARCO DE UNA INSPECCIÓN DE LA CNMC

La cuestión central que articula el presente trabajo consiste en determinar si la intervención de un abogado como redactor, remitente o destinatario impone algún límite a la incautación de documentos y, en su caso, delimitar qué categorías documentales quedan comprendidas en esa protección.

Para responder a esta cuestión conviene partir de una precisión conceptual. La confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, habitualmente identificada en el ámbito de la competencia como *legal privilege* o *attorney-client privilege,* no se limita a imponer un deber de reserva al abogado, sino que atribuye al cliente una garantía frente a terceros y, en particular, frente a la autoridad administrativa. Su efecto principal consiste en impedir que se exija la entrega de determinadas comunicaciones mantenidas con el abogado en el marco del asesoramiento jurídico y, si la autoridad accede indebidamente a ellas, evitar que su contenido pueda ser utilizado como elemento probatorio en el procedimiento[13].

Esta garantía debe distinguirse de otras figuras próximas. No se trata de la confidencialidad empresarial prevista en el art. 42 LDC, que permite a la autoridad de competencia conocer información sensible de la empresa, aunque limite su acceso por terceros. Tampoco se identifica con el deber de secreto del art. 43 LDC, que obliga a quienes intervienen en el expediente a no divulgar la información conocida. La confidencialidad abogado-cliente opera en un plano distinto, porque pretende impedir que la propia autoridad tome conocimiento de documentos directamente vinculados al asesoramiento jurídico y, en caso de que acceda a ellos, evitar que puedan desplegar efectos probatorios en el expediente[14].

Para determinar qué documentos concretos se ven afectados por esta limitación, la jurisprudencia europea (SSTJUE de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión, asunto 155/79; y de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel, asunto C-550/07 P) supedita el beneficio de la protección a dos criterios acumulativos: que la comunicación se inscriba en el marco del ejercicio del derecho de defensa

13. E. Gippini-Fournier, "Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance", Fordham International Law Journal, vol. 28, n.º 4, 2005.
14. R. Allendesalazar, "Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de las inspecciones de competencia: dos principios a la búsqueda de un equilibrio", Diario La Ley, n.º 7201, Sección Práctica Forense, 22 de junio de 2009.

del cliente y que proceda de un abogado independiente[15]. Este doble criterio permite excluir del ámbito protegido aquellas comunicaciones en las que el abogado interviene en funciones ajenas al asesoramiento jurídico o a la defensa, como pueden ser actuaciones meramente comerciales, operativas o de gestión empresarial.

Desde esta premisa, el primer principio que rige el alcance material del secreto profesional en el contexto de las inspecciones de competencia es que la mera presencia de un abogado en un documento (como autor, destinatario o participante) no es suficiente para dotarlo de protección[16]. Este criterio ha sido reiterado de manera constante tanto por la CNMC como por los tribunales españoles y europeos.

Como recuerda la STS de 21 de septiembre de 2015[17], no basta con identificar determinados documentos y afirmar que son confidenciales, sino que "además, se han de ofrecer las razones que lo justifican" y que "La carga (de justificar la confidencialidad) no puede tenerse por cumplida con la sola afirmación de que, efectivamente, tienen esa naturaleza porque fueron elaborados para el abogado externo cuando nada lo indica."

En la misma línea, la CNMC ha determinado que la empresa debe identificar los documentos concretos cuya protección invoca y ofrecer razones que permitan apreciar su conexión con el asesoramiento jurídico o con el ejercicio del derecho de defensa. Esta exigencia puede apreciarse en el asunto *John Deere,* en el que la CNMC vinculó la protección de la confidencialidad abogado-cliente a un comportamiento activo del inspeccionado durante la actuación inspectora[18]. La Sala reitera, con cita de la STS de 27 de abril de 2012[19], que no bastan las alegaciones genéricas sin concreción respecto de documentos clara y debidamente individualizados e identificados.

El fundamento de esta exigencia no es meramente procedimental, sino que responde a una razón de fondo. Si la sola participación de un abogado en la cadena de comunicación bastara para proteger el documento, la empresa podría eludir la inspección canalizando toda su documentación relevante a través del departamento jurídico, vaciando de facto la potestad investigadora de la

15. STJCE de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe Limited c. Comisión, asunto 155/79, ECLI:EU:C:1982:157, apdos. 21 y 23; STJUE de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c.* Comisión, asunto C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.
16. OECD, *Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings,* DAF/COMP/WP3(2018)5, 31 de enero de 2019, p. 14, apdo. 3.3, donde se señala que no toda comunicación o documento intercambiado entre abogado y cliente está protegido, sino únicamente aquel preparado para obtener o prestar asesoramiento jurídico.
17. STS 4209/2015, de 21 de septiembre de 2015, rec. 2595/2014, ECLI:ES:TS:2015:4209. FJ 4.º y 7.º.
18. CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 20 de diciembre de 2023, expediente R/AJ/090/23, JOHN DEERE, apdo. 2.1.2.
19. STS 3887/2012, de 27 de abril de 2012, rec. 6552/2009, Asunto Stanpa. ECLI:ES:TS:2012:3887.

autoridad de competencia. El secreto profesional no puede convertirse en un instrumento de ocultación de pruebas. Su función es garantizar la libre comunicación entre el cliente y su abogado en el ejercicio de la defensa, no impedir el acceso a documentos de contenido comercial o directivo que accidentalmente han sido enviados a un abogado[20].

4.1. CATEGORÍAS DE DOCUMENTOS PROTEGIDOS Y NO PROTEGIDOS.

A partir de los criterios anteriores, pueden identificarse diferentes categorías de documentos susceptibles de quedar amparados por la confidencialidad abogado-cliente.

En primer lugar, merecen protección los dictámenes, informes y opiniones jurídicas elaborados por abogados externos cuando tengan por objeto asesorar a la empresa sobre su posición jurídica ante una autoridad de competencia, sobre un expediente sancionador ya iniciado o sobre la preparación de su defensa frente a una investigación relacionada con el objeto de la inspección. Esta categoría constituye el núcleo clásico del *legal privilege,* en la medida en que se trata de comunicaciones entre cliente y abogado independiente dirigidas a permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa[21].

En segundo lugar, quedan protegidas las comunicaciones entre la empresa y sus abogados externos dirigidas a preparar la defensa en un procedimiento ya iniciado, así como las comunicaciones anteriores que guarden relación con el objeto de dicho procedimiento. La protección no se limita, por tanto, al momento estrictamente sancionador, sino que puede proyectarse sobre una fase previa siempre que exista una conexión material entre la comunicación jurídica y la investigación de competencia[22]. En el Derecho español vigente, esta interpretación se ve reforzada por el art. 3.1 LODD, que incluye dentro del derecho de defensa el asesoramiento jurídico previo al eventual inicio de un procedimiento.

En tercer lugar, la protección puede alcanzar a documentos internos preparatorios o de síntesis elaborados por la empresa, incluso aunque no hayan sido materialmente enviados al abogado, siempre que hayan sido creados exclusivamente para solicitar asesoramiento jurídico en el marco del ejercicio del derecho de defensa. Esta categoría fue precisada en la sentencia Akzo Nobel del Tribunal de Primera Instancia, al admitir la protección de documentos de

20. STS 4209/2015, de 21 de septiembre de 2015, rec. 2595/2014, ECLI:ES:TS:2015:4209. FJ 5.º.
21. STJCE AM & S, cit., apdos. 18, 21 y 23; STJUE Akzo Nobel, cit.
22. STJCE AM & S, cit., apdo. 23, donde se extiende la protección a las comunicaciones posteriores al inicio del procedimiento y a las anteriores que guarden relación con el objeto de este.

trabajo necesarios para que el abogado pueda comprender el contexto, naturaleza y alcance de los hechos sobre los que se solicita su asistencia[23].

En cuarto lugar, quedan amparadas las consultas del cliente al abogado cuando revelen información comunicada para obtener asesoramiento jurídico. La protección se proyecta sobre el contenido de la consulta y sobre los documentos o comunicaciones que la reflejen, siempre que estén vinculados al ejercicio profesional de la defensa o del asesoramiento jurídico. Esta lectura encaja con el art. 22 EGAE así como con el art. 16 LODD, que declara confidenciales las comunicaciones abogado-cliente y reconoce la inviolabilidad y el secreto de los documentos relacionados con los deberes de defensa.

En sentido contrario, quedan fuera de la protección los documentos cuya finalidad principal sea comercial, operativa, financiera o estratégica, aunque en ellos intervenga un abogado. La confidencialidad abogado-cliente no se activa por la condición profesional del remitente o destinatario, sino por la conexión material del documento con la solicitud o prestación de asesoramiento jurídico. Por ello, un correo sobre política de precios, una presentación comercial, un análisis de mercado o una comunicación interna de gestión no quedan protegidos por el mero hecho de haber sido enviados al departamento jurídico o a un despacho externo.

Tampoco quedan amparados los documentos preexistentes de la empresa que simplemente se remiten después a un abogado. En estos casos, la comunicación posterior con el abogado podrá estar protegida si contiene una consulta jurídica, pero el documento empresarial originario no cambia de naturaleza por haber sido comentado o discutido con un abogado[24].

4.2. DOCUMENTOS MIXTOS Y CRITERIO FUNCIONAL

La delimitación del secreto profesional resulta especialmente compleja cuando un documento presenta un contenido híbrido, al incorporar tanto elementos de asesoramiento jurídico como consideraciones comerciales, financieras o estratégicas. Para determinar si queda protegido, la jurisprudencia europea y la práctica de la CNMC atienden a un criterio funcional basado en el propósito predominante del documento.

El Tribunal de Primera Instancia, actual Tribunal General, fijó el punto de partida de este criterio en la Sentencia Akzo Nobel de 17 de septiembre de 2007, al precisar que la protección debe determinarse en función de la naturaleza y finalidad del documento, y no únicamente de la condición profesional de su

23. STPI de 17 de septiembre de 2007, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c. Comisión, asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, ECLI:EU:T:2007:287, apdos. 122-124.
24. STPI Akzo Nobel, cit., apdo. 123.

autor o destinatario[25]. Por tanto, si el documento fue elaborado principalmente para obtener o prestar asesoramiento jurídico relacionado con la defensa de los derechos del cliente, podrá quedar protegido. En cambio, si su finalidad predominante es comercial o directiva, la inclusión de elementos jurídicos accesorios no modifica su naturaleza[26].

La CNMC ha aplicado explícitamente este criterio del propósito predominante en su resolución R/AJ/120/23 NATURGY[27]. En dicho asunto, la Sala de Competencia denegó la protección de un informe elaborado conjuntamente por el departamento jurídico y el área comercial de la empresa, al considerar que el propósito determinante era la toma de decisiones empresariales ante un escenario regulatorio, y no la obtención de asesoramiento jurídico orientado a la defensa frente a un riesgo concreto de infracción o a un expediente ya iniciado. La Resolución NATURGY confirma así que la CNMC aplica un criterio sustantivo y no meramente formal para delimitar el alcance del secreto profesional, en línea con la exigencia de que el documento nazca de una necesidad de defensa jurídica y no de una necesidad de gestión empresarial, tal y como ya apuntó el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución Pepsi-Cola/Coca-Cola[28].

Cuando el contenido jurídico pueda separarse claramente del contenido empresarial, cabe proteger únicamente la parte destinada al asesoramiento jurídico, siempre que ambas puedan individualizarse sin alterar su significado. En todo caso, corresponde a la empresa identificar el documento y justificar cuál es su finalidad predominante o, cuando solicite una protección parcial, qué contenidos concretos están vinculados al ejercicio del derecho de defensa. La mera intervención de un abogado o la inclusión de referencias jurídicas no resultan suficientes[29].

En este sentido, la protección de la confidencialidad abogado-cliente exige del inspeccionado un "comportamiento activo" y no puede fundamentarse en "meras alegaciones genéricas sin concreción sobre documentos clara y debidamente individualizados e identificados"[30]. Este deber de concreción, afirmado por la jurisprudencia y aplicado por la CNMC en la Resolución JOHN DEERE, ha sido recientemente reafirmado en la Resolución NATURGY[31].

---

25. STPI Akzo Nobel, cit., apdo. 121.
26. OCDE, Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings, cit., p. 14, apdo. 3.3.
27. CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 24 de julio de 2024, expediente R/AJ/120/23, NATURGY, apdo. 3.2.
28. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2002, expediente R 508/02, Pepsi-Cola/Coca-Cola, FF.JJ. 6.º y 7.º.
29. STS 4209/2015, de 21 de septiembre de 2015, rec. 2595/2014, ECLI:ES:TS:2015:4209. FJ 4.º y 7.º; Resolución R/AJ/090/23 JOHN DEERE, cit., apdo. 2.1.2; CNMC, Resolución R/AJ/120/23 NATURGY, cit., apdo. 3.2.
30. CNMC, Resolución R/AJ/090/23 JOHN DEERE, cit., apdos. 2.1.1 y 2.1.2.
31. CNMC, Resolución R/AJ/120/23 NATURGY, cit., apdo. 3.2.

4.3. CÓMO HACER VALER EL SECRETO PROFESIONAL DURANTE LA INSPECCIÓN

La eficacia práctica de la garantía del secreto profesional depende, en gran medida, de la forma en que la empresa y su abogado reaccionan durante la propia inspección. Una invocación tardía, genérica o sin la documentación adecuada puede privar de eficacia a una protección que, en abstracto, resultaría procedente.

El primer paso es formular, en el momento en que los inspectores soliciten o intenten acceder a un documento que la empresa considera protegido, una objeción expresa e individualizada, identificando el documento concreto y exponiendo las razones por las que se considera amparado por el secreto profesional. Esta objeción debe quedar consignada en el acta de la inspección[32].

Cuando la CNMC mantenga su pretensión de incautar el documento a pesar de la objeción, el instrumento procesal previsto es el recurso ante el Consejo de la CNMC al amparo del art. 47 LDC, en el plazo de diez días hábiles. Este precepto permite recurrir los actos de instrucción que sean susceptibles de causar indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La resolución del Consejo puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Junto al recurso principal, la empresa puede solicitar medidas cautelares ante la Audiencia Nacional al amparo de los arts. 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)[33], para impedir que el documento sea incorporado al expediente antes de que el tribunal resuelva sobre el fondo. Para su adopción se valoran, principalmente, el periculum in mora y, de forma complementaria, la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris. El asunto RENFE, que se analizará con mayor detalle en el apartado 5.2 del presente trabajo, pone de manifiesto la utilidad de esta vía.

32. CNMC, Resolución R/AJ/090/23 JOHN DEERE, cit., apdo. 2.1.1.
33. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998, BOE-A-1998-16718.

5. EL ABOGADO DE EMPRESA ANTE LAS INSPECCIONES DE LA CNMC.

Hasta aquí, el análisis ha partido del supuesto del abogado externo, es decir, aquel profesional liberal que presta sus servicios de forma independiente a través de un despacho y cuyo vínculo con el cliente es estrictamente contractual y de naturaleza civil. Sin embargo, la pregunta más relevante desde el punto de vista práctico es si esa misma protección se extiende al abogado de empresa: el letrado que trabaja en la plantilla de la empresa y está vinculado a ella por un contrato laboral.

5.1. EL *LEGAL PRIVILEGE* EUROPEO: AM & S, AKZO NOBEL Y ORDE VAN VLAAMSE BALIES

El punto de partida del debate sobre el abogado de empresa se encuentra en la construcción jurisprudencial del *legal privilege* en el Derecho europeo de la competencia. Esta construcción no surge de una regulación expresa, sino en el contexto de las facultades de verificación de la Comisión Europea, cuya finalidad es permitir la detección de infracciones de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)[34]. En este ámbito, la eficacia de la investigación depende en gran medida del acceso rápido y sorpresivo a la documentación interna de las empresas, pero esa eficacia debe conciliarse con garantías esenciales como el derecho de defensa, la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente y la inviolabilidad de determinados espacios empresariales[35].

5.1.1. El reconocimiento del *legal privilege* en AM & S.

La primera sentencia relevante fue AM & S Europe, de 18 de mayo de 1982. El litigio se originó cuando la Comisión requirió a la empresa la entrega de determinados documentos en el marco de una investigación por posibles prácticas restrictivas de la competencia. Ante la ausencia de una previsión expresa en el Reglamento entonces aplicable, el Tribunal reconoció la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente como principio derivado de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros y como

34. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada, DO C 202, de 7 de junio de 2016.
35. P. Brufao Curiel, "Las garantías de las empresas ante las inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Análisis de la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo", *Anuario de la Competencia*, n.º 1 (2015), pp. 448-450.

garantía necesaria para el ejercicio efectivo del derecho de defensa[36].

Como ya se ha expuesto en el apartado cuarto del presente trabajo, el Tribunal subordinó la protección de las comunicaciones abogado-cliente al cumplimiento de dos requisitos acumulativos. En primer lugar, que la comunicación se hubiera realizado en el marco y en interés del ejercicio del derecho de defensa del cliente. En segundo lugar, que procediera de un abogado independiente, entendido como aquel que no estuviera vinculado a su cliente por una relación laboral. Precisamente este segundo requisito, la independencia como ausencia de vínculo laboral, constituye el punto de partida de la distinción entre abogado externo e interno que posteriormente consolidó la jurisprudencia europea[37].

La doctrina ha destacado que AM & S parte de una concepción clásica de la abogacía, centrada en el abogado externo como profesional liberal y colaborador de la Administración de Justicia. Sin embargo, esa concepción se ha visto progresivamente tensionada por la evolución de la profesión. La actividad del abogado ya no se limita a la defensa procesal, sino que incluye la consulta jurídica preventiva, el asesoramiento continuado y la participación en estructuras empresariales complejas. Además, la propia organización de la abogacía ha cambiado, pues junto al abogado externo tradicional han adquirido gran importancia los abogados de empresa, integrados en servicios jurídicos internos, y los abogados asalariados que trabajan en despachos colectivos[38].

5.1.2. Akzo Nobel y la exclusión del abogado interno.

La doctrina de AM & S permaneció prácticamente inalterada hasta la Sentencia Akzo Nobel, de 14 de septiembre de 2010. Durante una inspección, la Comisión había recabado dos correos electrónicos intercambiados entre un directivo de Akcros y un abogado colegiado en los Países Bajos que trabajaba en el departamento jurídico del grupo. Las empresas defendieron que las comunicaciones debían quedar protegidas porque el abogado estaba colegiado y sujeto a obligaciones deontológicas que garantizaban su independencia profesional. El Tribunal General rechazó esta pretensión y el Tribunal de Justicia confirmó su decisión en casación[39].

En Akzo Nobel, el Tribunal de Justicia reafirmó la doctrina AM & S y sostuvo que el requisito de independencia exige la ausencia de cualquier relación laboral entre el abogado y su cliente. Según el Tribunal, el abogado interno no goza de

36. STJCE de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe Limited c. Comisión, asunto 155/79, ECLI:EU:C:1982:157
37. STJCE AM & S Europe, cit., apdos. 21, 24 y 27.
38. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010", *Diario La Ley,* n.º 7668, Sección Doctrina, 7 de julio de 2011, epígrafe II.
39. STJUE de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c. Comisión, asunto C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512. Apdos. 13 a 19 y 35 a 39.

una independencia profesional comparable a la del abogado externo debido a su dependencia económica y a sus estrechos vínculos con la empresa. La circunstancia de que el abogado interno estuviera colegiado y sometido a normas deontológicas no fue considerada suficiente para equipararlo al abogado externo. En consecuencia, las comunicaciones mantenidas dentro de la empresa o del grupo con abogados internos quedaron excluidas del *legal privilege* en los procedimientos de inspección de la Comisión[40].

La sentencia Akzo presenta, por tanto, una doble dimensión. Por un lado, consolida la regla europea restrictiva, según la cual el *legal privilege* en las inspecciones de la Comisión solo protege las comunicaciones con abogados externos independientes. Por otro, convierte el concepto de independencia en el eje de la exclusión del abogado de empresa. La independencia deja de entenderse como independencia técnica o de criterio profesional y pasa a identificarse con la inexistencia de vínculo laboral. Este es precisamente el punto más discutido por la doctrina, que ha criticado que el Tribunal presuma la independencia del abogado externo y, al mismo tiempo, presuma la falta de independencia del abogado interno por el solo hecho de estar integrado en la empresa[41].

Rodríguez-Piñero formula una crítica a esta doctrina. A su juicio, Akzo Nobel mezcla indebidamente datos formales y materiales, porque identifica la relación laboral con una falta de independencia que no tiene por qué producirse en todos los casos. El abogado interno, en cuanto abogado colegiado, también está sujeto a deberes deontológicos, al secreto profesional y a una independencia técnica en el ejercicio de su función. Además, la supuesta independencia absoluta del abogado externo tampoco siempre responde a la realidad económica, especialmente cuando un despacho depende de forma intensa de un cliente principal. Desde esta perspectiva, el criterio decisivo no debería ser la forma jurídica de la relación, sino la función efectivamente desempeñada por el abogado en el caso concreto[42]. En una línea semejante, Ibáñez García critica que se presuma la falta de independencia del abogado interno sin examinar la actividad efectivamente desarrollada[43].

Esta crítica permite introducir una distinción funcional que resulta especialmente útil para el análisis posterior de las inspecciones de la CNMC. No es lo mismo que el abogado interno actúe como abogado, prestando

40. STJUE Akzo Nobel, cit.
41. STJUE Akzo Nobel, cit., apdo. 49: el Tribunal declaró que "debido tanto a la dependencia económica del abogado interno como a los estrechos vínculos con su empresario, el abogado interno no goza de una independencia profesional comparable a la de un abogado externo".
42. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "El secreto profesional del abogado interno", cit., epígrafe IX.
43. I. Ibáñez García, "La protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. A propósito del erróneo concepto comunitario de dicha confidencialidad. El abogado de empresa", *Revista CEFLegal*. Revista práctica de Derecho, n.º 119, 2010, pp. 93-126, especialmente pp. 111-113.

asesoramiento jurídico y advirtiendo de riesgos legales, que actúe como directivo, gestor o ejecutivo de la empresa. En el primer caso, la comunicación cumple una función de asesoramiento jurídico y se aproxima materialmente a la función del abogado externo. En el segundo, el abogado participa en la actividad empresarial ordinaria y la protección del secreto puede perder sentido. Por ello, la exclusión automática del abogado interno por razón de su vínculo laboral puede resultar excesiva, ya que impide valorar si la comunicación concreta se produjo realmente en el ejercicio de la función profesional de defensa o asesoramiento jurídico[44].

A pesar de estas críticas, Akzo Nobel sigue siendo la referencia central en el Derecho europeo de la competencia. El Tribunal no apreció una evolución suficientemente uniforme en los ordenamientos nacionales que justificara modificar la doctrina AM & S, ni consideró que la evolución del Derecho de la Unión exigiera asimilar al abogado interno con el abogado externo. Al contrario, entendió que las reformas del sistema europeo de competencia reforzaban las facultades de investigación de la Comisión. Esta conclusión explica que la práctica europea siga partiendo de una regla restrictiva en las inspecciones de la Comisión[45].

Sin embargo, también debe recordarse que Akzo Nobel se pronuncia sobre el régimen de confidencialidad aplicable a las actuaciones inspectoras de la Comisión Europea y no determina por sí sola la protección reconocida en los procedimientos tramitados conforme al Derecho nacional. En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló que las soluciones adoptadas por los Estados miembros en materia de secreto profesional no tienen por qué coincidir con la establecida en el ámbito de la Unión. Esta precisión permite diferenciar el estándar europeo aplicable a las verificaciones de la Comisión del régimen que pueda derivarse del ordenamiento español, sin perjuicio de las exigencias impuestas por el Derecho de la Unión[46].

5.1.3. Orde van Vlaamse Balies y la ampliación del fundamento de la confidencialidad.

La evolución posterior de la jurisprudencia europea aporta un fundamento más amplio a la confidencialidad. En la sentencia Orde van Vlaamse Balies, de 8 de diciembre de 2022, el Tribunal examinó una obligación establecida por la Directiva DAC 6 en materia de cooperación tributaria. La norma exigía que el abogado dispensado de comunicar una operación por razón del secreto profesional notificara a otros intermediarios sus obligaciones de información.

44. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "El secreto profesional del abogado interno", cit., epígrafe X.
45. STJUE Akzo Nobel, cit.
46. STJUE Akzo Nobel, cit., especialmente apdo. 74 a 76.

El Tribunal consideró que esta exigencia revelaba la identidad del abogado, la existencia de la consulta y determinados elementos relacionados con su contenido, por lo que suponía una injerencia en el artículo 7 CDFUE[47].

La sentencia afirma que la protección reforzada de las comunicaciones entre abogado y cliente no se limita a la defensa en un procedimiento. Alcanza también el asesoramiento jurídico previo y protege tanto su contenido como la propia existencia de la consulta. La confidencialidad adquiere así una doble fundamentación. Por una parte, garantiza el ejercicio efectivo del derecho de defensa. Por otra, preserva la vida privada y la confianza que debe presidir la relación entre el profesional y su cliente. Esta formulación supera una comprensión exclusivamente procesal del secreto y refuerza la protección del asesoramiento preventivo y extrajudicial[48].

No obstante, la sentencia Orde van Vlaamse Balies no resuelve el problema específico del abogado de empresa. La sentencia no revisa expresamente el requisito de independencia formulado en AM & S y confirmado en Akzo Nobel, ni se pronuncia sobre si las comunicaciones con abogados internos deben quedar protegidas en el ámbito del Derecho europeo de la competencia. Su relevancia reside en que aporta un refuerzo del fundamento material y constitucional del secreto profesional, al conectarlo con el art. 7 CDFUE y con la protección de la confianza en la relación abogado-cliente. Por ello, no puede afirmarse que Orde derogue Akzo, pero sí que introduce un contexto interpretativo más favorable a una concepción amplia de la confidencialidad jurídica[49].

La CNMC, en coherencia con la doctrina Akzo Nobel, ha adoptado desde el año 2020 una posición restrictiva. Ha rechazado sistemáticamente la invocación del secreto profesional respecto de comunicaciones elaboradas por abogados internos en los expedientes MSD (R/AJ/066/20, 2020), Santa Lucía (R/AJ/078/20, 2020), Albia (R/AJ/079/20, 2020), Cepsa/Merck Sharp Dohme (R/AJ/141/22, 2023) y John Deere (R/AJ/090/23, 2023)[50]. Sin embargo, su aplicación automática en España resulta discutible, pues el art. 39 EGAE reconoce el ejercicio laboral de la abogacía de empresa y exige el respeto de la libertad, la independencia y el secreto profesional. El debate nacional se centra, por tanto, en determinar si la doctrina Akzo Nobel puede trasladarse sin matices a las inspecciones de la CNMC, cuestión que se analizará en el apartado siguiente.

47. SSTJUE de 8 de diciembre de 2022, Orde van Vlaamse Balies y otros c. Vlaamse Regering, asunto C-694/20, ECLI:EU:C:2022:963.
48. STJUE Orde van Vlaamse Balies, cit., apdos. 25-29.
49. I. M. Fernández Pérez y J. Beltrán de Lubiano, "La CNMC rechaza que las comunicaciones de los abogados internos se beneficien del secreto profesional abogado-cliente", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 67, mayo de 2025, pp. 131-137, especialmente p. 135.
50. Fernández Pérez y Beltrán de Lubiano, "La CNMC rechaza..", cit., pp. 131-137.

5.2. EL CASO RENFE Y LA REAPERTURA DEL DEBATE

El caso RENFE constituye el punto de inflexión reciente del debate español sobre el secreto profesional del abogado de empresa en las inspecciones de la CNMC. Hasta ahora, la discusión podía presentarse como una consecuencia casi automática de la doctrina europea AM & S y Akzo Nobel, centrada en la exclusión del abogado interno en las inspecciones de la Comisión Europea. Sin embargo, las resoluciones dictadas por la CNMC en los expedientes R/AJ/125/24 RENFE y R/AJ/148/24 RENFE OPERADORA obligan a formular la cuestión en otros términos, ya no solo como un problema de recepción de la jurisprudencia europea, sino como una tensión entre esa jurisprudencia, el Derecho español de la abogacía y las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador[51].

La posición restrictiva de la CNMC no nació con estas resoluciones. La autoridad española ya venía sosteniendo que el *legal privilege* solo protege las comunicaciones con abogados externos independientes. Esta postura aparecía en la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia, en la que la CNMC afirmaba que, durante una inspección, podía recabar documentación elaborada por abogados internos de la empresa inspeccionada e incluso utilizarla como prueba contra ella[52]. Además, la CNMC había rechazado con anterioridad la aplicación del secreto profesional a abogados internos en resoluciones como MSD, Santa Lucía, Albia, Merck Sharp Dohme y John Deere[53]. La novedad del caso RENFE no está, por tanto, en la conclusión alcanzada, sino en que la CNMC desarrolla con mayor detalle sus argumentos y se enfrenta ya a un marco normativo español más reciente, especialmente el EGAE de 2021 y la LODD de 2024.

5.2.1. La inspección de RENFE y las resoluciones de la CNMC.

La controversia se originó en la inspección practicada por la Dirección de Competencia en la sede de RENFE Mercancías entre los días 24 y 27 de octubre de 2023, en el marco de los expedientes S/0010/23 y VS/0511/14. Entre la documentación recabada figuraban comunicaciones vinculadas tanto a abogados externos como a la asesoría jurídica interna de RENFE. La empresa solicitó la exclusión y devolución de determinados documentos por considerar

51. Fernández Pérez y Beltrán de Lubiano, "La CNMC rechaza...", cit., pp. 131-137.
52. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007.* 2020. pp. 46-48. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/20200604_Gu%C3%ADa_Confidencialidad_CNMC.pdf
53. Fernández Pérez y Beltrán de Lubiano, "La CNMC rechaza...", cit., pp. 132-133.

que estaban amparados por la confidencialidad abogado-cliente. Esta solicitud dio lugar a distintos recursos administrativos, entre los que destacan las resoluciones R/AJ/125/24 y R/AJ/148/24.

La primera controversia se resolvió mediante la Resolución R/AJ/125/24, de 6 de noviembre de 2024[54], cuyo objeto era una nota interna elaborada el 22 de marzo de 2011 por la Gerencia de la Asesoría Jurídica de RENFE. Después de que la Dirección de Competencia denegara su exclusión, la empresa interpuso el recurso previsto en el art. 47 LDC, alegando que su incorporación al expediente podía causarle un perjuicio irreparable.

El primer argumento de RENFE se dirigía a delimitar el ámbito de aplicación de la doctrina Akzo Nobel. Según la empresa, la exclusión de los abogados internos establecida por el TJUE se refiere a las investigaciones realizadas directamente por la Comisión Europea y no determina necesariamente el régimen aplicable a las inspecciones desarrolladas por una autoridad nacional. La propia sentencia Akzo Nobel distingue entre las actuaciones de la Comisión y los procedimientos tramitados conforme al Derecho interno, por lo que correspondería al ordenamiento español decidir si las comunicaciones con abogados de empresa están protegidas frente a la CNMC. Desde esta perspectiva, la regla europea constituiría el régimen específico aplicable a la Comisión, pero no una prohibición dirigida a los Estados miembros de reconocer una protección más amplia en sus procedimientos nacionales.

Sobre esta base, RENFE invocó el art. 39 EGAE, conforme al cual la abogacía puede ejercerse por cuenta ajena en régimen de relación laboral común siempre que el contrato de trabajo respete la libertad, la independencia y el secreto profesional básicos para el ejercicio de la profesión. También se apoyó en los arts. 21 y 22 EGAE, en el art. 5 CDAE y en el informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en 2017 sobre el proyecto del nuevo Estatuto[55]. A juicio de RENFE, estas normas reconocen el secreto profesional a quienes ejercen la abogacía sin distinguir entre las modalidades externa e interna. La empresa añadió que la Resolución Pepsi-Cola/Coca-Cola había vinculado la confidencialidad abogado-cliente con el derecho de defensa y con el interés general en una adecuada Administración de Justicia, lo que impediría reducirla a una simple prerrogativa del abogado externo[56].

54. CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 6 de noviembre de 2024, expediente R/AJ/125/24, RENFE, antecedentes y apdos. 7-12.
55. Consejo General del Poder Judicial. *Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.* Aprobado por el Pleno el 30 de noviembre de 2017. Apdo. 148 y conclusión vigesimocuarta.
56. CNMC, Resolución R/AJ/125/24 RENFE, cit., apdos. 8-12.

5.2.2. El conflicto entre la doctrina Akzo Nobel y el Derecho español.

La CNMC rechazó la interpretación defendida por RENFE y consideró aplicables los requisitos establecidos por AM & S y Akzo Nobel. Según esta jurisprudencia, la protección exige que la comunicación proceda de un abogado independiente, entendido como aquel que no se encuentra vinculado al cliente mediante una relación laboral. Para trasladar este criterio al ámbito nacional, la Sala se apoyó especialmente en SAN de 16 de mayo de 2018, dictada en el asunto AIO, que había negado la protección a un informe sobre una reunión corregido por el abogado interno de FENIN[57].

No obstante, el alcance de este precedente debe valorarse con cautela. El documento examinado por la Audiencia Nacional no parecía contener propiamente una consulta jurídica ni reflejar una estrategia de defensa, sino meras correcciones efectuadas por el abogado interno sobre un informe de reunión que posteriormente fue distribuido entre varias empresas. Por ello, la denegación de la protección podía justificarse por la naturaleza y finalidad del documento, sin necesidad de establecer una exclusión general de todas las comunicaciones de los abogados internos.

La CNMC desarrolló un segundo argumento referido a la independencia profesional. La Sala puso en relación el art. 39 EGAE con el art. 47.4 del mismo Estatuto, que exige que las actividades de defensa sean ejercidas con plena libertad e independencia. A partir de las notas de dependencia y ajenidad propias del contrato de trabajo, concluyó que no podía reconocerse al abogado interno el secreto profesional con la misma intensidad que al externo sin incurrir en una contradicción. En su interpretación, el art. 39 EGAE no atribuiría al abogado de empresa todos los derechos propios del abogado independiente, sino que se limitaría a ordenar que el contrato laboral respete, en lo posible, determinadas garantías básicas de la profesión. La condición de trabajador impediría alcanzar la independencia estructural que la jurisprudencia europea exige para que opere el *legal privilege*.

Esta interpretación constituye uno de los aspectos más discutibles de la resolución. La dependencia jurídica inherente al contrato de trabajo no equivale necesariamente a la ausencia de independencia técnico-jurídica. El propio artículo 39 EGAE exige que la libertad, la independencia y el secreto profesional sean respetados en el ejercicio laboral de la abogacía, por lo que reducir estas garantías a una obligación meramente aproximativa limita considerablemente la eficacia del precepto. La cuestión consiste en determinar si la independencia debe entenderse en sentido exclusivamente orgánico, como separación económica y estructural respecto del cliente, o en sentido funcional, como

57. SAN 1981/2018, de 16 de mayo de 2018, rec. n.º 345/2016, ECLI:ES:AN:2018:1981.

libertad de criterio jurídico, sometimiento a las normas deontológicas y capacidad para actuar sin recibir instrucciones contrarias a los deberes profesionales. Mientras que la CNMC adopta el primer enfoque, parte de la doctrina defiende que la función efectivamente desarrollada debe prevalecer sobre el vínculo contractual del profesional[58].

La CNMC añadió argumentos de carácter subjetivo y temporal. A partir de la STC 183/1994, de 20 de junio[59], distinguió entre el secreto profesional como derecho o deber del abogado y la confidencialidad abogado-cliente invocada por la empresa, cuyos derechos solo resultarían afectados de forma refleja. Esta separación resulta difícil de sostener cuando la finalidad de la garantía consiste precisamente en permitir que el cliente solicite asesoramiento de manera libre y sincera. La Sala destacó también que la nota controvertida había sido elaborada en 2011, antes de la entrada en vigor del EGAE de 2021. Esta circunstancia podía ser relevante para resolver el tratamiento de aquel documento concreto, pero no permitía determinar el régimen general de las comunicaciones elaboradas después de la entrada en vigor del nuevo Estatuto.

En el plano jerárquico, la CNMC sostuvo que el EGAE tiene rango reglamentario y no puede modificar las facultades de inspección reconocidas por el art. 40 LDC. No obstante, la cuestión no consiste únicamente en determinar si el Estatuto puede prevalecer sobre la LDC, sino en comprobar si las potestades inspectoras previstas por esta ley contienen una habilitación suficientemente precisa para acceder a comunicaciones jurídicas relacionadas con el derecho de defensa. Como ha destacado la doctrina al analizar las facultades investigadoras de las autoridades de competencia, su amplitud exige una aplicación proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de las empresas inspeccionadas[60].

La Sala invocó también la efectividad del Derecho de la Unión. El expediente se relacionaba con la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, por lo que reconocer en España una protección contraria a Akzo Nobel podía, según la CNMC, comprometer la aplicación uniforme de las normas europeas de competencia. Este razonamiento desplaza el debate desde la regulación profesional española hacia las relaciones entre el Derecho nacional y el europeo. Sin embargo, Akzo Nobel no armoniza completamente el régimen aplicable a los procedimientos nacionales, por lo que no resulta evidente que una garantía interna más amplia sea incompatible con el Derecho de la Unión, siempre que respete los principios de equivalencia y efectividad[61].

---

58. Ibáñez García, "La protección de la confidencialidad...", cit., pp. 93-126.
59. STC 183/1994, de 20 de junio, ECLI:ES:TC:1994:183. FJ 3.º.
60. J. Guillén Caramés, "Régimen jurídico de los requerimientos de información efectuados por las autoridades de competencia", *Revista de Administración Pública,* n.º 197, 2015, pp. 41-89.
61. CNMC, Resolución R/AJ/125/24 RENFE, cit., apdos. 46-48; STJUE Akzo Nobel, cit., apdos. 102-106.

La Resolución R/AJ/125/24 concluyó que la nota interna no estaba amparada por la confidencialidad abogado-cliente y desestimó íntegramente el recurso. Pocos meses después, la Sala de Competencia volvió a pronunciarse en la Resolución R/AJ/148/24, de 15 de enero de 2025. En este segundo procedimiento, RENFE agrupó los documentos discutidos en tres categorías. La primera comprendía comunicaciones con abogados internos. La segunda incluía documentos elaborados para solicitar asesoramiento a abogados externos o que reflejaban el asesoramiento recibido. La tercera estaba formada por documentos que, según la empresa, no guardaban relación con el objeto del expediente ni con la orden de inspección.

La Sala reiteró que las comunicaciones con abogados internos no estaban protegidas. En cambio, estimó parcialmente el recurso respecto de seis documentos vinculados con abogados externos, al apreciar indicios de que habían sido elaborados para solicitar asesoramiento o reflejaban el asesoramiento recibido. Respecto de la tercera categoría, consideró que los documentos estaban relacionados con los servicios ferroviarios examinados y quedaban comprendidos en el objeto de la inspección[62].

Esta diferencia de tratamiento muestra con claridad las consecuencias prácticas del criterio de la CNMC. Ante documentos que pueden cumplir una finalidad jurídica equivalente, la existencia de protección depende inicialmente del vínculo contractual del profesional. Cuando interviene un abogado externo, la autoridad examina el origen y la función del documento. Cuando procede de la asesoría interna, la relación laboral actúa como presupuesto excluyente y hace innecesario analizar si contiene auténtico asesoramiento jurídico, estrategia de defensa o una actividad empresarial ajena al ejercicio de la abogacía. La protección se decide así mediante un criterio subjetivo previo y no a través de un examen funcional del documento.

La Resolución R/AJ/148/24 presenta, además, una particularidad normativa relevante. En enero de 2025 ya se encontraba en vigor la LODD. Su art. 13 incluye entre los profesionales de la abogacía a quienes actúan por cuenta propia o ajena, mientras que su art. 16 declara confidenciales las comunicaciones entre el profesional y su cliente y protege los documentos relacionados con el ejercicio de la defensa. Pese a ello, la resolución no examinó expresamente estos preceptos. La CNMC sí los abordó posteriormente en la Resolución R/AJ/103/25, de 19 de noviembre de 2025, pero entendió que el art. 13 LODD se limita a reconocer que la abogacía puede ejercerse como trabajador autónomo o asalariado, sin equiparar al abogado interno y al externo a efectos de la confidencialidad[63]. La entrada en vigor de la LODD no ha alterado, por tanto, el

62. CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 15 de enero de 2025, expediente R/AJ/148/24, RENFE OPERADORA, apdos. 15-20 y 32-48.
63. CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 19 de noviembre de 2025, expediente R/AJ/103/25,

criterio administrativo.

El Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (en adelante, ICAM) reaccionó igualmente contra el criterio administrativo. En su nota institucional de febrero de 2025[64] sostuvo que la CNMC estaba creando una categoría de abogacía con derechos profesionales de menor intensidad. El Colegio invocó el art. 542.3 LOPJ, los arts. 13 y 16 LODD y el art. 39 EGAE para defender que la legislación española protege el secreto profesional en cualquiera de las modalidades de ejercicio. A su juicio, la dependencia laboral no elimina la libertad de criterio técnico-jurídico ni el sometimiento del abogado interno a las obligaciones deontológicas. El ICAM reconoce, no obstante, que la protección debe limitarse a las actuaciones materialmente jurídicas y no puede extenderse a tareas comerciales, ejecutivas o empresariales ajenas al ejercicio profesional. Su propuesta no consiste, por tanto, en proteger automáticamente todo documento en poder del departamento jurídico, sino en sustituir el criterio basado exclusivamente en el vínculo laboral por un análisis funcional de la actividad desarrollada.

5.2.3. La judicialización del conflicto y las cuestiones pendientes.

La controversia adquirió una nueva dimensión cuando RENFE acudió a la Audiencia Nacional e instó la adopción de medidas cautelares[65]. La empresa solicitó que la CNMC no pudiera utilizar las comunicaciones con sus abogados internos mientras se resolvía el recurso contencioso-administrativo. La Audiencia Nacional acordó finalmente suspender cautelarmente la utilización de los documentos. La Sala no resolvió que las comunicaciones estuvieran definitivamente protegidas, pues esa cuestión pertenece al fondo del litigio, pero sí consideró que su incorporación al expediente generaba un riesgo real y no meramente hipotético de lesión difícilmente reparable. Una vez conocido el contenido de una comunicación confidencial, la devolución posterior del documento no permite restablecer plenamente el secreto perdido ni excluir con certeza que la información haya influido en el curso de la investigación.

La ponderación de intereses también resultó favorable a RENFE. La Audiencia Nacional entendió que la suspensión no causaba un perjuicio relevante al interés público, porque la CNMC podría incorporar y utilizar los documentos si el recurso principal terminaba siendo desestimado. En cambio, permitir el acceso

RENFE MERCANCÍAS, apdos. 28-38.

64. Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM). *Nota ante las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia afectantes a la abogacía de empresa y la debida protección del secreto profesional.* 10 de febrero de 2025. Disponible en: https://web.icam.es/nota-del-icam-ante-las-resoluciones-de-la-comision-nacional-de-los-mercados-y-la-competencia-afectantes-a-la-abogacia-de-empresa-y-la-debida-proteccion-del-secreto-profesional/

65. AAN 4325/2025, de 11 de junio de 2025, rec. 438/2025, ECLI:ES:AN:2025:4325A.

inmediato podía producir un daño irreversible para la empresa. Esta consideración enlaza con la concepción material del *legal privilege* desarrollada en la jurisprudencia europea. La garantía no se limita a impedir que el documento sea citado como prueba en la resolución sancionadora, sino que pretende evitar que el equipo encargado de investigar tome conocimiento de una información capaz de orientar nuevas pesquisas o alterar su percepción de los hechos[66].

La CNMC interpuso recurso de casación contra la resolución cautelar. El Tribunal Supremo lo inadmitió mediante ATS 3091/2026, 25 de marzo de 2026[67], al entender que la cuestión no presentaba interés casacional objetivo en aquel momento procesal. La controversia se encontraba circunscrita a una pieza de medidas cautelares, estrechamente vinculada a las circunstancias concretas del caso, mientras que la determinación del alcance del secreto profesional exige un examen completo de los argumentos sustantivos en la sentencia que resuelva el procedimiento principal. El Tribunal Supremo no confirmó, por tanto, que las comunicaciones de los abogados internos estén protegidas, pero tampoco revocó la suspensión acordada por la Audiencia Nacional. La documentación permanece provisionalmente apartada a la espera del pronunciamiento sobre el fondo.

Debe evitarse interpretar el ATS de 2026 como una superación judicial de Akzo Nobel o como el reconocimiento definitivo de un privilegio para la abogacía interna. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo se han pronunciado únicamente sobre la tutela cautelar. Lo que sí evidencia el procedimiento es que la eventual revelación de las comunicaciones puede constituir un perjuicio irreparable y que la posición de la CNMC no resulta tan indiscutible como para justificar el acceso inmediato a los documentos antes de que los tribunales examinen el marco normativo aplicable. La cuestión sustantiva sigue abierta y deberá resolverse determinando si el Derecho español reconoce una protección autónoma y más amplia que la aplicable a las investigaciones de la Comisión Europea.

El caso RENFE ha reabierto así el debate en varios planos. En primer lugar, exige delimitar el alcance nacional de la jurisprudencia europea y aclarar si Akzo Nobel actúa como un estándar uniforme o permite que los Estados miembros protejan las comunicaciones internas en sus propios procedimientos. En segundo lugar, obliga a armonizar la LDC con la LOPJ, el EGAE y la LODD, normas que reconocen el secreto profesional sin formular una exclusión expresa basada en la relación laboral. En tercer lugar, plantea si la independencia debe valorarse de manera estructural o funcional y si la sujeción de los abogados internos a

66. R. Alonso, "Reciente jurisprudencia sobre el secreto profesional de los abogados in-house", Gómez-Acebo & Pombo, 27 de abril de 2026. Disponible en: https://ga-p.com/publicaciones/reciente-jurisprudencia-sobre-el-secreto-profesional-de-los-abogados-in-house/
67. ATS 3091/2026, de 25 de marzo de 2026, rec. 653/2026, ECLI:ES:TS:2026:3091A.

reglas deontológicas, colegiación y libertad de criterio puede compensar su integración en la organización empresarial. Finalmente, pone de manifiesto la ausencia de un procedimiento legal específico para separar, custodiar y revisar los documentos controvertidos sin que el equipo investigador tenga acceso anticipado a su contenido.

La resolución judicial del fondo será decisiva, aunque probablemente no agotará todos estos interrogantes. Incluso si se reconociera la protección a determinadas comunicaciones internas, seguiría siendo necesario distinguir entre el ejercicio de la abogacía y las funciones comerciales, directivas o de gestión que también pueden desempeñarse dentro de una empresa.

6. CONCLUSIONES

I. El secreto profesional del abogado no debe concebirse como un obstáculo a la amplia potestad inspectora de la CNMC, sino como uno de los límites que permiten que dicha potestad se ejerza legítimamente. La eficacia en la persecución de las infracciones de competencia exige facultades de investigación amplias, especialmente en un ámbito en el que las conductas ilícitas suelen documentarse de forma fragmentaria, indirecta o reservada. Sin embargo, esa eficacia no puede alcanzarse a costa de vaciar de contenido el derecho de defensa. La confidencialidad abogado-cliente cumple precisamente una función de equilibrio, ya que permite que la empresa coopere con sus asesores jurídicos, identifique riesgos, corrija conductas y prepare su defensa sin temor a que esa misma comunicación sea utilizada posteriormente en su contra.

II. La confidencialidad abogado-cliente opera en un plano distinto al de la confidencialidad empresarial o al deber de secreto de quienes intervienen en el procedimiento administrativo. No se limita a impedir que terceros accedan a información sensible, ni a evitar que la CNMC incorpore formalmente un documento al expediente sancionador o lo utilice como prueba en su resolución. Su finalidad es impedir que la autoridad investigadora tome conocimiento de comunicaciones vinculadas al asesoramiento jurídico y al ejercicio del derecho de defensa. Por ello, la eventual lesión de la garantía puede producirse desde el acceso indebido al contenido del documento, aunque este no llegue a incorporarse después como prueba, porque la información conocida puede influir en la orientación de la investigación.

III. El alcance material del secreto profesional en las inspecciones de competencia responde a un criterio sustantivo y no meramente formal. La intervención de un abogado como autor, destinatario o participante en un documento no basta, por sí sola, para excluirlo de la inspección. La protección exige que el documento se haya generado en el marco y en interés del ejercicio del derecho de defensa, y corresponde a la empresa justificar de forma individualizada esa conexión. En cambio, quedan fuera de la garantía los documentos de finalidad comercial, operativa, financiera o estratégica, aunque hayan sido enviados al departamento jurídico o a un despacho externo. Este criterio funcional evita, por un lado, que el secreto profesional se utilice como instrumento de ocultación de pruebas y, por otro, que la autoridad inspectora pueda acceder sin límite a comunicaciones necesarias para la defensa.

IV. La exclusión automática del abogado de empresa del ámbito de protección del secreto profesional, sostenida por la CNMC con apoyo en la jurisprudencia Akzo Nobel, resulta discutible cuando se traslada sin matices al Derecho español. La sentencia Akzo se pronuncia sobre las verificaciones realizadas por la Comisión Europea y no impone necesariamente a los Estados miembros una solución idéntica en sus procedimientos nacionales. Además, el criterio de independencia orgánica que subyace a esa jurisprudencia (basado en la inexistencia de vínculo laboral) presume la independencia del abogado externo y la falta de independencia del abogado interno mediante una distinción formal que no siempre responde a la realidad. Un despacho externo económicamente dependiente de un cliente puede tener menor autonomía práctica que un abogado de empresa colegiado, sometido a normas deontológicas y obligado a actuar con libertad de criterio jurídico.

V. El Derecho español ofrece argumentos sólidos para cuestionar la exclusión automática del abogado interno. El art. 39 EGAE reconoce el ejercicio laboral de la abogacía exigiendo el respeto de la libertad, la independencia y el secreto profesional. El art. 542.3 LOPJ garantiza el secreto en "cualquiera de las modalidades" del ejercicio. Los arts. 13 y 16 LODD incluyen expresamente al abogado que actúa por cuenta ajena dentro del ámbito de protección de la confidencialidad. Estas normas no distinguen entre abogado externo e interno a efectos del secreto. Por ello, la tesis de la CNMC corre el riesgo de crear una categoría de abogacía con derechos profesionales de menor intensidad, sin una base normativa clara que justifique que la relación laboral reduzca, por sí sola, la protección de la confidencialidad.

VI. El caso RENFE ha reabierto el debate sobre la protección de las comunicaciones de los abogados internos, porque ha mostrado que la posición restrictiva de la CNMC no es indiscutible en el marco jurídico español actual. La suspensión cautelar acordada por la Audiencia Nacional y la posterior inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo no reconocen definitivamente la protección de las comunicaciones de los abogados internos, pues no resuelven

el fondo del litigio. No obstante, sí evidencian que el acceso inmediato de la autoridad inspectora a documentos potencialmente confidenciales puede causar un perjuicio difícilmente reparable.

VII. Desde una perspectiva de lege ferenda, sería conveniente una reforma del art. 40 LDC que incorporase expresamente una distinción funcional entre las comunicaciones jurídicas protegidas y los documentos empresariales no protegidos, atendiendo a la función realmente desempeñada por el abogado y no exclusivamente a la naturaleza contractual de su vínculo con la empresa. La norma actual describe con detalle las facultades inspectoras (acceso a locales, precintado, examen de documentación, retención por diez días...), pero guarda silencio sobre el tratamiento de las comunicaciones potencialmente amparadas por el secreto profesional. Una reforma que (i) reconociera expresamente la protección de las comunicaciones de los abogados de empresa cuando se acredite su función de asesoramiento jurídico o defensa, (ii) estableciera un procedimiento de separación y custodia de los documentos controvertidos que evite que el equipo investigador acceda a su contenido antes de que se resuelva sobre su naturaleza, y (iii) precisara la carga de individualización que pesa sobre la empresa inspeccionada, aportaría la seguridad jurídica que hoy depende en exceso de la interpretación caso por caso de la CNMC y de una jurisprudencia europea pensada para un contexto institucional distinto. No se trata de ampliar las facultades de la abogacía de empresa más allá de su función jurídica, sino de dotar de cobertura legal expresa a una distinción que la propia práctica administrativa ya aplica de facto, evitando que la protección del secreto profesional siga dependiendo de la naturaleza contractual del vínculo y no de la función realmente desempeñada por el abogado.

7. FUENTES

I. BIBLIOGRAFÍA

Artículos doctrinales

Allendesalazar, R., "Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de las inspecciones de competencia: dos principios a la búsqueda de un equilibrio", *Diario La Ley,* n.º 7201, Sección Práctica Forense, 22 de junio de 2009.

Alonso, R., "Reciente jurisprudencia sobre el secreto profesional de los abogados in-house", Gómez-Acebo & Pombo, 27 de abril de 2026. Disponible en: ht-

tps://ga-p.com/publicaciones/reciente-jurisprudencia-sobre-el-secreto-profesional-de-los-abogados-in-house/

Brufao Curiel, P., "Las garantías de las empresas ante las inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Análisis de la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo", *Anuario de la Competencia,* n.º 1 (2015), pp. 448-450.

Fernández Pérez, I. M. y Beltrán de Lubiano, J., "La CNMC rechaza que las comunicaciones de los abogados internos se beneficien del secreto profesional abogado-cliente", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 67, mayo de 2025, pp. 131-137.

García Molina, P., "El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado", *La Ley Penal,* n.º 131, Sección Derecho Procesal Penal, marzo-abril 2018, Wolters Kluwer.

Gippini-Fournier, E., "Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance", *Fordham International Law Journal,* vol. 28, n.º 4, 2005.

Guillén Caramés, J., "Régimen jurídico de los requerimientos de información efectuados por las autoridades de competencia", *Revista de Administración Pública,* n.º 197, 2015, pp. 41-89.

Gutiérrez, A. y Lorente, F., "Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales". Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 25, 2010, pp. 19-33.

Ibáñez García, I., "La protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. A propósito del erróneo concepto comunitario de dicha confidencialidad. El abogado de empresa". CEFLegal. *Revista práctica de Derecho,* n.º 119, 2010, pp. 93-126.

Requejo Naveros, M. T. y Baquerizo Pera, P., "El derecho-deber de secreto profesional de los profesionales de la abogacía y la necesidad de su tutela en la Ley del Derecho de Defensa". *Diario La Ley,* n.º 10488, Sección Tribuna, 18 de abril de 2024, LA LEY 15540/2024.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010". *Diario La Ley,* n.º 7668, Sección Doctrina, 7 de julio de 2011.

Documentos institucionales

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en*

procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007. 2020. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/20200604_Gu%C3%ADa_Confidencialidad_CNMC.pdf

Consejo General de la Abogacía Española. *Código Deontológico de la Abogacía Española*. Aprobado por el Pleno de 6 de marzo de 2019.

Consejo General del Poder Judicial. *Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*. Aprobado por el Pleno el 30 de noviembre de 2017.

Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM). *Nota ante las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia afectantes a la abogacía de empresa y la debida protección del secreto profesional*. 10 de febrero de 2025. Disponible en: https://web.icam.es/nota-del-icam-ante-las-resoluciones-de-la-comision-nacional-de-los-mercados-y-la-competencia-afectantes-a-la-abogacia-de-empresa-y-la-debida-proteccion-del-secreto-profesional/

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings*. DAF/COMP/WP3(2018)5. 31 de enero de 2019.

II. LEGISLACIÓN

Unión Europea

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), versión consolidada, DO C 202, de 7 de junio de 2016.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), DO C 364, de 18 de diciembre de 2000; versión consolidada DO C 202, de 7 de junio de 2016.

Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, DO L 1, de 4 de enero de 2003.

Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, modificada por la Directiva 2018/822/UE del Consejo (DAC 6), DO L 139, de 5 de junio de 2018.

Nacional

Constitución Española de 1978, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (LODD), BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2024, BOE-A-2024-23630.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, BOE-A-1985-12666.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, BOE-A-2015-10565.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, BOE-A-2007-12946.

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, BOE-A-2013-5940.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998, BOE-A-1998-16718.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE), BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2021, BOE-A-2021-3034.

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008, BOE-A-2008-3646.

III. JURISPRUDENCIA

Unión Europea

STJUE de 8 de diciembre de 2022, Orde van Vlaamse Balies y otros c. Vlaamse Regering, asunto C-694/20, ECLI:EU:C:2022:963.

STJUE de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c. Comisión, asunto C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.

STJCE de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe Limited c. Comisión, asunto 155/79, ECLI:EU:C:1982:157.

STPI de 17 de septiembre de 2007, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros

Chemicals Ltd c. Comisión, asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, ECLI:EU:T:2007:287.

Nacional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 69/1999, de 26 de abril, ECLI:ES:TC:1999:69.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/1994, de 20 de junio, ECLI:ES:TC:1994:183.

Auto del Tribunal Supremo núm. 3091/2026, de 25 de marzo de 2026, ECLI:ES:TS:2026:3091A.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 244/2019, de 26 de febrero, ECLI:ES:TS:2019:581.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4209/2015, de 21 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4209.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3887/2012, de 27 de abril de 2012, ECLI:ES:TS:2012:3887.

Auto de la Audiencia Nacional núm. 4325/2025, de 11 de junio de 2025, ECLI:ES:AN:2025:4325A.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1981/2018, de 16 de mayo de 2018, ECLI:ES:AN:2018:1981.

Resoluciones de la CNMC

CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 19 de noviembre de 2025, expediente R/AJ/103/25, RENFE MERCANCÍAS.

CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 15 de enero de 2025, expediente R/AJ/148/24, RENFE OPERADORA.

CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 6 de noviembre de 2024, expediente R/AJ/125/24, RENFE.

CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 24 de julio de 2024, expediente R/AJ/120/23, NATURGY.

CNMC, Resolución de la Sala de Competencia de 20 de diciembre de 2023, expediente R/AJ/090/23, JOHN DEERE.

Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución de 22 de julio de 2002, expediente R 508/02, Pepsi-Cola/Coca-Cola.

Ejercicio de la acción indemnizatoria del artículo 82 RGPD en España. Problemas prácticos y propuestas de reforma.

MERCEDES LÓPEZ DE LA PEÑA DE PABLO
UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

Mercedes López de la Peña de Pablo

Universidad Pública de Navarra

Segundo premio

XIV Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2026

Resumen

El artículo 82 del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) reconoce a todo interesado el derecho a ser indemnizado por los daños materiales o inmateriales sufridos como consecuencia de una infracción del Reglamento. Pese a que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha definido con claridad sus presupuestos sustantivos (infracción, daño y nexo causal) y los tribunales españoles han comenzado a aplicarla, el ordenamiento procesal español no ofrece al abogado respuestas unívocas a cuestiones fundamentales: qué jurisdicción es competente, cómo se cuantifica el daño moral, si la resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos tiene valor vinculante ante el juez civil, o si existe una acción específica para obtener la cesación del tratamiento ilícito. El presente trabajo analiza estas disfunciones desde una perspectiva práctica, partiendo de la cuestión conceptual previa de cuándo una información constituye un dato personal, y formula siete propuestas concretas de reforma orientadas a hacer efectivo un derecho reconocido, pero difícilmente ejercitable en España.

Palabras clave: protección de datos, derecho a indemnización, artículo 82 RGPD, daño moral, *doctrina Scania*.

Listado de abreviaturas

AEPD
Agencia Española de Protección de Datos

AN
Audiencia Nacional

EDPB
European Data Protection Board

LOPDGDD
Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

RGPD
REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

TJUE
Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS
Tribunal Supremo

Sumario

1. INTRODUCCIÓN **44**

2. EL OBJETO DE PROTECCIÓN: TRATAMIENTO Y DATO PERSONAL **45**
2.1 El concepto de tratamiento y la identificación del responsable 45
2.2.El concepto de dato personal y la *doctrina Scania* 46

3. REQUISITOS DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 82 RGPD **49**
3.1. Primer requisito: la existencia de infracción del RGPD 50
3.2. Segundo requisito: el daño material o inmaterial 51
3.3. Tercer requisito: el nexo causal y la carga de la prueba 53

4. LAS LAGUNAS PROCESALES DEL ARTÍCULO 82 DEL RGPD EN ESPAÑA **54**
4.1. La jurisdicción competente 54
4.2. La cuantificación de la indemnización 56
4.3. La coordinación entre la AEPD y el tribunal civil 58

5. PROPUESTAS Y CONCLUSIÓN **61**

6. BIBLIOGRAFÍA **65**
6.1. Obras doctrinales 65
6.2 Legislación 66
6.3. Jurisprudencia 67
6.3.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea 67
6.3.2. Tribunal Supremo 68
6.3.3. Audiencia Nacional 69
6.4. Documentos institucionales 69
6.5. Páginas web consultadas 69

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 82 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (RGPD), reconoce a todo interesado el derecho a recibir una indemnización por los daños materiales o inmateriales sufridos como consecuencia de una infracción del Reglamento. El contenido de la disposición ha sido progresivamente perfilado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y los tribunales españoles han comenzado a aplicarla con normalidad. Cabría esperar, en consecuencia, que el abogado que pretende ejercitar esta acción disponga hoy de un marco razonablemente claro. Sin embargo, la práctica demuestra lo contrario.

El derecho reconocido en el artículo 82 del RGPD tutela, en última instancia, un derecho fundamental, el reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución Española[1] y en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[2]. Pese a ello, su ejercicio efectivo en España se encuentra con obstáculos que no son sustantivos sino procesales. Continúan abiertas cuestiones fundamentales como la jurisdicción competente, el plazo de prescripción de la acción, la cuantificación del daño moral en ausencia de baremo, si la resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) vincula al juez civil, o si el afectado puede pedir que cese el tratamiento ilícito además de reclamar una indemnización. Son preguntas que cualquier abogado en activo puede encontrarse hoy en día, y a las que el sistema no da todavía una respuesta clara.

A ello se añade una dificultad anterior a las procesales, la determinación de cuándo una información constituye, para el concreto responsable que la trata, un dato personal a efectos del RGPD. La denominada *doctrina Scania*, construida por el TJUE a partir de la sentencia Breyer de 2016 y consolidada en pronunciamientos posteriores hasta la sentencia *EDPS c. SRB* de septiembre de 2025, ha transformado este concepto de una categoría aparentemente estática en una noción contextual y relacional cuyas implicaciones prácticas para el abogado español han sido todavía poco exploradas. El Tribunal Supremo ha comenzado a aplicar esta doctrina en su jurisprudencia de 2026, reflejando la importancia práctica que ha adquirido esta cuestión.

1. Constitución Española, art. 18.4: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos."
2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 8: "Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan"

El objetivo de este trabajo es doble. En primer lugar, identificar con precisión esas lagunas y demostrar que no son meros problemas teóricos, sino obstáculos reales que condicionan, en la práctica, la viabilidad de la reclamación. En segundo lugar, formular propuestas concretas, desde la perspectiva del abogado que ejerce o asesora hoy en España, contribuyendo a su solución.

El análisis se estructura en cuatro bloques. El primero examina el concepto de dato personal como presupuesto de la aplicación del RGPD, con especial atención a la denominada *doctrina Scania* y a su reciente recepción por el Tribunal Supremo español. El segundo analiza los tres requisitos del artículo 82 a la luz de la jurisprudencia del TJUE, desde la sentencia *Österreichische Post* de mayo de 2023 hasta la sentencia *Quirin Privatbank* de septiembre de 2025. El tercero aborda las lagunas procesales que hacen ineficaz en la práctica un derecho bien definido en la teoría. El cuarto, formula siete propuestas concretas de reforma.

2. EL OBJETO DE PROTECCIÓN: TRATAMIENTO Y DATO PERSONAL

Antes de poder afirmar que existe una infracción del RGPD susceptible de generar el derecho a indemnización del artículo 82, es necesario resolver dos cuestiones previas: si la operación realizada sobre ella constituye un tratamiento en el sentido del Reglamento y si la información controvertida constituye un dato personal. Sin esta doble verificación, cualquier reclamación posterior carece de objeto. El presente bloque aborda ambos conceptos, comenzando por el de tratamiento para detenerse después, en el concepto de dato personal y en la evolución jurisprudencial que ha dado lugar a la denominada *doctrina Scania*.

2.1 El concepto de tratamiento y la identificación del responsable

El artículo 4.2 del RGPD define el tratamiento en términos deliberadamente amplios: "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos au-

tomatizados o no"[3], incluyendo la recogida, el registro, la conservación, la consulta, la comunicación, la difusión o la simple limitación o supresión. Esta amplitud no es casual, el legislador europeo ha querido que prácticamente cualquier operación que afecte a un dato personal quede sometida al Reglamento, evitando que la mera atipicidad de una operación concreta sirva de excusa para eludir su aplicación.

A efectos de la práctica del abogado, resulta más relevante la distinción entre responsable y encargado del tratamiento, ya que de ella depende a quién dirigir la reclamación. El responsable del tratamiento es quien determina los fines y medios del tratamiento; el encargado es quien trata los datos por cuenta del responsable, siguiendo sus instrucciones.[4] Esta distinción, sencilla en apariencia, se complica en la práctica cuando intervienen cadenas de subcontratación (proveedores de servicios cloud, plataformas de marketing, agregadores de datos, etc.) en las que resulta difícil para el afectado identificar quién decidió realmente el tratamiento que ha dado lugar al daño.

Para estos casos, el artículo 26 del RGPD prevé un régimen de corresponsabilidad que obliga a quienes determinan conjuntamente los fines y medios del tratamiento a repartir entre sí, de modo transparente, sus respectivas responsabilidades frente al interesado.[5] Para el abogado, esta previsión tiene una consecuencia práctica de primer orden, el artículo 82.4 del RGPD establece que, cuando participen varios responsables o encargados en la misma operación de tratamiento y todos ellos sean responsables de los daños causados, cada uno de ellos será considerado responsable de la totalidad del daño, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado.[6] En la práctica, esto permite al abogado dirigir la reclamación contra el responsable que ofrezca mayores garantías de solvencia o de localización procesal, sin necesidad de litigar simultáneamente contra todos los intervinientes en la cadena de tratamiento, quedando a salvo el derecho de repetición entre ellos.

2.2. El concepto de dato personal y la *doctrina Scania*

El concepto de dato personal reviste esencial relevancia a la hora de aplicar o no el RGPD, ya que, sus previsiones quedan supeditadas al carácter personal o no de la información tratada. Aunque pueda parecer que exista una clara distinción entre dato personal y dato no personal, en la práctica, ha de atenerse a elementos fácticos tales como el contexto, el entorno o la información adicional existente. Por tanto, aunque a efectos de aplicación del Reglamento la distin-

3. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016, art. 4.2.
4. RGPD, art. 4.7 y art. 4.8.
5. RGPD, art. 26.
6. RGPD, art. 82.4.

ción sigue siendo estrictamente binaria[7] (un dato es personal o no lo es, sin categorías intermedias), en la práctica esa frontera resulta menos nítida. En las siguientes líneas abordaremos la distinción entre ambos conceptos y su evolución a lo largo del tiempo.

El artículo 4.1 del RGPD define los datos personales como "toda información sobre una persona física identificada o identificable", precisando que se considerará identificable "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".[8] El considerando 26 del Reglamento añade que, para determinar si una persona es identificable, deben tenerse en cuenta "todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física", así como "todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación", en función de la tecnología disponible.[9] Así pues, la conceptualización por parte del RGPD de dato personal se refiere tanto a personas identificadas como identificables.[10] Una persona identificada es aquella que ya se encuentra singularizada, reconocida o distinguida dentro de un grupo de personas. Por otro lado, la alusión a la persona identificable implica que, si bien no se encuentra identificada, es posible o probable hacerlo[11] a través de alguno de los métodos de identificación razonables. Bajo esta lectura, durante años, la interpretación de dato personal era objetiva: una dirección IP, un número de identificación de vehículo o un identificador de sesión serían siempre datos personales, sin matización alguna en función del sujeto que los trata.[12]

Esta interpretación comenzó a matizarse a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2016, asunto Breyer, en la que el Tribunal sostuvo que una dirección IP dinámica puede constituir un dato personal para el proveedor de servicios en línea que la recibe si este dispone de medios legales que le permitan razonablemente obtener información adicional

7. Hintze, M. (s.f.). Viewing the GDPR through a de-identification lens: A tool for compliance, clarification and consistency. International Data Protection Law, 8(1), 91.; Polonetsky, J., Tene, O., & Finch, K. (s.f.). Shades of gray: Seeing the full spectrum of practical data de-identification. Santa Clara Law Review, 53(3), 598.
8. RGPD, art. 4.1.
9. RGPD, considerando 26.
10. Recuero, M. (2022). La identificabilidad de los datos de carácter personal: una incertidumbre latente en tiempos del Reglamento General de Protección de Datos. In Derecho digital y nuevas tecnologías (pp. 1225-1248). Thomson Reuters-Aranzadi.
11. Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2007). Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales (WP136). Comisión Europea. Pág. 13.
12. Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2014). Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización (WP216). Adoptado el 10 de abril de 2014. Comisión Europea.

para identificar al usuario.[13] La pregunta relevante deja de ser, por tanto, si el dato es identificable en abstracto, y pasa a ser si lo es para el concreto responsable que lo trata, en función de sus capacidades reales de vinculación.

Esta línea interpretativa, profundizada en resoluciones posteriores del TJUE[14] ha dado lugar a lo que la doctrina denomina *doctrina Scania*, consolidando que el concepto de dato personal es contextual y relacional[15]: un mismo dato puede ser personal para un responsable del tratamiento y no serlo para otro, en función de si cada uno de ellos dispone, respectivamente, de medios razonables para vincularlo a una persona física identificada.[16]

La trascendencia práctica de esta doctrina para el litigante español es considerable, y opera en una doble dirección. Desde la posición de quien representa al afectado, será necesario acreditar que el responsable del tratamiento demandado disponía, en el momento de los hechos, de medios razonables (ya fuera por sí mismo, ya fuera mediante el cruce con otras bases de datos o la solicitud a terceros) para identificar a la persona a la que se refería la información tratada. Desde la posición de quien defiende al responsable del tratamiento, la *doctrina Scania* ofrece un argumento defensivo de primer orden, negar que existiera infracción del RGPD por la razón de que, desde la esfera del demandado, el dato controvertido no era un dato personal. No basta con que un dato pueda ser identificable, hay que valorar si la identificación es realista dependiendo del contexto. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo español (TS) ha incorporado recientemente esta doctrina a su jurisprudencia con la STS 1215/2026, donde la Sala declara que "no hay un concepto absoluto de dato personal" y "unos mismos datos pueden ser personales para unos destinatarios y no serlo para otros", en función de los medios de que cada uno disponga.[17] Este margen de apreciación podría dejar pronto de depender solo de la jurisprudencia ya que la Comisión Europea[18] ha propuesto incorporar la *doctrina Scania* al propio

13. STJUE de 19 de octubre de 2016, Breyer c. *Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-582/14, ECLI:EU-:C:2016:779. Apdo. 49.
14. STJUE de 5 de diciembre de 2023, *Gesamtverband Autoteile-Handel* eV c. *Scania* CV AB, asunto C-319/22, ECLI:EU:C:2023:973.
STJUE de 7 de marzo de 2024, *IAB Europe* c. Gegevensbeschermingsautoriteit, asunto C-604/22, ECLI:EU-:C:2024:214.
STJUE de 4 de septiembre de 2025, *European Data Protection Supervisor* v. Single Resolution Board, asunto C-413/23 P, ECLI:EU:C:2025:645.
15. De Miguel Beriain, I., & Tassinari, F. (manuscrito enviado para publicación). The *Scania* doctrine and the European Health Data Space: How a subjective approach to anonymisation may disrupt the EHDS framework.
16. 16Doctrina referida coloquialmente como "*doctrina Scania*" por su origen en los litigios relativos al tratamiento del número de identificación de vehículo (VIN) por parte de fabricantes de automóviles. Sobre el criterio subjetivo de identificabilidad, véase Oyarzún Vargas, F. (2026). Consideraciones acerca de las acciones de cesación y los daños morales por la pérdida de control de los datos personales. Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025, asunto C-655/23 (*Quirin Privatbank*). Cuadernos de Derecho Transnacional, 18(1), 695-714. https://doi.org/10.20318/cdt.2026.10296
17. STS (Sala de lo Social). Sentencia 1215/2026, de 12 de marzo de 2026, ECLI:ES:TS:2026:1215.
18. Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2016/679, (UE) 2018/1724, (UE) 2018/1725, (UE) 2023/2854 y las Directivas 2002/58/CE,

artículo 4.1 del RGPD[19].

El interés de esta cuestión no se limita al plano dogmático, puesto que condiciona la admisibilidad misma de la reclamación. Si no se acredita que la información tratada era, para el responsable concreto, un dato personal identificable, no podrá sostenerse que existió tratamiento de datos personales en el sentido del artículo 4.2 del RGPD, y la reclamación basada en el artículo 82 quedará privada de presupuesto. Por esta razón, conviene que el examen del concepto de dato personal preceda, en la estrategia procesal, a cualquier consideración sobre la validez del consentimiento o sobre la existencia de un daño indemnizable.

3. REQUISITOS DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 82 RGPD

El artículo 82.1 del RGPD reconoce que "toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos". Esta disposición, de redacción escueta, constituye el eje de la tutela jurídico-privada[20] en materia de protección de datos, y su aplicación práctica exige del profesional de la abogacía un conocimiento preciso de los elementos que la jurisprudencia del TJUE ha ido perfilando desde 2023.

El precepto no remite, en lo que respecta a sus términos esenciales, al Derecho de los Estados miembros, por lo que conceptos como daños y perjuicios o indemnización deben interpretarse de manera autónoma y uniforme en toda la Unión Europea.[21] Es esta ausencia de remisión la que ha obligado al TJUE a definir cada uno de los elementos de la acción indemnizatoria. Elementos que a continuación desarrollaremos; desde la sentencia *Österreichische Post*,[22] primera resolución del TJUE sobre el artículo 82; y culminando con la sentencia

(UE) 2022/2555 y (UE) 2022/2557 en lo que respecta a la simplificación del marco legislativo digital y se derogan los Reglamentos (UE) 2018/1807, (UE) 2019/1150, (UE) 2022/868 y la Directiva (UE) 2019/1024 (Ómnibus Digital) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52025PC0837

19. Artículo 3 de la Propuesta Ómnibus Digital: "El apartado 1 aclararía la definición de datos personales con arreglo al artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) al establecer que, para una entidad determinada, la información no debe considerarse datos personales cuando dicha entidad no disponga de medios que puedan utilizarse razonablemente para identificar a la persona física a la que se refiere la información. En consecuencia, dicha entidad no entraría, en principio, en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento."

20. Rubí Puig, A. (2018). Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales el remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD. Revista de Derecho Civil, V(4), 74.

21. 21Ortega Giménez, A. (2023). Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por una infracción del RGPD: a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2023 (Asunto C-300/21, *Österreichische Post*). Revista Española de Derecho Europeo, 87, 85-107, p. 87.

22. STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post*, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370.

de 4 de septiembre de 2025, asunto *Quirin Privatbank*.[23]

Tal y como señala el Tribunal europeo y ha reiterado el Tribunal Supremo, el derecho a indemnización del artículo 82.1 RGPD se halla subordinado a la concurrencia de tres requisitos cumulativos y no alternativos: "(i) la existencia de una infracción del RGPD; (ii) el padecimiento de unos daños y perjuicios materiales o inmateriales consecuencia de esa infracción; y (iii) la relación de causalidad entre los daños y perjuicios y la infracción".[24]

3.1. Primer requisito: la existencia de infracción del RGPD

El primer elemento que debe acreditar quien reclama al amparo del artículo 82.1 es la existencia de una infracción del Reglamento. Ello ha de entenderse en sentido amplio: el responsable del tratamiento será responsable tanto por incumplir los principios relativos al tratamiento (arts. 5 a 11), como los derechos del interesado (arts. 12 a 22), las obligaciones propias del responsable y del encargado (arts. 24 a 43) o las normas sobre transferencias internacionales de datos (arts. 44 a 50).

Conviene precisar, no obstante, qué función desempeña exactamente este primer elemento dentro de la estructura de la acción. El propio tenor del artículo 82.1 distingue ya, dentro de una misma frase, dos nociones que el TJUE ha tratado como autónomas entre sí: la existencia de una "infracción" del Reglamento y la existencia de "daños y perjuicios" que se han "sufrido" como consecuencia de ella. El Tribunal ha entendido que esta distinción textual no es casual, sino que revela que se trata de dos requisitos diferenciados, a los que se suma un tercero (la relación de causalidad entre ambos), de manera que los tres son acumulativos y no alternativos.[25]

El TJUE formuló esta exigencia por primera vez en *Österreichische Post*, al declarar que "no basta la mera infracción de las disposiciones de dicho Reglamento para reconocer un derecho a indemnización"[26], y la ha reiterado en términos prácticamente idénticos en pronunciamientos posteriores (entre ellos *Gemeinde Ummendorf*[27], *MediaMarktSaturn*[28], *Agentsia po vpisvaniyata*[29] y GP c. juris GmbH[30]) hasta llegar a *Quirin Privatbank*[31], donde el Tribunal confirma

23. STJUE de 4 de septiembre de 2025, Quirin Privatbank, C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655.
24. STS 996/2026 - ECLI:ES:TS:2026:996 que reproduce la doctrina establecida por la STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post* AG, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370.
25. STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post*, C-300/21, apdos. 30, 32 y 50.
26. STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post*, C-300/21, apdo. 60.
27. STJUE de 14 de diciembre de 2023, VX, AT c. *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, apdo. 15.
28. STJUE de 25 de enero de 2024, BL c. *MediaMarktSaturn*, C-687/21, apdo. 64.
29. *Agentsia po vpisvaniyata*, C-200/23, apdos. 139 y 141.
30. STJUE de 11 de abril de 2024, GP c. juris GmbH C-741/21, apdo.
31. STJUE de 4 de septiembre de 2025, IP c. *Quirin Privatbank* AG, C-655/23, apdo. 55.

de nuevo esta misma doctrina. El TS lo ha incorporado expresamente a su doctrina. La Sala de lo Civil ha declarado que: "no puede considerarse que toda infracción de las disposiciones sobre protección de datos personales dé lugar, por sí sola, a un derecho a una indemnización a favor del interesado", sino que deben concurrir los tres requisitos cumulativos ya señalados, insistiendo en que "una cosa es la infracción de la normativa sobre protección de datos, que puede dar lugar a una sanción administrativa y otra la obtención de una indemnización que no puede ser automática; sin que quepa una equiparación lineal entre infracción e indemnización".[32]

La consecuencia práctica es clara: acreditar una infracción del RGPD abre la puerta a la reclamación del artículo 82, pero no la resuelve por sí sola. Se trata de un presupuesto necesario, sin el cual no hay acción posible, pero en ningún caso suficiente, lo que exige que la demanda articule, de forma autónoma y diferenciada, la prueba del daño y del nexo causal que se analizan en los epígrafes siguientes.

3.2. Segundo requisito: el daño material o inmaterial

El segundo elemento que debe acreditar quien reclama al amparo del artículo 82.1 es la existencia de un daño, material o inmaterial, realmente sufrido.

El TJUE ha precisado en *Österreichische Post* que este concepto debe interpretarse de manera amplia, conforme exige el considerando 146[33], sin que pueda supeditarse el derecho a indemnización a que el perjuicio alcance un determinado umbral de gravedad.[34] Se trata de una precisión importante, porque desactiva un argumento defensivo que de otro modo sería habitual. El responsable del tratamiento no puede oponerse a la reclamación alegando que el daño invocado es demasiado leve o insignificante.

Esta segunda exigencia ha sido perfilada con especial precisión en *Gemeinde Ummendorf*, donde el TJUE recordó que "el interesado debe demostrar que las consecuencias de esa infracción que afirma haber sufrido constituyen un perjuicio distinto de la mera infracción"[35] del Reglamento, y en *MediaMarktSaturn*, donde el Tribunal negó la indemnización en un supuesto en que el riesgo de uso indebido por parte de terceros era puramente especulativo, al no haber tenido ningún tercero conocimiento efectivo de los datos en cuestión.[36] Esto no quiere decir que exista una exigencia de que terceros hayan realizado un uso indebido

32. STS (Sala de lo Civil) 1495/2024, de 19 de marzo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1495. FD Tercero.
33. Cons.146 RGPD: "El concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del presente Reglamento."
34. STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post*, C-300/21, apdos. 42, 50 y 51.
35. STJUE de 14 de diciembre de 2023, VX, AT c. *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, apdo. 18.
36. STJUE de 25 de enero de 2024, BL c. *MediaMarktSaturn*, C-687/21, apdo. 68.

con tus datos personales. La pérdida de control por sí misma puede constituir un daño extrapatrimonial indemnizable, ya que los sentimientos negativos (enfado, disgusto, preocupación, temor etc.)[37] que se generan como consecuencia de esa pérdida de control se incluye como suficiente para configurar el daño exigido por el art.82.1 del RGPD.[38]

Para el ordenamiento jurídico español, esta amplia admisión del daño moral puro no plantea dificultades de encaje sistémico[39], dado que la responsabilidad civil española reconoce con amplitud la resarcibilidad de los daños extrapatrimoniales.[40] El artículo 1902[41] del Código Civil, que constituye la cláusula general de responsabilidad extracontractual, no distingue entre daño patrimonial y moral a la hora de imponer la obligación de reparar. También, la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), al regular en su artículo 9 la responsabilidad de los corresponsables del tratamiento, remite expresamente a lo dispuesto en el propio artículo 82 RGPD sin introducir restricción alguna sobre el tipo de daño resarcible.[42] El TS, por su parte, ha indemnizado en numerosas ocasiones daños morales puros derivados de la inclusión indebida en registros de morosos, reconociendo como daño resarcible tanto el desprestigio de la imagen de solvencia personal y profesional causado por dicha inclusión[43], como el quebranto derivado de las gestiones realizadas por el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados.[44] Esta línea jurisprudencial, surgida en un contexto distinto, resulta plenamente trasladable por analogía al ámbito de la protección de datos personales, y conviene que el abogado la invoque expresamente al fundamentar la existencia y el alcance del daño moral reclamado.

Conviene precisar, por último, que esta amplia indemnizabilidad del daño moral en el ámbito del RGPD no debe confundirse con la, todavía más generosa, presunción de perjuicio que rige cuando la infracción trasciende al derecho al honor. El TS ha distinguido recientemente ambos planos con claridad: "cuando los efectos de la infracción de la normativa de protección de datos trascienden

37. STJUE de 20 de junio de 2024, AT y BT c. PS GbR y otros, C-590/22.
38. Santos Morón, M. J. (2024). Reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE sobre la acción indemnizatoria del art. 82 RGPD. Cuadernos de Derecho Transnacional, 16(2), 1412-1430.
39. Rubí Puig, A. (2019). Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en derecho español. Derecho Privado y Constitución, 34, 197-232.
40. Oyarzun Vargas, F. E. (2026). Consideraciones acerca de las acciones de cesación y los daños morales por la pérdida de control de los datos personales. Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025, asunto C-655/23 (*Quirin Privatbank*).
41. Art.1902 CC: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".
42. LOPDGDD, art. 9.
43. STS (Sala de lo Civil), Sentencia 557/2015, de 18 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:557.
44. STS (Sala de lo Civil), 1645/2017, de 26 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1645; Sentencia 989/2023, de 20 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:989.

al mero hecho del incumplimiento formal de los principios y/o requisitos establecidos y afectan al derecho al honor nos encontramos ante la lesión de un derecho fundamental que tiene una entidad mucho más grave"[45], regida no por el RGPD sino por el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, que sí presume la existencia de perjuicio por el solo hecho de acreditarse la intromisión ilegítima. De ahí que el abogado deba distinguir con cuidado, en cada caso concreto, si se halla ante una mera infracción del RGPD (donde el daño ha de acreditarse, sin presunción alguna) o ante una intromisión en el honor derivada de esa infracción (donde el perjuicio se presume por disposición legal), pues el régimen probatorio aplicable es sustancialmente distinto en cada supuesto.

3.3. Tercer requisito: el nexo causal y la carga de la prueba

El tercer y último requisito del artículo 82.1 exige que exista una relación de causalidad entre la infracción acreditada y el daño invocado. No basta con que ambos elementos existan de forma independiente, sino que el daño debe derivar específicamente de la concreta infracción imputada al responsable demandado. El propio TJUE ha insistido en que "debe existir una relación de causalidad entre la infracción en cuestión y los daños y perjuicios sufridos por el interesado para fundamentar un derecho a indemnización".[46]

Esta exigencia, plantea una dificultad práctica considerable en los supuestos de filtraciones masivas de datos en los que el afectado puede haber estado expuesto a múltiples tratamientos, lícitos e ilícitos, por parte de distintos responsables. En tales casos, el abogado debe ser capaz de individualizar el origen del daño concreto que su cliente alega haber sufrido y vincularlo de forma suficientemente acreditada a la infracción específica del responsable demandado, sin que baste una alegación genérica de exposición a riesgos derivados de tratamientos diversos.

En lo que respecta a la distribución de la carga de la prueba de este requisito, corresponde al demandante acreditar la concurrencia del nexo causal entre la infracción y el daño, mientras que el artículo

82.3 del RGPD permite al responsable del tratamiento exonerarse de responsabilidad si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que causó el daño. El TJUE ha precisado que las circunstancias en las que el responsable puede quedar exonerado "deben limitarse estrictamente a aquellas en las que pueda demostrar que el daño no le es imputable"[47], de modo que, por ejemplo, cuando la violación de la seguridad de los datos personales resulta de

45. STS (Sala de lo Civil), 359/2026, de 5 de marzo de 2026, ECLI:ES:TS:2026:996, FD Tercero.
46. STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post*, C-300/21, apdo. 37.
47. STJUE de 14 de diciembre de 2023, VB c. Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, apdo. 70.

un ciberataque perpetrado por un tercero, dicha violación no puede imputarse al responsable salvo que este la hubiera hecho posible al incumplir alguna de las obligaciones de seguridad que le impone el RGPD, en particular los artículos 5.1.f), 24 y 32. Procede igualmente la exoneración cuando el responsable demuestre que no existe relación de causalidad entre su eventual incumplimiento de la obligación de protección de datos y los daños y perjuicios reclamados.

Por tanto, es necesario articular, de forma expresa y argumentada, el hilo causal que conecta una cosa con la otra (por qué fue precisamente esa infracción, y no otra causa concurrente, la que generó el perjuicio que se reclama), anticipando además los argumentos de exoneración que el responsable demandado pueda esgrimir al amparo del artículo 82.3.

4. LAS LAGUNAS PROCESALES DEL ARTÍCULO 82 DEL RGPD EN ESPAÑA

Acreditados los tres requisitos del artículo 82 del RGPD en el bloque anterior, el letrado en ejercicio se enfrenta a un segundo orden de dificultades, de naturaleza estrictamente procesal, que la jurisprudencia del TJUE no resuelve porque expresamente remite su regulación al ordenamiento interno de cada Estado miembro. España no ha colmado esa remisión con un desarrollo normativo claro, lo que se traduce en tres focos de incertidumbre que condicionan, en la práctica, la viabilidad misma de la reclamación: la determinación del orden jurisdiccional competente, la cuantificación de la indemnización, y la articulación entre la vía administrativa ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y la vía civil.

4.1. La jurisdicción competente

El artículo 79.1 del RGPD reconoce a todo interesado el derecho a la tutela judicial efectiva "cuando considere que sus derechos en virtud del presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales".[48] El apartado segundo del mismo precepto añade una regla de competencia territorial (no de orden jurisdiccional) que permite al interesado optar entre los tribunales del Estado miembro en que el responsable o encargado tenga un establecimiento y los tribunales del Estado miembro de su propia residencia habitual.[49] Esta previsión resuelve, por tanto, el problema de la

48. RGPD, art. 79.1.
49. Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD), art. 79.2: «Las acciones contra un responsable o encargado del

competencia internacional, pero nada dice sobre cuál de los órdenes jurisdiccionales internos; civil, social o contencioso-administrativo, debe conocer de la reclamación dentro de España.

La LOPDGDD no ha aprovechado esta remisión para introducir una regla de atribución competencial específica para las acciones del artículo 82. Sus disposiciones finales se limitan a introducir modificaciones puntuales en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, referidas al régimen de autorización judicial para determinadas actuaciones de investigación de la AEPD, pero no a la acción indemnizatoria del interesado frente al responsable del tratamiento.[50]

A falta de esa regla expresa, la práctica española se mueve conforme a los criterios generales de atribución competencial, lo que produce resultados distintos en función de quién sea el responsable demandado y de cuál sea la relación jurídica subyacente. Cuando el responsable es una empresa o un particular y no existe entre las partes una relación laboral o administrativa, la acción del artículo 82 se tramita ante la jurisdicción civil ordinaria, por aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual. Cuando el tratamiento se produce en el marco de una relación laboral (geolocalización de empleados, videovigilancia, acceso indebido al correo corporativo), la competencia se desplaza con frecuencia al orden social, al enjuiciarse junto a la posible vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Cuando el responsable es una Administración pública actuando en ejercicio de potestades públicas, la vía adecuada es, en principio, la contencioso-administrativa.

La calificación jurídica de la acción plantea, además, otra cuestión práctica que el abogado debe valorar desde el inicio del litigio, el plazo de prescripción aplicable. Ni el RGPD ni la LOPDGDD establecen un régimen específico para la acción indemnizatoria del artículo 82, por lo que corresponde al ordenamiento interno determinarlo. En España, la cuestión no está definitivamente resuelta. Si la acción se califica como una acción de responsabilidad civil extracontractual, resultaría aplicable el plazo de un año previsto en el artículo 1968.2 CC. Por el contrario, si se entiende que la acción del artículo 82 RGPD constituye una acción autónoma, directamente fundada en el Derecho de la Unión y no plenamente subsumible en la responsabilidad del Código Civil, podría defenderse la aplicación del plazo general de cinco años del artículo 1964.2 CC, reservado a las acciones personales que no tienen señalado un plazo especial. La STS

tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual».

50. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Disposiciones finales sexta y séptima, que modifican respectivamente la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

1495/2024[51] refleja esta incertidumbre. El litigio llegó al Tribunal Supremo tras haberse apreciado en la instancia la prescripción de la acción con fundamento en el artículo 1968.2 CC. Sin embargo, el Alto Tribunal resolvió el recurso sin fijar doctrina sobre cuál es el plazo de prescripción aplicable a la acción del artículo 82 RGPD, cuestión que continúa abierta.

Esta división, tanto de órgano jurisdiccional como de calificación jurídica, genera en la práctica un problema real para el abogado ya que la calificación de la relación subyacente no siempre es nítida, y de ella depende no solo el orden jurisdiccional competente, sino también el régimen de plazos, costas y los criterios de cuantificación del daño aplicables, según se expone en el epígrafe siguiente. El abogado debe valorar desde el primer momento, junto con la concurrencia de los tres requisitos del artículo 82, cuál es la vía procesal que mejor sirve a los intereses de su cliente, sin que exista en España un criterio legal o jurisprudencial unificado que permita anticipar con seguridad la calificación que el órgano jurisdiccional finalmente adopte.

4.2. La cuantificación de la indemnización

El TJUE ha reiterado, desde *Österreichische Post*, que la determinación de la cuantía de la indemnización no es objeto de armonización europea y corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, con sujeción a los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión.[52] España no ha desarrollado, ni en el RGPD ni en la LOPDGDD, ningún criterio legal de cuantificación aplicable a estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento (ej. el baremo de daños corporales en accidentes de circulación), lo que obliga a los tribunales españoles a fijar la indemnización mediante una valoración discrecional caso por caso.

El fenómeno no es exclusivamente español. El propio TJUE ha reconocido que el importe de la indemnización variará entre los distintos tribunales de la Unión, incluso dentro de un mismo Estado miembro, y que será necesario que transcurra cierto tiempo para que la jurisprudencia nacional decante criterios y precedentes útiles.[53] España no cuenta, por el momento, con ningún instrumento equivalente, ni oficial ni doctrinal, de uso consolidado entre los operadores jurídicos.

Ante esta ausencia de parámetros propios, la práctica española recurre a la analogía con otras ramas del ordenamiento que sí cuentan con criterios legales de valoración del daño moral, en particular el artículo 9.3 de la Ley Orgánica

51. STS (Sala de lo Civil) 1495/2024, de 19 de marzo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1495.
52. STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post*, C-300/21, apdo. 54.
53. Privacy Driver. (s.f.). Análisis de la sentencia del TJUE relativa al derecho a indemnización regulado en el artículo 82 GDPR. https://privacydriver.com/es/analisis-sentencia-del-tjue-relativa-derecho-indemnizacion-regulado-articulo-gdpr-c588

1/1982, de protección civil del derecho al honor, que ordena valorar la indemnización "atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido".[54] El TS ha compendiado y sistematizado estos como doctrina consolidada en materia de inclusión indebida en ficheros de morosos, advirtiendo de que se trata de "una valoración estimativa" sujeta a "criterios de prudente arbitrio".[55] La gravedad de la lesión no opera como filtro de acceso al derecho (ya analizado en el bloque anterior), sino exclusivamente como criterio de cálculo del importe.

Estos mismos parámetros resultan trasladables, por analogía, al ámbito específico de la protección de datos[56]: el tipo de dato personal afectado; no es lo mismo un dato sensible que un simple dato de contacto para valorar la gravedad de la lesión; el tiempo durante el cual el dato estuvo accesible para terceros; y el número de personas que pudieron beneficiarse de la pérdida de control sobre los datos por parte del responsable del tratamiento, para valorar la difusión en el caso concreto.[57] Así, el TS ha indemnizado, en ese contexto de ficheros de morosidad, tanto el desprestigio de la imagen de solvencia personal y profesional[58] como el quebranto derivado de las gestiones realizadas por el afectado para lograr la rectificación de los datos incorrectamente tratados[59], proporcionando así un repertorio de magnitudes y razonamientos que el abogado puede invocar por analogía al cuantificar, ante un juez civil, una reclamación específica del artículo 82 RGPD.

A esta incertidumbre se añade una precisión reciente del TJUE que el abogado debe conocer. El órgano jurisdiccional nacional puede reconocer una indemnización de cuantía reducida cuando el perjuicio sufrido carezca de gravedad, siempre que ese importe, aun modesto, resarza íntegramente el daño concreto sufrido por el interesado[60]; e incluso una disculpa puede operar como forma de reparación, total o parcial, del daño moral cuando no sea posible restablecer la situación anterior a la infracción y dicha disculpa baste para compensar el perjuicio.[61] Esta doctrina introduce un factor adicional de

54. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, art. 9.3.
55. STS (Sala de lo Civil), 1267/2023, de 20 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3987, cuya doctrina se reproduce en la Sentencia 281/2024, de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:907.
56. Martín Faba, J. M. (2024). Novedades en materia de indemnización y protección de datos personales. Revista CESCO de Derecho de Consumo, 49, 141.
57. Oyarzún Vargas, F. (2026). Consideraciones acerca de las acciones de cesación y los daños morales por la pérdida de control de los datos personales. Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025, asunto C-655/23 (*Quirin Privatbank*). Cuadernos de Derecho Transnacional, 18(1), 695-714, apdo. 73.
58. STS (Sala de lo Civil), 557/2015, de 18 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:557.
59. STS (Sala de lo Civil), 1645/2017, de 26 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1645; Sentencia 989/2023, de 20 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:989.
60. STJUE de 20 de junio de 2024, Scalable Capital, (asuntos acumulados) C-182/22 y C-189/22.
61. STJUE de 4 de octubre de 2024, A c. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs, C-507/23, apdo. 37.

imprevisibilidad para el abogado español, que debe valorar si, en su caso concreto, una alegación centrada exclusivamente en la cuantía dineraria es la estrategia más adecuada o si conviene, alternativamente o de forma acumulada, solicitar otras formas de reparación que el órgano jurisdiccional pueda considerar suficientes.

La dimensión colectiva de las infracciones masivas del RGPD añade, por último, una variable que el legislador europeo apenas ha empezado a abordar. La sentencia del TJUE de 20 de junio de 2024, Scalable Capital, tuvo su origen en una brecha de seguridad que afectó a los datos personales de miles de usuarios de una plataforma de negociación de valores. Aunque el litigio se centró en el concepto de "usurpación de identidad" como daño inmaterial indemnizable, el caso puso en evidencia la inexistencia de criterios uniformes para cuantificar el daño. Cuando una misma vulneración afecta simultáneamente a miles de personas y los perjudicados ejercitan sus acciones de forma individual, el riesgo de que procedimientos idénticos reciban respuestas indemnizatorias dispares se incrementa notablemente, al depender la cuantificación del daño de la valoración realizada por cada órgano jurisdiccional. [62]

4.3. La coordinación entre la AEPD y el tribunal civil

El artículo 77 del RGPD reconoce a todo interesado el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control, en España la AEPD, sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o acción judicial.[63] Esta dualidad de vías (la administrativa, ante la AEPD, y la civil, ante los tribunales) plantea en la práctica una cuestión que tampoco el RGPD ni la LOPDGDD resuelven de forma expresa: si la resolución de la AEPD que declara la existencia de una infracción, una vez devenida firme, vincula al juez civil que conoce posteriormente de la reclamación de daños, o si, por el contrario, este debe volver a examinar íntegramente la existencia de la infracción como presupuesto de la acción del artículo 82.

La AEPD tramita las reclamaciones que recibe conforme a un procedimiento propio regulado en la LOPDGDD, que incluye un examen previo de admisibilidad y de su propia competencia territorial,[64] la posibilidad de remitir la reclamación al delegado de protección de datos del responsable o a un órgano de resolución extrajudicial de conflictos antes de iniciar actuaciones de investigación,[65] y la facultad de archivar la reclamación si el responsable demuestra haber adoptado medidas correctoras suficientes. El procedimiento puede culminar en una

62. STJUE de 20 de junio de 2024, JU y SO c. Scalable Capital, (asuntos acumulados), C-182/22 y C-189/22.
63. RGPD, art. 77.
64. LOPDGDD, art. 66.
65. LOPDGDD, art. 65.

resolución sancionadora, sujeta a fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya finalidad es exclusivamente punitiva y disuasoria. La práctica reciente de la Audiencia Nacional (AN) ilustra bien el funcionamiento de esta vía y, al mismo tiempo, sus límites como mecanismo de tutela del interesado. En el asunto Vodafone España[66], la AEPD impuso sanciones millonarias por incumplimiento de los contratos de encargo del tratamiento y por transferencias internacionales sin garantías adecuadas, si bien la Audiencia Nacional redujo parcialmente las cuantías al no quedar acreditadas todas las circunstancias agravantes invocadas por la AEPD. En el asunto Informática Médica[67], la AN confirmó íntegramente una sanción de 60.000 euros por el mismo tipo de incumplimiento, desestimando los argumentos defensivos de la empresa sobre falta de motivación. Y en un supuesto de menor entidad, la AEPD sancionó a una empresa con 10.000 euros por realizar llamadas comerciales no consentidas en nombre de un tercero, pese a que el afectado figuraba inscrito desde 2017 en la lista de exclusión publicitaria.[68] En los tres casos, el resultado es idéntico desde la perspectiva del ciudadano afectado, la sanción se ingresa en el Tesoro Público y no comporta ningún beneficio resarcitorio para el interesado, de manera que el ejercicio de la acción civil resulta indispensable para hacer efectivo el derecho a indemnización del artículo 82.[69]

Sin embargo, la resolución sancionadora firme de la AEPD no es irrelevante para el proceso civil posterior, ya que constituye un elemento probatorio de gran relevancia para el abogado que represente al interesado en el posterior proceso civil, en la medida en que acredita, con el respaldo de una autoridad especializada, el primero de los tres requisitos del artículo 82. Lo que no hace esa resolución es vincular formalmente al juez civil, que conserva la plena potestad de valorar de forma independiente si concurre la infracción, el daño y el nexo causal, sin que exista en el ordenamiento español una norma equivalente a la que, en otros sectores (en materia de competencia con las resoluciones firmes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) atribuye eficacia vinculante a la declaración de infracción contenida en una resolución administrativa previa para el posterior proceso de reclamación de daños.

Esta falta de articulación formal entre ambas vías obliga al litigante a una

66. SAN de 29 de octubre de 2024, (rec.6558/2024).
67. SAN de 11 de septiembre de 2025, (rec.3842/2025).
68. SAN de 20 de marzo de 2025, (rec.1311/2025)
69. Ortega Giménez, A. (2023). Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por una infracción del RGPD: a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2023 (Asunto C-300/21, *Österreichische Post*). Revista Española de Derecho Europeo, 87, 85-107, p. 88.

doble estrategia. Por un lado, conviene valorar la conveniencia de denunciar previamente ante la AEPD, no tanto por el beneficio económico directo (inexistente para el reclamante), sino por el valor instrumental de obtener una resolución que, sin vincular al juez civil, facilite notablemente la prueba de la infracción en el proceso posterior. Por otro lado, el abogado no puede limitarse a invocar esa resolución administrativa como si bastara por sí sola: debe estar preparado para acreditar de forma autónoma, ante el juez civil, tanto la infracción como el daño y el nexo causal.

Junto a las dificultades descritas, el abogado que representa a un afectado por un tratamiento ilícito en curso se enfrenta a una pregunta adicional, ¿puede pedir al juez que ordene al responsable cesar ese tratamiento, con independencia de la reclamación indemnizatoria? El RGPD no contempla expresamente esta acción, y la LOPDGDD guarda silencio al respecto. La respuesta depende hoy de si la infracción encaja en alguna de las acciones de cesación previstas en otras ramas del ordenamiento, lo que no es siempre posible.

Cabe añadir, a este respecto, un dato de actualidad que ilustra el alcance europeo del problema descrito: en julio de 2025, el Comité Europeo de Protección de Datos adoptó la Declaración de Helsinki, en la que sus miembros reconocieron expresamente que la divergencia entre autoridades nacionales en la aplicación del RGPD constituye un problema sistémico pendiente de solución, comprometiéndose a recopilar las posiciones de las distintas autoridades de control para promover una aplicación más coherente del Reglamento. En junio de 2026, el EDPB materializó ese compromiso lanzando un formulario para que los operadores jurídicos reporten posibles inconsistencias, tanto entre autoridades nacionales como entre estas y las posiciones del propio EDPB.[70] El mecanismo no genera respuestas individuales ni tiene efecto directo sobre los litigios en curso; la información recopilada se eleva periódicamente al nivel institucional para identificar patrones y adoptar, en su caso, medidas de armonización.

70. Comité Europeo de Protección de Datos. (2025, 2 de julio). The Helsinki Statement on enhanced clarity, support and engagement. EDPB. https://www.edpb.europa.eu/documents/reports-statements-and-letters/the-helsinki-statement-on-enhanced-clarity-support-and_en; EDPB. (2026, 24 de junio). Supporting GDPR consistency: EDPB launches dedicated form . https://www.edpb.europa.eu/contact/flag-an-inconsistency_en

5. PROPUESTAS Y CONCLUSIÓN

El artículo 82 del RGPD reconoce al ciudadano un derecho que, sobre el papel, no admite discusión. Así lo demuestra la jurisprudencia del TJUE, creando doctrina que los Tribunales españoles aplican. El problema no está, en la falta de definición material del derecho, sino en algo distinto y más difícil de resolver: la ausencia de un cauce procesal español que permita ejercitarlo con un mínimo de previsibilidad.

El análisis de los bloques precedentes permite concretar esa dificultad en tres planos superpuestos. En el plano conceptual, la determinación de cuándo una información constituye un dato personal para el concreto responsable del tratamiento sigue siendo incierta, como demuestra la evolución jurisprudencial en torno a la *doctrina Scania*. En el plano sustantivo, la jurisprudencia del TJUE ha ido construyendo los tres requisitos de la acción (infracción, daño y nexo causal) con una precisión que los tribunales españoles están comenzando a asumir. Y en el plano procesal, que es donde el sistema falla con mayor claridad, el ordenamiento español no ofrece respuestas uniformes sobre jurisdicción, cuantificación ni coordinación entre vías. De este diagnóstico se derivan las propuestas que siguen.

Que el organismo de supervisión europeo del Reglamento haya tenido que adoptar una declaración específica sobre coherencia[71] confirma, además, que las dificultades prácticas que este trabajo describe no son peculiaridades del sistema español, sino manifestaciones nacionales de un problema estructural de alcance europeo.

I. Atribución legal expresa de la competencia cuando concurra con una relación laboral o administrativa. Cuando la infracción de datos personales se produce en el seno de una relación laboral o frente a una Administración pública, el interesado puede hoy optar entre fundamentar su pretensión en el artículo 82 RGPD ante la jurisdicción civil o integrarla en el proceso laboral o contencioso-administrativo correspondiente, sin que exista una norma que zanje esta elección. España debería precisarlo legalmente, siguiendo el mismo criterio que ya aplicó en 2011 al unificar en el orden social la generalidad de las

71. Comité Europeo de Protección de Datos. (2025, 2 de julio). The Helsinki Statement on enhanced clarity, support and engagement. EDPB. https://www.edpb.europa.eu/documents/reports-statements-and-letters/the-helsinki-statement-on-enhanced-clarity-support-and_en

vulneraciones de derechos fundamentales conectadas al trabajo.[72] Ello evitaría duplicidades procesales y dotaría de mayor certeza tanto al interesado, que hoy no sabe con qué régimen indemnizatorio contará, como al responsable del tratamiento, que no puede prever el alcance de su exposición.

II. Fijación legal del plazo de prescripción de la acción del artículo 82 RGPD. La incertidumbre sobre si resulta aplicable el plazo de un año del artículo 1968.2 CC o el plazo general de cinco años del artículo 1964.2 CC condiciona desde el primer momento la viabilidad de la reclamación: un abogado que asesora a su cliente sobre si todavía puede demandar no puede hoy dar una respuesta segura. Una norma que fijara expresamente el plazo, preferiblemente el de cinco años, en coherencia con la naturaleza autónoma de la acción y con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, eliminaría una fuente de inseguridad jurídica que afecta al ejercicio mismo del derecho antes de que el proceso haya comenzado.

III. Criterios legales de cuantificación. La ausencia de baremo no exige necesariamente una tabla cerrada de cuantías, pero sí permite incorporar, a nivel legal, los criterios que el TS ya aplica por vía jurisprudencial en materia de honor: circunstancias del caso, gravedad de la lesión y grado de difusión de los datos afectados.[73] Positivizar estos criterios específicamente para el ámbito de la protección de datos (aplicados solo por analogía) reduciría el margen de disparidad entre órganos jurisdiccionales sin comprometer la flexibilidad que la propia naturaleza del daño moral exige.[74]

IV. Flexibilización razonable del estándar probatorio del daño moral. La doctrina del TJUE admite ya que la pérdida de control sobre los propios datos, sin necesidad de un uso indebido efectivo, constituye daño suficiente. Convendría que la práctica judicial española asumiera con la misma naturalidad estándares de prueba flexibles (el testimonio del propio afectado o indicios razonables de exposición de los datos), en lugar de exigir, como ocurre en ocasiones, una acreditación cuasi-pericial de un sufrimiento que, por su propia naturaleza, resulta difícil de objetivar.

V. Valor probatorio reforzado de la resolución de la AEPD. Sin necesidad de

---

72. Así lo declara expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011), que justificó la unificación competencial en la necesidad de evitar el "peregrinaje jurisdiccional" que generaba "dilaciones, gastos innecesarios y pronunciamientos diversos contradictorios" cuando la vulneración de un derecho fundamental conectada al trabajo debía dirimirse ante órdenes distintos. El artículo 2.f) de dicha Ley atribuye expresamente al orden social el conocimiento de «la tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas... cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios».
73. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, art. 9.3.
74. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 1267/2023, de 20 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3987.

llegar a un efecto vinculante pleno (que plantearía problemas de articulación con el principio de independencia judicial), la ley podría establecer una presunción de existencia de la infracción cuando exista resolución sancionadora firme de la AEPD, trasladando al responsable demandado la carga de desvirtuarla. Esto evitaría que el interesado deba reconstruir desde cero, en sede civil, una infracción ya declarada por la autoridad especializada en sede administrativa.

VI. Introducción de una acción de cesación expresa en materia de protección de datos. El TJUE ha aclarado en *Quirin Privatbank* que el RGPD no impone, pero tampoco prohíbe, que los Estados miembros reconozcan una acción judicial preventiva dirigida a obtener del responsable el compromiso de no reiterar, en el futuro, un tratamiento ilícito ya cesado.[75] España no dispone de una acción de cesación de alcance general aplicable a los derechos de la personalidad[76], lo que obliga hoy al abogado a recurrir, con resultados desiguales, a las acciones de cesación previstas en sede de competencia desleal o de protección del honor, analogías que no siempre ofrecen encaje satisfactorio. Esta laguna contrasta llamativamente con la atención que el legislador español ha prestado a la tutela inhibitoria en otros ámbitos. Así, la Ley de Competencia Desleal, la Ley de Patentes y la Ley Orgánica 1/1982 contemplan expresamente acciones de cesación para proteger derechos que, aun siendo relevantes, no gozan del mismo reconocimiento constitucional que el derecho fundamental a la protección de datos. En este contexto, una reforma de la LOPDGDD que incorporase expresamente una acción de cesación, complementaria y no sustitutiva de la acción indemnizatoria del artículo 82 RGPD, permitiría colmar una carencia del ordenamiento español que el Derecho de la Unión deja expresamente abierta a la regulación de los Estados miembros.[77]

VII. Avanzar hacia un enfoque graduado del concepto de dato personal. El RGPD mantiene un criterio estrictamente binario (un dato es personal o no lo es), pese a que la identificabilidad es una cuestión de grado que depende del contexto y de quién trata la información. Buena parte de la litigiosidad analizada en el segundo bloque, en torno a la *doctrina Scania*, podría aliviarse si el legislador europeo reconociera, junto a las categorías actuales, niveles intermedios de identificabilidad con consecuencias jurídicas propias, en lugar de forzar cada supuesto dentro de una distinción de todo o nada. La propuesta de reforma del artículo 4.1 del RGPD, actualmente en tramitación, es una oportunidad para hacerlo, aunque su redacción actual no parece avanzar en esa dirección.

---

75. Sentencia de 4 de septiembre de 2025, *Quirin Privatbank*, C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655, apdo. 46.
76.Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) alemán, §1004, que reconoce una acción general de cesación y abstención aplicable, por extensión jurisprudencial, a la generalidad de los derechos absolutos, incluido el derecho a la protección de datos personales. Vid. Oyarzún Vargas (2026), apdos. 18-23.
77. Oyarzún Vargas, F. (2026). Consideraciones acerca de las acciones de cesación y los daños morales por la pérdida de control de los datos personales. Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025, asunto C-655/23 (*Quirin Privatbank*). Cuadernos de Derecho Transnacional, 18(1), 695-714, apdo. 43.

Por último, a estas siete propuestas conviene añadir un inciso final, a modo de aviso para el operador jurídico. España tiene pendiente la transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, sobre acciones de representación de los consumidores, cuyo proyecto de ley se halla en tramitación parlamentaria sin fecha cierta de aprobación.[78] Su efecto inmediato no beneficiará al abogado que asesora a un cliente individual, dado que la legitimación activa corresponde a entidades habilitadas y no al particular ni a su letrado; pero su entrada en vigor sería la única vía hoy anunciada para mitigar la disociación, ya señalada en el diagnóstico, entre el daño individual escaso y la infracción masiva. Conviene, por ello, que el abogado siga de cerca su tramitación, aunque no constituya hoy una herramienta a su disposición.

En una sociedad en la que el tratamiento de datos personales constituye una condición prácticamente indispensable para acceder a bienes y servicios, la efectividad del derecho fundamental a la protección de datos no depende únicamente del reconocimiento de facultades de control sobre la información personal, sino también de la existencia de mecanismos de reparación cuando ese control ha sido vulnerado. La acción indemnizatoria del artículo 82 RGPD no persigue restituir ese control, sino compensar el perjuicio derivado de su pérdida. Precisamente por ello, resulta esencial que el ciudadano disponga de un cauce procesal claro, accesible y previsible que haga efectivo ese derecho a la reparación.

En definitiva, el artículo 82 del RGPD no es un derecho vacío, tiene contenido, tiene jurisprudencia y tiene ya aplicación en los tribunales españoles. Lo que le falta es el cauce procesal que lo haga efectivo. Este trabajo ha pretendido identificar con precisión dónde están esas carencias y proponer, a partir de ellas, reformas concretas. Mientras esas reformas no se adopten, el artículo 82 seguirá siendo, para el ciudadano español, un derecho reconocido, pero difícilmente ejercitable.

78. De Miguel Asensio, P. A. (2024). Derecho a indemnización en materia de datos personales: aspectos internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional, 16(2), 487-500, apdos. 30-32.

BIBLIOGRAFIA

6.1. Obras doctrinales

De Miguel Asensio, P. A. (2024). Derecho a indemnización en materia de datos personales: aspectos internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional, 16(2), 487-500.

De Miguel Beriain, I., & Tassinari, F. (manuscrito enviado para publicación). *The Scania doctrine and the European Health Data Space: How a subjective approach to anonymisation may disrupt the EHDS framework*.

Grau, G. I. (2019). Análisis sobre la regulación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español a la luz de las directrices de la Comisión Europea. *Revista general de derecho procesal,* (49), 5.

Hintze, M. (s.f.). Viewing the GDPR through a de-identification lens: A tool for compliance, clarification and consistency. *International Data Protection Law,* 8(1), 91.

Jääskinen, N. (2023). Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del Reglamento de tratamiento de datos personales (TJ 3ªS 4 May. 2023, as. C-300/21: *Österreichische Post*): TJ, Sala Tercera, S 4 May. 2023. Asunto C-300/21: *Österreichische Post*. *La Ley Unión Europea,* (115), 19.

Ortega Giménez, A. (2023). Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del RGPD, tras la STJ de 4 de mayo de 2023. *Revista Española de Derecho Europeo,* (87), 85-107.

Oyarzún Vargas, F. (2026). Consideraciones acerca de las acciones de cesación y los daños morales por la pérdida de control de los datos personales. Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025, asunto C-655/23 (*Quirin Privatbank*). Cuadernos de derecho transnacional, 18(1), 695-714.

Polonetsky, J., Tene, O., & Finch, K. (s.f.). Shades of gray: Seeing the full spectrum of practical data de-identification. *Santa Clara Law Review,* 53(3), 598.

Recuero, M. (2023). La identificabilidad de los datos de carácter personal: una incertidumbre latente en tiempos del Reglamento General de Protección de Datos.

Roca, A. P. (2020). El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado. Revista de derecho político, (108), 165-194.

Rubí Puig, A. (2019). Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en derecho español. *Derecho Privado y Constitución,* 34, 197-232.

Rubí Puig, A. (2018). Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales el remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD. *Revista de Derecho Civil,* V(4), 74.

Martín Faba, J. M. (2024). Novedades en materia de indemnización y protección de datos personales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 49, 141.

Stalla-Bourdillon, S. (2025). Déjà vu in data protection law: the risks of rewriting what counts as personal data. Privacy and Data Protection, 26(2), 9-13.

6.2 Legislación

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado,* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea,* C 326, de 26 de octubre de 2012.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Boletín Oficial del Estado, núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado,* núm. 10, de 11 de enero de 1991.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, núm. 167, de 14 de julio de 1998.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Boletín Oficial del Estado, núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. *Boletín Oficial del Estado,* núm. 177, de 25 de julio de 2015.

Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea, L 409, de 4 de diciembre de 2020.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, de 4 de mayo de 2016.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 14 de marzo de 2025.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo sobre simplificación del marco legislativo digital (Reglamento Ómnibus Digital) (COM(2025) 837 final), publicación 19 de noviembre 2025.

6.3. Jurisprudencia

6.3.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 19 de octubre de 2016, *Breyer v. Bundesrepublik Deutschland,* C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779.

Sentencia de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post,* C-300/21, ECLI:EU-:C:2023:370.

Sentencia de 5 de diciembre de 2023, *Gesamtverband Autoteile-Handel eV v. Scania CV AB,* C-319/22, ECLI:EU:C:2023:973.

Sentencia de 14 de diciembre de 2023, VB c. *Natsionalna agentsia za prihodite,* C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986.

Sentencia de 14 de diciembre de 2023, *VX, AT c. Gemeinde Ummendorf,* C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 1.

Sentencia de 25 de enero de 2024, BL c. *MediaMarktSaturn,* C-687/21, ECLI:EU-:C:2024:72.

Sentencia de 7 de marzo de 2024, *IAB Europe* c. *Gegevensbeschermingsautoriteit,* C-604/22, ECLI:EU:C:2024:214.

Sentencia de 11 de abril de 2024, GP c. *juris GmbH,* C-741/21, ECLI:EU-:C:2024:288.

Sentencia de 20 de junio de 2024, AT y BT c. *PS GbR y otros,* C-590/22, ECLI:EU-:C:2024:536.

Sentencia de 20 de junio de 2024, JU y SO c. *Scalable Capital,* asuntos acumulados C-182/22 y C-189/22, ECLI:EU:C:2024:531.

Sentencia de 4 de septiembre de 2025, *European Data Protection Supervisor c. Single Resolution Board,* C-413/23 P.

Sentencia de 4 de septiembre de 2025, IP c. *Quirin Privatbank,* C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655.

6.3.2. Tribunal Supremo

Sala de lo Civil. Sentencia 557/2015, de 18 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:557.

Sala de lo Civil. Sentencia 1645/2017, de 26 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1645.

Sala de lo Civil. Sentencia 989/2023, de 20 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:989.

Sala de lo Civil. Sentencia 1267/2023, de 20 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3987.

Sala de lo Civil. Sentencia 281/2024, de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:907.

Sala de lo Civil. Sentencia 1495/2024, de 19 de marzo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1495.

Sala de lo Civil. Sentencia 359/2026, de 5 de marzo de 2026, ECLI:ES:TS:2026:996.

Sala de lo Social. Sentencia 1215/2026, de 12 de marzo de 2026, ECLI:ES:TS:2026:1215.

6.3.3. Audiencia Nacional

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia de 29 de octubre de 2024, *Vodafone España, S.A.U. c. Agencia Española de Protección de Datos,* Roj: SAN 6558/2024, ECLI:ES:AN:2024:6558.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia de 20 de marzo de 2025, *Instalaciones Térmicas Renovables, S.L. c. Agencia Española de Protección de Datos,* Roj: SAN 1311/2025, ECLI:ES:AN:2025:1311.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia de 11 de septiembre de 2025, *Informática Médica, S.L. c. Agencia Española de Protección de Datos,* Roj: SAN 3842/2025, ECLI:ES:AN:2025:3842.

6.4. Documentos institucionales

Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2007). *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales* (WP136). Comisión Europea. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf

Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2014). *Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización* (WP216). Comisión Europea. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp223_es.pdf

Agencia Española de Protección de Datos. (2021). *Adendum Guía sobre el uso de las cookies.* AEPD. https://www.aepd.es/guias/guia-cookies.pdf

Comité Europeo de Protección de Datos. (2025, 2 de julio). *The Helsinki Statement on enhanced clarity, support and engagement.* EDPB. https://www.edpb.europa.eu/documents/reports-statements-and-letters/the-helsinki-statement-on-enhanced-clarity-support-and_en

6.5. Páginas web consultadas

Cuatrecasas. (2025, 29 de enero). TJUE: sentencias de junio de 2024 sobre protección de datos. https://www.cuatrecasas.com/es/spain/tecnologia-medios-digitales/art/tjue-sentencias-de-junio-de-2024-sobre-proteccion-de-datos [Última consulta 30/06/2026]

Fieldfisher. El TS aplica *doctrina Scania*: El concepto dinámico de dato personal [Última consulta 01/07/2026] https://www.fieldfisher.com/eses/locations/espana/actualidad/d atos-dinamicos-doctrina-scania

Página web de la Unión Europea. Supporting GDPR consistency: EDPB launches dedicated form. Publicado el 24 de junio de 2026. [Última consulta 03/07/2026] https://www.edpb.europa.eu/news/supporting-gdpr-consistency-edpb-launches-dedicated-form_en

Privacy Driver. (s.f.). Análisis de la sentencia del TJUE relativa al derecho a indemnización regulado en el artículo 82 GDPR. [Últimaconsulta 02/07/2026] https://privacydriver.com/es/analisis-sentencia-del-tjue-relativa-derecho-indemnizacion-regulado-articulo-gdpr-c588

La prisión provisional del investigado extranjero en macrocausas ante la audiencia nacional. Guía práctica para el abogado defensor en delitos económicos transnacionales.

CRISTINA PASTOR ROCA

ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

Cristina Pastor Roca

Máster de Acceso a la Abogacía UNIE y Especialización en Litigación Penal, Escuela de Práctica Jurídica Universidad Complutense.

Tercer premio

XIV Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2026

Comentario Introductorio

Este trabajo nace de la observación, en los primeros años de ejercicio como abogada penalista, de la situación de clientes extranjeros investigados en procedimientos de la Audiencia Nacional por delitos económicos de dimensión transnacional.

Fue en la práctica diaria, viendo repetirse el mismo argumentario en los autos que acordaban la prisión provisional, donde surgió la pregunta que da origen a estas páginas: ¿por qué la condición de extranjero pesa tanto en la valoración del riesgo de fuga, y por qué apenas se exploran alternativas a la prisión provisional cuando el investigado tiene toda su vida —familia, trabajo, patrimonio— en otro país?

Desde la humildad de quien se encuentra al inicio de su vida profesional, y desde el absoluto respeto hacia la ardua labor que desempeñan los Jueces y Magistrados de la Audiencia Nacional, estas páginas aspiran a ser una modesta aportación sobre una realidad cada vez más presente en nuestros tribunales.

Resumen

Concebido con vocación práctica, a modo de guía para el joven abogado defensor, este trabajo aborda la prisión provisional del investigado extranjero en las macrocausas por delincuencia económica transnacional que se sustancian ante la Audiencia Nacional. Su punto de partida es una constatación: pese a que la prisión provisional es, por diseño legal, una medida excepcional, subsidiaria y sujeta a motivación reforzada, en esta jurisdicción la condición de extranjero y la gravedad abstracta de la pena tienden a operar como un indicio casi determinante del riesgo de fuga, desplazando el análisis individualizado del arraigo personal, familiar y patrimonial del investigado y de sus vínculos con otros Estados de la Unión Europea. Frente a ese diagnóstico, el trabajo examina las alternativas de supervisión transnacional hoy infrautilizadas y ofrece pautas concretas para la defensa.

Palabras clave: prisión provisional; riesgo de fuga; arraigo transnacional; Audiencia Nacional; Orden Europea de Vigilancia; principio de igualdad.

Sumario

INTRODUCCIÓN. **76**

1. FUNDAMENTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. **78**
1.1. La lógica constitucional y los presupuestos legales. 78
1.2. El momento procesal: la comparecencia del artículo 505 LECrim. 79

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL RIESGO DE FUGA FRENTE AL INVESTIGADO EXTRANJERO. **81**
2.1. Por qué el riesgo de fuga es el fin cautelar predominante. 81
2.2. Las cuatro variables que la Audiencia Nacional combina. 82
2.3. El patrón argumentativo de los autos y su vicio de fondo. 83
2.4. Por qué "sin arraigo en España" no equivale a "sin arraigo". 86

3. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. **87**

4. LA DURACIÓN DE LA MEDIDA COMO PENA ANTICIPADA. **89**

5. CUÁNDO SÍ PUEDE ESTAR JUSTIFICADA LA PRISIÓN PROVISIONAL **91**

6. INSTRUMENTOS PARA LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PAÍS DE RESIDENCIA. **93**
6.1. La Orden Europea de Vigilancia (Decisión Marco 2009/829/JAI). 93
6.2. Medidas cautelares personales no privativas de libertad. 95
6.3. La caución económica en delitos patrimoniales complejos. 96
6.4. Cooperación judicial. 96

7. POR QUÉ ESTAS HERRAMIENTAS APENAS SE UTILIZAN **97**

8. GUÍA PRÁCTICA PARA EL ABOGADO DEFENSOR. **99**
8.1. Antes de la comparecencia: construir el expediente de arraigo transnacional. 99
8.2. Durante la vista: discutir los indicios sin entrar al fondo del asunto. 100
8.3. En recursos y en la revisión periódica de la medida. 101
8.4. La vía europea: preparar una eventual demanda ante el TEDH. 102
8.5. Errores frecuentes a evitar. 102

CONCLUSIONES **103**
Anexo. Jurisprudencia citada. 104

INTRODUCCIÓN.

La criminalidad económica de dimensión transnacional es hoy uno de los fenómenos que, con mayor intensidad, copa la atención del sistema de justicia penal en todo el mundo, y España no es una excepción. La globalización de los mercados financieros, el auge de las criptomonedas, la libre circulación de capitales dentro de la Unión Europea, la proliferación de estructuras societarias opacas y la digitalización de los flujos económicos han dado lugar a una tipología delictiva de notable complejidad. La Audiencia Nacional se ha consolidado como el foro preferente para sustanciar las llamadas "macrocausas": procedimientos con una pluralidad de investigados, diligencias que trascienden las fronteras españolas y piezas cautelares que afectan tanto a la situación personal como al patrimonio de las personas investigadas.

Este trabajo analiza la prisión provisional como medida cautelar personal en estas causas masivas cuando el investigado es extranjero o no reside en España. Sostiene una tesis concreta: en determinados procedimientos, la Audiencia Nacional otorga un peso predominante a la condición de extranjero y a la gravedad abstracta de la pena al valorar el riesgo de fuga, sin ponderar de forma suficientemente individualizada las circunstancias del investigado ni examinar con rigor las medidas alternativas que permitirían su libertad provisional en el país donde reside.

Dos ideas sostienen esta tesis. La primera: la Audiencia Nacional tiende a fundamentar la prisión provisional en el riesgo de fuga — presupuesto habilitante del artículo 503.1.3.º LECrim[1]— asociando, a veces de forma precipitada, extranjería con ausencia de arraigo, sin ponderar las circunstancias personales, familiares, profesionales y económicas del investigado ni la existencia de vínculos verificables con otros países de la Unión Europea. Ese tratamiento contrasta con el que recibe el investigado español en circunstancias análogas. Y la asimetría resultante encaja mal con el principio de igualdad ante la ley, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la excepcionalidad de la prisión provisional y con los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La segunda idea mira hacia las soluciones: el ordenamiento español ya cuenta con un catálogo de medidas cautelares alternativas —en particular los mecanismos de supervisión transnacional de la Decisión Marco 2009/829/JAI— que permanece crónicamente infrautilizado pese a su plena vigencia formal. Existiendo la opción, sencillamente no se emplea todo lo que podría.

1. Véase CEBULAK P., MORVILLO M. y SALOMON S. "Strategic Litigation in EU Law: Who does it Empower" German Law Journal, 2024, Vol. 25, Núm. 6, p. 805.

A partir de esas dos ideas, el trabajo combina el análisis jurisprudencial, el estudio dogmático y una perspectiva práctica — basada en la incipiente experiencia profesional propia— orientada a la actuación del abogado defensor. El análisis jurisprudencial se centra en las resoluciones de las Secciones de Instrucción de los Tribunales Centrales de Instancia y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en materia de prisión provisional en procedimientos por delincuencia económica transnacional, contrastadas con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 17 CE[2] y con la jurisprudencia del TEDH[3] en aplicación del artículo 5.3 del Convenio. El estudio dogmático reconstruye el régimen de la prisión provisional y de sus alternativas a partir de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Decisión Marco 2009/829/JAI y su transposición interna. Y la perspectiva práctica traduce ambos planos en pautas concretas para la comparecencia cautelar, los recursos y, en su caso, la vía europea.

Su objeto de estudio queda circunscrito a procedimientos con tres rasgos comunes: competencia de la Audiencia Nacional por razón de la materia de acuerdo con el artículo 65 LOPJ[4], delitos que integran el núcleo duro de la criminalidad económica transnacional, y condición de extranjero del investigado —nacional de tercer Estado o ciudadano de la Unión sin residencia habitual en España—.

Por último, la exposición se organiza en ocho apartados, agrupados en tres bloques. Los tres primeros diagnostican el problema: reconstruyen los fundamentos de la prisión provisional, examinan cómo la Audiencia Nacional construye el riesgo de fuga frente al investigado extranjero y analizan la vulneración del principio de igualdad que esa práctica plantea. Los dos siguientes completan ese diagnóstico desde ángulos distintos —la duración de la medida como pena anticipada, de un lado, y los supuestos en que la prisión provisional sí está justificada, del otro—. El bloque final pretende aterrizar la teoría en la práctica: ofrece una visión general de los instrumentos de aseguramiento transnacional disponibles, explica por qué apenas se utilizan y cierra con una guía práctica para el joven abogado defensor, a quien, quizá, pueda resultar de utilidad.

2. CE: Constitución Española de 1978.
3. TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
4. (LOPJ) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

1. FUNDAMENTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1.1. La lógica constitucional y los presupuestos legales

La privación de libertad de una persona sometida a un proceso penal sin que haya recaído sentencia condenatoria firme constituye la medida cautelar de mayor gravedad que contempla nuestro ordenamiento. Su adopción exige, por imperativo legal, una justificación o motivación especialmente reforzada[5]. Y es que el Tribunal Constitucional ha subrayado de forma reiterada que la prisión provisional es una medida excepcional y subsidiaria, de aplicación restringida y nunca automática, que solo puede adoptarse cuando no existan medidas menos gravosas capaces de alcanzar los mismos fines (art. 502.2 LECrim).

Conforme al artículo 503 LECrim, su adopción exige la concurrencia acumulativa de tres presupuestos: la existencia de hechos que revistan caracteres de delito castigado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años; motivos bastantes, individualizados y concretos para creer responsable criminalmente al investigado; y la concurrencia de alguno de los fines cautelares constitucionalmente legítimos —riesgo de fuga, destrucción probatoria o reiteración delictiva—.

Estos presupuestos se completan con otros tres principios que rigen toda la institución. El de *excepcionalidad:* la prisión provisional no puede operar como regla general ni como respuesta ordinaria a la gravedad del delito; corresponde al Estado acreditar que subsisten razones pertinentes y suficientes que justifiquen la privación de libertad. El artículo 502.2 LECrim proyecta además el principio de *subsidiariedad,* por el que solo puede acordarse la prisión provisional cuando las medidas alternativas resultan insuficientes para satisfacer los fines de aseguramiento procesal, porque la existencia de alternativas eficaces no es una consideración optativa, sino un presupuesto de legitimidad de la privación de libertad[6]. Por último, la *proporcionalidad*: la medida debe ser la menos gravosa entre las que permitan alcanzar el fin cautelar perseguido, y su intensidad ha de guardar relación con la entidad del riesgo constatado. En ese juego de ponderación de derechos, cuanto más se prolonga la privación de libertad, más

5. No basta con la cita formal de los preceptos legales ni con razonamientos genéricos, vagos o estereotipados que pudieran aplicarse indistintamente a cualquier investigado: se exige un «celo significativo en la ponderación de las circunstancias» del caso concreto (SSTC 41/1982, 128/1995, 29/2001, 179/2005, 148/2024).

6. Tribunal Constitucional la ha configurado como garantía constitucional integrada en el artículo 17 CE, de modo que la adopción de la medida más grave sin considerar suficientemente alternativas menos restrictivas vulnera el derecho fundamental a la libertad (STC 47/2000; STC 8/2002).

estricta debe ser la justificación que la sostiene.

Por su parte, el artículo 504 LECrim fija los plazos máximos de la medida en función de la gravedad del delito: un año, prorrogable seis meses, cuando el delito tenga señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años; y dos años, prorrogables hasta cuatro, cuando la pena señalada sea superior a tres años. En ambos casos, la prórroga exige que concurran circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada dentro de esos plazos. Estos límites, concebidos con vocación de garantía, interactúan con la realidad de las macrocausas de un modo que se examina en el apartado IV.

En cualquier caso, el principio de motivación individualizada es central. Ni la Constitución, ni el Convenio, ni la ley permiten que la prisión provisional se adopte en virtud de presunciones generales asociadas a categorías de personas, a tipos delictivos o penas en abstracto.

La STC 128/1995 (entre otras muchas posteriores que mantienen y consolidan este criterio, hoy no discutido) estableció que la resolución que la acuerda debe exteriorizar el proceso lógico que lleva al juez a concluir que concurren los presupuestos legales y que la medida es necesaria y proporcionada en el caso concreto: no basta con invocar genéricamente la gravedad del delito o la condición personal del investigado, es preciso razonar por qué esas circunstancias, en su configuración específica, justifican la privación de libertad con preferencia sobre las alternativas disponibles.

Es precisamente este estándar el que, como se expone en el apartado II, se incumple de manera sistemática.

1.2. El momento procesal: la comparecencia del artículo 505 LECrim

La decisión sobre la prisión provisional se adopta en el trámite de la comparecencia regulada en el artículo 505 LECrim, conocida coloquialmente como la "vistilla"[7]. En ella intervienen el Ministerio Fiscal, las acusaciones personadas y la defensa, y el juez debe resolver motivadamente sobre la procedencia de la medida a la vista de lo alegado por las partes.

Es, además, un trámite de una gran brevedad —de ahí el nombre que recibe—, que contrasta con la trascendencia de la decisión que en él se adopta y con la complejidad de los grandes procedimientos económicos: la instrucción puede

7. Se recomienda como lectura de consulta: http://jovenesabogados.com/la-comparecencia-del-art-505-ley-rituaria-penal/

llevar meses de investigación previa, mientras que la defensa dispone, en la práctica, de un margen mínimo para preparar su intervención.

En esos escasos minutos se decide si el investigado afrontará el proceso en libertad o privado de ella durante meses o años, y lo que allí se resuelva condiciona toda la estrategia posterior: la relación con el cliente, su capacidad para colaborar en su propia defensa e incluso la posición negociadora de las partes de cara a un eventual acuerdo. Es, en la práctica, uno de los momentos más determinantes de todo el procedimiento, y el primero en que la defensa puede hacer valer su trabajo. De ahí que llegar preparado sea imprescindible.

Esta asimetría temporal tiene una consecuencia notable para la defensa: la documentación de arraigo transnacional, la información patrimonial y los antecedentes de conducta procesal del investigado deben prepararse, en la medida de lo posible, antes de que la comparecencia se produzca. Cuando la detención es previsible —por ejemplo, tras conocer que existe una investigación en curso o una solicitud de extradición o entrega—, tener listo ese expediente documental es lo que permite ofrecer, ya en la propia comparecencia, un paquete de alternativas cautelares fundamentado, y no una alegación genérica que el auto descarte sin esfuerzo.

A esa preparación anticipada conviene sumar el conocimiento de un límite procesal que a menudo pasa desapercibido: el juez no puede decretar el ingreso en prisión provisional si ninguna acusación lo ha pedido. Es el principio rogatorio, que reserva a las partes acusadoras la iniciativa de solicitar la medida más gravosa. Existe, eso sí, una excepción: el juez puede acordar una medida distinta de la solicitada siempre que sea menos gravosa que la pedida, que se haya debatido en la propia vistilla y que resulte igual de idónea para el fin cautelar perseguido. Este matiz resulta aprovechable desde cualquiera de las dos posiciones. Para la defensa, porque le permite llegar a la comparecencia con un abanico de opciones, ofreciendo al juez una vía intermedia que evite la prisión sin dejar desatendido el fin cautelar. Y para la acusación, porque conocer ese margen le ayuda a calibrar su petición y a anticipar las alternativas que la defensa pondrá sobre la mesa. Dominar la mecánica del trámite es, en definitiva, una ventaja para el letrado con independencia del lado en que actúe.

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL RIESGO DE FUGA FRENTE AL INVESTIGADO EXTRANJERO

2.1. Por qué el riesgo de fuga es el fin cautelar predominante

De los fines cautelares que reconoce el artículo 503.1.3.º LECrim, el riesgo de fuga es, con mucho, el más frecuentemente invocado. La explicación es relativamente sencilla: esta clase de causas —grandes estafas, blanqueo de capitales u organizaciones criminales— se proyecta por naturaleza sobre múltiples jurisdicciones; los hechos se ejecutan, los fondos circulan y los partícipes se reparten entre diversos países, de modo que es habitual que entre los investigados figuren personas de nacionalidad extranjera o sin residencia en España. De ahí que el argumento recurrente sea la falta de arraigo de quienes, precisamente por la dimensión internacional del entramado, tienen su vida y sus vínculos fuera del territorio del foro.

Este fin cautelar no se alega en el vacío: responde a la necesidad de mitigar el riesgo de que el investigado eluda la acción de la justicia y, con ella, cualquier posibilidad de que el proceso llegue efectiva y materialmente a su fin. El artículo 24 CE no protege únicamente al investigado; también reconoce a las víctimas el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, que incluye ser resarcidas de los perjuicios ilegítimamente sufridos. Un investigado en paradero desconocido hace inviable esa tutela, de modo que el riesgo de fuga se configura como garantía de que el proceso —y con él, los derechos de quien lo ha promovido— pueda completarse. Se trata de un juego de ponderaciones.

Ahora bien, que el fin sea legítimo no dispensa de que el riesgo esté, en efecto, fundamentado[8]. La disposición legal permite acordar la prisión provisional, únicamente, cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga, ponderando la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, la situación familiar, laboral y económica del investigado y la inminencia del juicio oral. Esta lista no es taxativa ni opera mediante presunciones automáticas: es un catálogo de indicadores que el juez debe valorar en su conjunto, de forma individualizada.

La doctrina del TEDH ha insistido en que el riesgo de fuga no puede inferirse únicamente de la gravedad abstracta de la pena — equivaldría a hacer de la severidad del reproche penal un fundamento autónomo de la privación de libertad, en contradicción con la presunción de inocencia—, sino que debe

8. STC 47/2000, de 17 de febrero, "no sólo [es] un problema de falta de tutela, sino también y prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad."

acreditarse mediante referencias a hechos concretos o circunstancias personales verificables[9].

No obstante, la insuficiencia del criterio abstracto de la gravedad de la pena no implica que este factor deba excluirse del análisis: implica que no puede operar solo. Su papel legítimo es el de un indicador contextual que adquiere relevancia en función de las circunstancias personales del investigado, no el de una presunción que se activa automáticamente por razón del tipo delictivo.

Entonces, ¿qué se valora a la hora de decidir respecto de la situación personal de los investigados en este tipo de delitos?

2.2. Las cuatro variables que la Audiencia Nacional combina

Las cuatro variables principales que la Audiencia Nacional valora a la hora de acordar, o no, la prisión provisional, no operan de forma caprichosa: son, precisamente, aquellos rasgos que distinguen a la criminalidad económica transnacional de otras formas de delincuencia, y por eso concurren en ella con una frecuencia que no se da en otros tipos delictivos.

La primera variable es la gravedad de la pena. Los delitos nucleares de esta criminalidad —blanqueo de capitales (art. 301 CP)[10], pertenencia a organización criminal (art. 570 bis CP) y estafa agravada (art. 250 CP)— llevan aparejadas penas de entre cuatro y quince años, con posibilidades de agravación considerable. La lógica judicial dominante entiende que esa gravedad incrementa el incentivo para huir, sin ponderar que, para quien no ha huido antes de ser investigado, puede ser indicativa de confianza en el resultado del proceso.

Por otro lado, los investigados por delitos económicos complejos disponen, además, con frecuencia, de recursos significativos, cuentas en el exterior y estructuras societarias que facilitan la movilización de activos: es la capacidad económica, segunda variable que la Audiencia Nacional utiliza como indicador de riesgo de fuga sin analizar si, en el caso concreto, esa capacidad se ha materializado en tentativa alguna o si los activos están ya asegurados mediante embargos preventivos.

Este argumento, sin embargo, es un arma de doble filo, y ahí radica buena parte de su fragilidad. Si el investigado tiene patrimonio, se dice que puede permitirse huir y sostenerse en el extranjero; si carece de él, se dice que no tiene arraigo ni capacidad de subsistencia legítima en España, lo que también alimenta

9. W. c. Suiza, 26 de enero de 1993; Stögmüller c. Austria, 10 de noviembre de 1969; Neumeister c. Austria, 27 de junio de 1968.
10. CP: Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

el riesgo de fuga. Con esta lógica, la capacidad económica deja de operar como un dato que se valora en un sentido u otro según lo que realmente indique en el caso concreto, y pasa a funcionar como una presunción, que depende en gran medida de la concepción del juez.

Pesa también la dimensión transnacional del delito: que los hechos se hayan desarrollado en varias jurisdicciones o que existan coacusados en el extranjero se utiliza como indicio de peligrosidad procesal. Este razonamiento, que puede tener fundamento en casos determinados, carece de él cuando se aplica como presunción general al conjunto de investigados en procedimientos de esta naturaleza, sin examinar la relación específica del investigado con esas redes.

El problema se agrava cuando están implicados países con los que la colaboración judicial es limitada: ahí sí existe una base real para hablar de mayor dificultad de aseguramiento, porque los mecanismos ordinarios de cooperación —comisiones rogatorias, extradición, reconocimiento mutuo— pueden resultar lentos o directamente inoperantes. Pero esa lógica no debería trasladarse sin más a los investigados con vínculos dentro de la Unión Europea o, más ampliamente, dentro del espacio compartido de justicia: ahí la colaboración judicial no solo existe, sino que está reforzada por instrumentos de reconocimiento mutuo diseñados precisamente para estos supuestos. Tratar por igual, a efectos de riesgo de fuga, a quien tiene vínculos en un país sin apenas cooperación con España y a quien los tiene en otro Estado miembro es ignorar una diferencia que el propio marco normativo europeo ya ha resuelto.

La cuarta, y la más alegada, es la ausencia de arraigo en España. Para el investigado extranjero, la falta de vínculos con el país del foro se convierte sistemáticamente en el argumento de cierre de la argumentación cautelar. La lógica es circular: el investigado no tiene arraigo en España porque no vive en España, y no vive en España porque su vida se desarrolla en otro lugar. Es precisamente sobre esta idea de arraigo —qué significa y por qué la práctica judicial la reduce a su dimensión territorial— sobre la que conviene detenerse más adelante, una vez descrito el patrón argumentativo que la Audiencia Nacional aplica de forma sistemática.

2.3. El patrón argumentativo de los autos y su vicio de fondo

El análisis de la jurisprudencia de los Juzgados Centrales revela un patrón que se repite con una uniformidad tal que, en ocasiones, pone de relieve la ausencia de un verdadero análisis individualizado. A ello contribuye, además, un dato estructural que conviene no perder de vista: muchos de estos procedimientos llegan a la Audiencia Nacional precisamente porque hay damnificados en España, no porque el delito se haya cometido aquí —la competencia de este

órgano no exige que los hechos hayan tenido lugar en territorio español—. Es lógico, por tanto, que buena parte de los investigados sean extranjeros: su vínculo con el procedimiento nace de dónde están las víctimas, no de dónde está su vida. Y ese punto de partida ya los coloca en una posición de desventaja frente al criterio de arraigo, antes incluso de que empiece cualquier valoración cautelar.

Su estructura tipo puede resumirse así: (i) los hechos investigados son constitutivos de estafa agravada, blanqueo de capitales y/o pertenencia a organización criminal, con pena superior a seis años; (ii) el investigado es nacional de un tercer Estado, carece de arraigo en España y dispone de medios económicos; (iii) concurre, por tanto, un riesgo de fuga objetivamente fundado.

La estructura es formalmente correcta, pero materialmente vacía: el silogismo no contiene ningún análisis de las circunstancias personales del investigado que vaya más allá de la constatación de su nacionalidad y de la gravedad nominal de los cargos. Es posible, por tanto, que esta misma estructura argumentativa se repita de manera prácticamente idéntica para distintos investigados en situaciones indiciarias, económicas y personales dispares.

Esta afirmación no es una conjetura: la práctica de la autora lo confirma de forma directa. Un mismo Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional dictó, en la misma fecha y dentro de la misma causa —por estafa agravada, organización criminal y blanqueo de capitales—, dos autos acordando prisión provisional referidos a dos investigados de nacionalidad distinta: uno comunitario, otra extracomunitaria. Pese a esa diferencia, el razonamiento sobre el riesgo de fuga es, salvo el nombre y el país de residencia, literalmente idéntico en ambos. Los dos autos repiten, en el mismo punto de la resolución, la misma fórmula: "habida cuenta de la gravedad de los delitos objeto de investigación y las penas a las que el investigado podría enfrentarse, sin que pueda atenderse en este momento a las alegaciones que se efectúan en la comparecencia previa respecto de su arraigo personal en [país de residencia]".

Que dos investigados de una misma pieza compartan parte de la motivación jurídica no es, en sí mismo, ni casual ni reprochable. El problema es de fondo, y tiene dos caras. La primera: la resolución hace descansar el riesgo de fuga sobre la gravedad de los delitos y la entidad de las penas, es decir, sobre datos abstractos que son comunes a todos los investigados de la causa y que nada dicen de cada uno en particular. Pero el artículo 503.1.3.º LECrim no exige valorar el delito en abstracto, sino los indicios concretos que pesan sobre cada investigado y su situación personal —familiar, laboral, económica y de arraigo—, que es justamente lo que distingue a uno de otro. Cuando esa valoración individual desaparece, dos personas en circunstancias potencialmente muy distintas reciben la misma respuesta cautelar solo porque comparten causa.

La segunda cara es aún más reveladora. El arraigo personal, que es el dato llamado a marcar la diferencia, se despacha con una fórmula de aplazamiento —"en este momento"— que después no se retoma en ningún pasaje de la resolución. Y ese aplazamiento es difícilmente sostenible: la comparecencia del artículo 505 es, precisamente, el momento procesal previsto para ponderar el arraigo, porque es entonces cuando la defensa lo alega y cuando el juez decide sobre la libertad del investigado. Posponer su examen equivale a no realizarlo nunca: la ponderación se anuncia, pero jamás llega. Es precisamente el vicio que este trabajo denuncia[11].

Ese vicio se prolonga también en la motivación de las prórrogas, tanto de la fase de instrucción como de la prisión provisional, que no incorporan un análisis actualizado de la situación del investigado ni de la evolución de las circunstancias, sino que reproducen el razonamiento inicial como si el transcurso del tiempo fuera jurídicamente irrelevante

—una práctica que contradice la exigencia del TEDH de que la prolongación de la privación de libertad se justifique mediante razones pertinentes y suficientes atentas a la evolución del caso—.

Y se prolonga, también, en el tratamiento de las medidas alternativas: el artículo 502.2 LECrim obliga al juez a ponderar, antes de acordar la prisión provisional, si las medidas de los artículos 528 a 544 y siguientes serían suficientes; sin embargo, esa ponderación se realiza en la inmensa mayoría de los casos de manera casi automatizada, denegando cualquier alternativa, sin explicitar las razones concretas por las que, en el caso específico del investigado extranjero, la comparecencia periódica ante las autoridades de su país de residencia, la retirada del documento de viaje, el control telemático o una fianza adecuada serían incapaces de garantizar su disponibilidad procesal.

La consecuencia más relevante de este déficit es la práctica inexistencia de resoluciones que hayan aplicado la Orden Europea de Vigilancia de la Decisión Marco 2009/829/JAI —mecanismo que se analiza en el apartado VI—, no por razones jurídicas, sino por inercias institucionales.

Cabe recurrir el auto que acuerda la prisión provisional en apelación ante la Sala de lo Penal, pero ese recurso no es una solución inmediata: su tramitación puede suponer semanas o meses de privación de libertad que, si finalmente se revoca la medida, resultan injustificados a posteriori. Y no siempre se revoca: en no pocas ocasiones, la Sala mantiene la decisión de instancia si la defensa no

11. Tras recurrir la decisión en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, finalmente se acordó la libertad provisional de los dos investigados en un Estado miembro de la Unión Europea. El desenlace confirma que la supervisión cautelar en el país de residencia era viable desde el primer momento y que la prisión provisional inicialmente acordada no era, por tanto, imprescindible para asegurar su sujeción al proceso.

aporta hechos nuevos junto con el recurso, aunque los argumentos jurídicos ya estuvieran correctamente planteados desde el principio. El recurso puede corregir esta inaplicación, pero cuando corrige, no lo hace con la inmediatez que la gravedad de la medida debería exigir.

2.4. Por qué "sin arraigo en España" no equivale a "sin arraigo"

El concepto de arraigo, en su configuración doctrinal y legal, es una noción eminentemente relacional: indica la intensidad de los vínculos que ligan a una persona con el entorno en que vive y que hacen razonablemente previsible que no lo abandone para eludir la acción de la justicia. No es, en su esencia, un concepto territorial, sino de densidad de vínculos personales —familiares, profesionales, económicos, sociales— que puede tener expresión en cualquier lugar donde esos vínculos existan.

La práctica de la Audiencia Nacional ha operado, sin embargo, una reducción implícita de este concepto que lo ha convertido, de hecho, en arraigo territorial español.

Cuando un auto afirma que el investigado "*carece de arraigo en España*", lo que realmente constata es que no tiene residencia habitual, familia estable, trabajo conocido ni patrimonio significativo en territorio español —lo que puede ser perfectamente cierto—. Pero extraer de ello que el investigado carece de arraigo en sentido absoluto presupone, sin examen, que el único arraigo procesalmente relevante es el arraigo en el Estado del foro.

Esta presunción es jurídicamente errónea, porque el artículo 503.1.3.º LECrim, al enumerar los factores de valoración del riesgo de fuga[12], no circunscribe la situación familiar, laboral y económica a la que se tenga en España: habla de la situación personal del investigado, sin restricción territorial. Y es empíricamente infundada, porque el investigado con familia estable, residencia conocida, patrimonio localizado e identidad profesional reconocida en su país de origen tiene, en ese país, un arraigo cuya consistencia puede ser equiparable —o superior— al que tendría en España un residente nacional con vínculos moderados. La diferencia no es de densidad de los vínculos, sino de su localización geográfica.

12. El artículo reza: "Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley".

El salto lógico que la práctica judicial realiza —de "*carece de arraigo en España*" a "existe riesgo de fuga"— solo puede sostenerse si se asume que el investigado estará en mejor posición para eludir la jurisdicción española desde el extranjero que desde el propio territorio nacional. Esta asunción puede ser cierta en algunos casos, pero no puede operar como presunción general: quien tiene todo lo que le importa en su país de origen —familia, casa, negocio, reputación— tiene, precisamente por ello, mucho que perder si se convierte en prófugo. El argumento decisivo, que se desarrolla en el apartado VI, es que, si ese arraigo puede verificarse, documentarse y utilizarse como base para articular medidas de supervisión que garanticen la presencia del investigado en el proceso, entonces su ausencia en España no es un obstáculo insalvable para la libertad provisional, sino un dato de partida que debe conducir a examinar qué mecanismos de aseguramiento transnacional están disponibles.

3. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La utilización de la condición de extranjero —directa o indirectamente, a través de la ausencia de arraigo en España— como criterio de valoración del riesgo de fuga puede plantear un problema constitucional que, al criterio de esta autora, la doctrina española no ha abordado con la profundidad que merece.

El artículo 14 CE proclama que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La cláusula de cierre ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional como una lista abierta que incluye categorías no expresamente enunciadas cuando su utilización como criterio de diferenciación carece de justificación objetiva y razonable y produce consecuencias desproporcionadas; la nacionalidad, como reconoce la doctrina constitucional comparada y la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 14 del Convenio, es una categoría que exige un nivel elevado de justificación cuando se utiliza como fundamento de un trato diferenciado.

El problema constitucional, en este caso, no reside en que la condición de extranjero sea un dato irrelevante en el contexto cautelar —puede serlo, en la medida en que informa sobre la localización geográfica de los vínculos personales del investigado—. Reside en que opere como categoría de riesgo cuasiautomática, de modo que la mera condición de extranjero —o, más precisamente, la ausencia de arraigo en España que estructuralmente se le asocia— produzca un resultado desfavorable respecto del investigado nacional

en circunstancias materialmente análogas: misma gravedad de los cargos, misma situación patrimonial, mismo grado de cooperación con la investigación, pero situación personal diversa.

Cuando un investigado español es puesto en libertad provisional con las cautelas del artículo 528 LECrim y siguientes porque tiene familia y residencia en España, y a un investigado extranjero en idéntica situación de hecho —pero con familia y residencia en otro Estado miembro de la Unión Europea— se acuerda su ingreso en prisión provisional porque "carece de arraigo en España", la diferencia de trato no descansa en ningún dato que indique distinta intensidad real del riesgo de fuga: descansa exclusivamente en la localización geográfica de los vínculos del investigado, que a su vez deriva directamente de su condición de extranjero.

Esto, aunque coherente bajo la lógica de mitigar los riesgos de entorpecer la acción de la Justicia, es, potencialmente, discriminación por razón de la nacionalidad. El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 13 CE permite al legislador establecer diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de determinados derechos, pero que esas diferencias deben estar justificadas y ser proporcionadas (STC 236/2007); en el ámbito de los derechos vinculados a la dignidad humana —entre los que el derecho a la libertad personal ocupa un lugar central—, las posibilidades de diferenciación son marcadamente más restringidas.

Para el conjunto de investigados que ostentan la condición de ciudadanos de la Unión Europea, la problemática se enriquece con una dimensión adicional. El artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado de manera consistente que ese principio se proyecta sobre todos los ámbitos en que los ciudadanos de la Unión ejercen sus derechos de libre circulación y residencia del artículo 21 TFUE. Un ciudadano de la Unión que reside en su Estado de origen y es investigado en España por actividades transfronterizas está ejerciendo precisamente esos derechos. No puede olvidarse que, de acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se trata de un espacio común de libertad, seguridad y justicia.

La utilización de su residencia en otro Estado miembro como criterio que incrementa el riesgo de fuga y justifica una medida cautelar más gravosa que la que se impondría a un residente en España constituye una restricción indirecta del derecho de libre circulación que solo puede justificarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, estrictamente interpretadas y con respeto al principio de proporcionalidad (art. 27 Directiva 2004/38/CE). La sistematicidad con que la Audiencia Nacional aplica el criterio de la ausencia de arraigo sin someterse a ese test sugiere que la práctica actual no satisface las

exigencias del derecho de la Unión.

Un indicio adicional de este automatismo aparece en un argumento que se repite en la práctica: el haber tenido que emitir una Orden Europea de Detención y Entrega para localizar o traer al investigado se invoca como prueba de su intención de eludir la justicia. Pero la OEDE es, precisamente, el cauce ordinario y legítimo para asegurar la comparecencia de quien reside en otro Estado miembro; su emisión no acredita, por sí sola, una conducta evasiva, y tratarla como tal penaliza el ejercicio de un mecanismo que el propio sistema de cooperación europea pone a disposición de la autoridad judicial para supuestos como este. Los investigados tienen derecho a ejercer su defensa, y la oposición a la entrega forma parte de él.

La conclusión que se impone es la necesidad de redefinir el concepto de arraigo de modo que incorpore explícitamente la dimensión transnacional: el arraigo procesalmente relevante no es el arraigo en el Estado del foro, sino el que, con independencia de su localización geográfica, resulta suficientemente denso para hacer razonablemente improbable la fuga.

4. LA DURACIÓN DE LA MEDIDA COMO PENA ANTICIPADA

Las macrocausas por delitos económicos transnacionales presentan un rasgo estructural que transforma cualitativamente la naturaleza de la prisión provisional: su duración. A diferencia de los procesos ordinarios, en los que la instrucción suele agotarse en cuestión de meses, las macrocausas ante la Audiencia Nacional se caracterizan por duraciones que se extienden habitualmente entre cinco y diez años[13] desde la apertura de las diligencias hasta la sentencia de primera instancia —consecuencia de la complejidad de los hechos, del volumen de las actuaciones, del número de investigados y de la dimensión transnacional de la instrucción, no de deficiencias organizativas puntuales—.

Esta realidad repercute directamente sobre la medida cautelar. Los plazos máximos del artículo 504 LECrim impiden formalmente que la prisión provisional se prolongue sin límite; pero la práctica revela que las prórrogas se acuerdan con una facilidad y una estandarización de la motivación que contradicen la

13. https://www.larazon.es/espana/las-macrocausas-se-alargan-cinco-anos-en-los-tribunales-BL7805102

excepcionalidad que deberían exigir, reproduciendo con variaciones menores el razonamiento inicial sin la revisión individualizada que la prolongación de la privación de libertad requiere.

La proporcionalidad, como principio rector, no opera únicamente en el momento de adopción de la medida: se proyecta sobre toda su duración y se intensifica conforme transcurre el tiempo. El TEDH ha articulado esta idea mediante el concepto de "razones pertinentes y suficientes" para la continuación de la privación de libertad: a mayor duración, más exigente es el estándar de motivación que el Estado debe satisfacer. En Muller c. Francia declaró que el transcurso del tiempo sin avance apreciable del procedimiento refuerza la obligación del Estado de justificar la continuación de la privación de libertad, y que la mera reiteración de los motivos iniciales no satisface esa obligación.

Esta última idea señala, de hecho, una paradoja. Para denegar la puesta en libertad, la respuesta habitual es que no han variado las circunstancias que en su día justificaron la medida. Pero esa misma inactividad —diligencias que no se practican durante meses o años— es a menudo la razón por la que la defensa no puede acreditar un cambio sustancial en los indicios: no hay nada nuevo que alegar porque no ha habido nada nuevo que investigar. El argumento se vuelve así contra quien pretende beneficiarse de él, y opera exactamente al revés de lo que exige el TEDH: cuanto más tiempo pasa sin avance del procedimiento, mayor debería ser la justificación exigida al órgano judicial para mantener la privación de libertad, no menor.

La proyección de estos principios sobre las macrocausas es compleja: si la instrucción se prolonga cinco o más años y el investigado ha permanecido privado de libertad durante la mayor parte de ese tiempo, la medida habrá cumplido, antes de cualquier condena, una función punitiva cuya magnitud puede superar en la práctica a la de la pena que finalmente se imponga. Esta transformación material de la cautelar en pena anticipada no exige que los plazos del artículo 504 se superen formalmente: se produce dentro de los límites legales, cuando la privación de libertad se extiende en condiciones que materialmente equivalen a la ejecución de una pena. El Tribunal Constitucional ha reputado contraria a la presunción de inocencia la utilización de la prisión provisional con finalidades punitivas, aun cuando ello se produzca de facto y no de iure (STC 41/1982); y eso es precisamente lo que aquí se describe: no una decisión deliberada de convertir la cautelar en pena, sino el resultado estructural de aplicar la medida más gravosa a procedimientos cuya duración la torna inevitablemente punitiva.

5. CUÁNDO SÍ PUEDE ESTAR JUSTIFICADA LA PRISIÓN PROVISIONAL

El rigor del análisis crítico precedente exige no eludir el reconocimiento de los supuestos en que la prisión provisional del investigado extranjero está justificada.

El hilo común a todos ellos es el mismo principio que vertebra la crítica de los apartados anteriores: la decisión debe descansar en datos concretos y verificados del caso, no en presunciones asociadas a la condición de extranjero o a la gravedad abstracta de los cargos. Son, en definitiva, los supuestos en que el riesgo de fuga cumple realmente la función legítima descrita en el apartado II: garantizar que el proceso —y con él, la tutela judicial de quien lo ha promovido— pueda llegar a su fin.

1. Estructuras societarias opacas y planificación de la impunidad

Cuando la organización delictiva ha sido diseñada desde su concepción para facilitar la impunidad de sus miembros, incluida la evasión de la justicia, el riesgo de fuga tiene una base concreta. Las redes de sociedades instrumentales en jurisdicciones de baja transparencia, con titulares fiduciarios y beneficiarios económicos ocultos, no son solo un mecanismo para cometer los delitos investigados: son, en muchos casos, una infraestructura de fuga activable en cualquier momento.

Cuando la investigación acredita que el investigado controla esas estructuras y dispone de medios para activarlas, el razonamiento cautelar no parte de la condición de extranjero como presunción, sino de una infraestructura verificada de evasión, y esa diferencia debe explicitarse en la motivación del auto: no basta con constatar la existencia de sociedades en el extranjero, es necesario acreditar que el investigado conserva capacidad efectiva de disposición sobre ellas.

2. Uso de jurisdicciones de baja cooperación

Aquí se materializa la excepción ya anticipada en el capítulo II: cuando el investigado puede trasladar sus recursos a una jurisdicción desde la que la extradición a España sea imposible o de extrema dificultad —países sin tratado de extradición vigente, en los que el principio de reciprocidad no opera de forma efectiva, o de los que existen precedentes de incumplimiento de solicitudes de cooperación con la justicia española—, y existen indicios de que ha iniciado esa transferencia patrimonial, la medida más gravosa puede estar justificada aunque sus circunstancias personales sean, en lo demás, equiparables a las de quien no

opera en ese entorno.

El factor relevante no es la mera existencia de vínculos con tales jurisdicciones, sino la acreditación de que el investigado está en condiciones de activarlos y de que hay indicios concretos de que lo intentará; la mera titularidad de cuentas o sociedades en un territorio de baja cooperación, sin actos de transferencia o de ocultación ya iniciados, no basta por sí sola para sostener esta excepción.

3. Dobles nacionalidades utilizadas estratégicamente

La doble o múltiple nacionalidad no es, en sí misma, indicio de riesgo de fuga: es una realidad jurídica cada vez más común entre investigados en macrocausas transnacionales. Pero cuando la investigación acredita que el investigado adquirió o utilizó una segunda nacionalidad precisamente para situarse fuera del alcance de la extradición, instrumentalizando la regla de no entrega de nacionales que algunos Estados mantienen, deja de ser un dato neutro y se convierte en factor de riesgo genuino. La distinción entre la doble nacionalidad como realidad biográfica y como instrumento estratégico de impunidad es delicada y la carga de acreditar el segundo supuesto recae siempre sobre quien solicita la privación de libertad.

4. Riesgo de destrucción de fuentes de prueba

La modalidad de periculum probatorio del artículo 503.1.3.º.b) LECrim puede justificar la prisión provisional cuando existen indicios concretos de que el investigado está en posición de destruir, alterar u ocultar elementos probatorios aún no incorporados al proceso —riesgo que en macrocausas económicas, con soportes a menudo digitales y accesibles desde cualquier lugar, puede ser real y urgente en la fase inicial—.

Su naturaleza es, sin embargo, intrínsecamente temporal: una vez practicadas las entradas y registros, las interceptaciones y la incautación de soportes, la justificación probatoria se debilita sustancialmente, y su mantenimiento posterior exige acreditar la persistencia de fuentes vulnerables que el investigado todavía pueda contaminar, algo cada vez más difícil de sostener en macrocausas avanzadas.

5. Falta absoluta de cooperación y conducta activamente evasiva

El supuesto más claro es el del investigado que ha intentado activamente eludir la investigación —ocultando su paradero, dificultando la notificación de las actuaciones, transfiriendo bienes para frustrar medidas cautelares patrimoniales, instruyendo a terceros para obstaculizar la investigación o incumpliendo sistemáticamente obligaciones cautelares previas—. Aquí la

prisión provisional no se funda en una presunción derivada de la extranjería, sino en un comportamiento procesal documentado, que es la evidencia más sólida posible del riesgo que la medida trata de conjurar.

La conducta procesal del investigado es, de hecho, el factor más relevante para valorar el riesgo de fuga y, a la vez, el más frecuentemente ignorado en los autos de la Audiencia Nacional: tratar con el mismo patrón argumentativo a quien ha comparecido voluntariamente y colaborado, y a quien ha actuado de forma sistemáticamente evasiva, supone una quiebra del principio de individualización que constituye el núcleo de la vulneración que este trabajo denuncia.

Los cinco supuestos comparten un mismo denominador: la prisión provisional se sostiene en datos verificados del caso concreto, no en la condición de extranjero como tal. Cuando ninguno de ellos concurre, la pregunta que la Audiencia Nacional debería hacerse —y que rara vez se hace— es qué instrumento, distinto de la privación de libertad, permite igualmente asegurar la presencia del investigado en el proceso. A esos instrumentos se dedica el apartado siguiente.

6. INSTRUMENTOS PARA LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PAÍS DE RESIDENCIA

Este apartado constituye el núcleo propositivo del trabajo. El derecho español y el derecho de la Unión Europea disponen ya de instrumentos jurídicos suficientes para articular modelos de aseguramiento procesal del investigado extranjero compatibles con su libertad; su infrautilización no obedece a imposibilidades jurídicas, sino a inercias institucionales que se examinan en el apartado VII.

6.1. La Orden Europea de Vigilancia (Decisión Marco 2009/829/JAI)

La Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación entre Estados miembros del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como alternativa a la prisión provisional, es el instrumento más relevante —y más desconocido en la práctica española— del sistema europeo de garantía cautelar transnacional. Su fundamento es explícito: el considerando 4 reconoce el riesgo de que los ciudadanos de la Unión no residentes en el Estado en que son sospechosos sean

sometidos a prisión provisional mientras que, en circunstancias similares, los residentes no lo serían; y el considerando 5 añade que la situación de los no residentes respecto de las medidas alternativas difiere con frecuencia de la de los residentes. La Decisión Marco nació, por tanto, con conciencia expresa del problema que este trabajo analiza.

El instrumento opera sobre el principio de reconocimiento mutuo: el órgano judicial español puede imponer al investigado residente en otro Estado miembro una o varias medidas de vigilancia del artículo 8 —obligación de comunicar cambios de residencia, restricciones de salida del Estado de ejecución, obligación de presentarse ante una autoridad en momentos determinados, entre otras— y transmitir la resolución a las autoridades competentes de ese Estado, que asumen la supervisión y deben informar de cualquier incumplimiento. La resolución se transmite sin intermediación diplomática, a través de la Red Judicial Europea, y el Estado de ejecución dispone de veinte días hábiles para resolver sobre el reconocimiento; los motivos de denegación son tasados y de interpretación estricta, y para los delitos de blanqueo de capitales, organización criminal y estafa aquí analizados —incluidos en la lista del artículo 14 que habilita el reconocimiento sin verificación de doble incriminación— resultan excepcionales.

La Decisión Marco fue transpuesta mediante los artículos 109 a 121 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. El régimen exige que el investigado tenga su residencia habitual en el Estado de ejecución y preste su consentimiento a regresar a él una vez informado de las medidas de vigilancia —requisito que, lejos de ser un obstáculo, es una ventaja defensiva, pues el investigado que prefiere la supervisión en su país a la prisión provisional en España tendrá interés obvio en prestarlo—.

El potencial práctico es inmenso. Piénsese en el escenario típico: un ciudadano alemán, holandés o húngaro, investigado por blanqueo de capitales, con residencia habitual, familia estable y patrimonio localizado en su país de origen, sin arraigo en España y sometido a riesgo de prisión provisional por esa misma razón. La aplicación de la Decisión Marco transformaría el escenario: el investigado regresa a su país, las autoridades de ese Estado supervisan sus comparecencias periódicas y su no salida del territorio, y la Audiencia Nacional es informada de cualquier incumplimiento.

El resultado es materialmente equivalente, en términos de aseguramiento del proceso, al que se obtendría con la prisión provisional, sin necesidad de privar de libertad. La paradoja es que este instrumento, diseñado expresamente

para este problema, está infrautilizado en la práctica de la Audiencia Nacional[14]. La herramienta existe, está vigente, ha sido transpuesta y es jurídicamente aplicable; y, sin embargo, no se aplica tanto como podría. Su significación jurídica para la defensa es directa: la resolución que acuerda la prisión provisional sin haber considerado siquiera este instrumento carece de la motivación sobre la insuficiencia de las alternativas que el artículo 502.2 LECrim exige.

6.2. Medidas cautelares personales no privativas de libertad

Antes de llegar a la prisión provisional, bajo los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, el ordenamiento ofrece un catálogo de medidas no privativas de libertad —artículos 528 a 544 LECrim, complementado por el artículo 544 bis— cuya aplicación es obligatoria cuando son suficientes para satisfacer los fines cautelares: elegir la prisión provisional cuando serían adecuadas no es una opción discrecional del juez, sino una infracción del mandato de subsidiariedad.

La comparecencia periódica es la medida de uso más extendido en el derecho comparado europeo y, a la vez, la que con mayor frecuencia se descarta sin análisis ante la Audiencia Nacional, con el argumento de que sería de difícil cumplimiento para quien reside en el extranjero —argumento que pasa por alto que puede articularse, al amparo de la Decisión Marco, ante las autoridades del Estado de residencia, eliminando el problema de la distancia—. Incluso al margen de la Decisión Marco, el propio ordenamiento español ofrece un cauce más sencillo para atenuar ese mismo problema: la comparecencia apud acta, que permite cumplir la obligación de presentación periódica ante una autoridad distinta del órgano instructor —el consulado español correspondiente o el juzgado más próximo a su domicilio, en el caso de un investigado residente fuera de España—, sin necesidad de desplazarse hasta Madrid.

La retirada del pasaporte, unida a la inscripción en los sistemas de alerta Schengen, es especialmente eficaz cuando el investigado es nacional de un Estado miembro, hace prácticamente imposible viajar con documentación válida dentro del espacio comunitario. El control telemático, cuya aplicación en España ha avanzado sobre todo en violencia doméstica, permite verificación continua de la presencia del investigado en su lugar de residencia; su implementación transfronteriza requiere acuerdos técnicos de desarrollo todavía incipiente.

14. Fiscalía General del Estado, Memoria 2022 (datos de 2021), Capítulo III, apartado 7.2, Cooperación Penal Internacional (disponible en fiscal.es). En el mismo sentido, sobre las causas del escaso nivel de aplicación de la figura, C. Arangüena Fanego, "La orden europea de vigilancia y las razones de su escaso nivel de aplicación".

6.3. La caución económica en delitos patrimoniales complejos

La caución o fianza —artículos 529 a 544 LECrim— ocupa en el sistema procesal español una posición que no se corresponde con su potencial en delitos económicos de gran cuantía. En los países del common law, el bail funciona sobre una lógica económica similar y constituye el mecanismo de aseguramiento por excelencia: el investigado permanece en libertad a condición de depositar o garantizar una suma suficientemente elevada para que la perspectiva de su pérdida haga más costosa la fuga que el sometimiento al proceso. Si al finalizar el procedimiento ha cumplido con sus obligaciones, le será devuelto.

El artículo 531 LECrim exige que su cuantía sea proporcional a la situación económica del investigado y a la gravedad de los hechos, de modo que resulte disuasoria sin ser confiscatoria; el Tribunal Constitucional ha señalado que una fianza que excede la capacidad económica real equivale a una denegación encubierta de la libertad provisional (STC 14/1996).

En delitos económicos de gran cuantía, con patrimonio distribuido en varias jurisdicciones, la solución es articular el aseguramiento de manera escalonada: los embargos preventivos ya practicados pueden servir de base para cuantificar una fianza sobre los activos no embargados, vinculando la medida cautelar a la cuantía del perjuicio investigado —lo que produce un efecto de proporcionalidad material que la prisión provisional es incapaz de generar, y mantiene además los activos disponibles para la eventual responsabilidad civil—. Quien ha depositado o garantizado una suma significativa tiene, adicionalmente, un interés directo en que el procedimiento avance y concluya, lo que genera un incentivo de colaboración que la mera custodia física de la prisión provisional no produce.

6.4. Cooperación judicial

Más allá de la Decisión Marco, que opera dentro del espacio de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y su Protocolo Adicional de 1978 ofrecen un marco de cooperación aplicable cuando el investigado es nacional de un tercer Estado; aunque diseñado principalmente para la obtención de prueba, su aplicación al ámbito cautelar —mediante la solicitud de supervisión de medidas de vigilancia— no es jurídicamente descartable, si bien su uso en esa dirección es prácticamente inexistente en la práctica española. Los convenios bilaterales de asistencia judicial y extradición pueden ofrecer bases adicionales, con contenido variable según el Estado parte.

La eficacia real de la supervisión depende del Estado de residencia, y aquí entran en juego varios factores que conviene valorar caso por caso: si existe

tratado de extradición vigente con España, si en la práctica se ha aplicado con normalidad o solo de forma esporádica —el precedente importa tanto como la norma escrita—, si rige entre ambos países un principio de reciprocidad efectivo, y si el Estado en cuestión extradita a sus propios nacionales o mantiene, como buena parte de los sistemas de tradición continental distintos del europeo, una cláusula de no entrega.

Con esos elementos en mano, la valoración se simplifica: para los Estados miembros de la Unión, vinculados por el reconocimiento mutuo, la eficacia es jurídicamente plena, pues el incumplimiento debe notificarse al Estado emisor, que puede emitir una orden de detención europea; para Estados extracomunitarios de cooperación sólida — Suiza, Noruega, o el Reino Unido tras el Brexit— puede ser igualmente eficaz aunque más lenta; y para Estados de baja cooperación, sin tratado aplicable o con antecedentes de incumplimiento, la viabilidad es más limitada, supuesto en que la prisión provisional puede estar objetivamente justificada.

7. POR QUÉ ESTAS HERRAMIENTAS APENAS SE UTILIZAN

La infrautilización de la Orden Europea de Vigilancia no es una impresión subjetiva, sino una constatación oficial. En 2021, España fue evaluada por el Consejo de la Unión Europea, en el marco de la novena ronda de evaluaciones mutuas, sobre su aplicación de la Decisión Marco 2009/829/JAI; los evaluadores concluyeron que la Orden Europea de Vigilancia y la libertad vigilada prácticamente no se aplican en España, e identificaron como causa principal el desconocimiento de la figura, señaladamente entre los abogados. El dato es, además, difícil de cuantificar por una razón que resulta en sí misma elocuente: a diferencia de la orden europea de detención y entrega o de la orden europea de investigación —para las que las memorias de la Fiscalía General del Estado ofrecen cifras concretas—, la Orden Europea de Vigilancia carece de partida propia en el sistema de registro de cooperación internacional, por lo que ni siquiera se contabiliza como categoría estadística autónoma.

No obstante, el factor explicativo más determinante es, a juicio de la autora, la inercia institucional. Economía procesal y falta de recursos para poder entrar, en detalle, a cada particularidad, cada detalle, de cada investigado. Este extremo, aunque comprensible, no puede —o al menos, no debería— repercutir en los derechos procesales de los investigados.

A esa inercia se suman dos obstáculos más. Por un lado, la desconfianza —a menudo implícita— hacia la eficacia de los sistemas judiciales de otros Estados para supervisar las medidas impuestas por las autoridades españolas: tiene una dimensión técnica (si las autoridades del Estado de ejecución supervisarán con la misma diligencia esperable de las españolas) y una dimensión política, consistente en la renuencia a "delegar" en autoridades extranjeras la supervisión de investigados en procedimientos de alta trascendencia; generalizar esa desconfianza a todos los sistemas por igual distorsiona el principio de reconocimiento mutuo que la propia Decisión Marco pretende garantizar.

Por otro, los déficits de formación y de recursos: la aplicación correcta de la Decisión Marco exige un conocimiento técnico específico que no forma parte del bagaje formativo estándar, y la complejidad procedimental —formularios normalizados, identificación de la autoridad competente, plazos de reconocimiento, sistema de notificación de incumplimientos— constituye una barrera de entrada que muchos jueces prefieren eludir optando por la solución más sencilla, sobre todo en juzgados sobrecargados donde la tramitación adicional opera como incentivo perverso contra la aplicación de la ley que garantiza el derecho a la libertad.

El factor más profundo, y el más difícil de corregir mediante reformas puntuales, es la cultura cautelar expansiva: la tendencia del sistema procesal penal español a privilegiar la seguridad del aseguramiento sobre la libertad del investigado, con la consecuencia de que la prisión provisional tiende a verse no como la medida más gravosa que solo cabe adoptar como último recurso, sino como la más segura siempre que concurran los presupuestos legales. Esta cultura se retroalimenta: el proceso de formación de los magistrados no genera los anticuerpos necesarios contra el automatismo cautelar; la acusación tiene incentivos estructurales para solicitar la medida más gravosa, porque maximiza la presión sobre el investigado; y el sistema de recursos, que revisa las decisiones cautelares con plazos y garantías insuficientes para una situación de privación de libertad activa, no genera la presión correctiva que contrarrestaría esos efectos.

Estos cuatro factores no son insalvables, pero tampoco se corrigen solos: mientras la reforma legal o el cambio de cultura judicial no llegan, la carga de activar estos instrumentos recae, en la práctica, sobre la defensa. A eso se dedica el apartado siguiente.

8. GUÍA PRÁCTICA PARA EL ABOGADO DEFENSOR

El conocimiento de los instrumentos disponibles y de sus fundamentos es condición necesaria, pero no suficiente, para una defensa eficaz. Este apartado traduce ese conocimiento en pautas concretas de actuación en las distintas fases del procedimiento cautelar, desde la preparación previa a la comparecencia hasta la eventual vía europea.

Elaborado a partir de la limitada experiencia de la autora, está pensado, sobre todo, para el abogado joven que se enfrenta por primera vez a este tipo de procedimientos.

8.1. Antes de la comparecencia: construir el expediente de arraigo transnacional

La brevedad del trámite del artículo 505 LECrim hace que la defensa que llega a la comparecencia sin un expediente documental preparado parta en desventaja estructural frente a una argumentación acusatoria que solo necesita invocar la gravedad de los hechos y la nacionalidad del investigado. La clave está en adelantarse: desde el primer contacto con el cliente —o, si el cliente está detenido o en paradero desconocido, desde el primer contacto con su familia— hay que empezar a solicitar esta documentación, sin esperar a que la detención sea inminente. Siempre que exista indicio de que la detención es previsible, conviene anticipar la recopilación de la siguiente documentación:

- Contrato laboral o de actividad económica —u ofertas de trabajo, si aún no ha comenzado a ejercerlo—.
- Empadronamiento o certificado de residencia.
- Cargas familiares en el país de residencia (contexto familiar y personas a su cargo).
- Titularidad de vivienda o de otros bienes localizados y su valoración aproximada, así como constancia de cualquier embargo preventivo ya practicado sobre ellos.
- Hipotecas, préstamos o cualquier pago periódico que vincule a la persona a su permanencia en el territorio donde debe enfrentar estos pagos.
- Estado de salud del investigado: informes médicos, tratamientos farmacológicos en curso y cualquier dolencia física o psicológica relevante, en especial si requiere seguimiento continuado o asistencia especializada disponible en su país de residencia.

- Historial de comparecencias previas ante autoridades españolas o extranjeras y de colaboración con requerimientos de información, si los ha habido, pues acredita colaboración.
- Certificado de ausencia de antecedentes penales y, si es posible, informe sobre la inexistencia de procedimientos de extradición o de órdenes de detención previas.
- Determinación de la nacionalidad y del Estado de residencia habitual del investigado, identificación plena, presupuesto para valorar la aplicabilidad de la Decisión Marco 2009/829/JAI y del régimen de la Ley 23/2014.
- Informe patrimonial que permita ofrecer una caución adecuada a la capacidad económica real, evitando tanto la insuficiencia disuasoria como el efecto confiscatorio que censura la STC 14/1996.

Y, en general, cualquier otra documentación que acredite una vida arraigada en el país de residencia —relaciones personales estables, compromisos que no podría abandonar sin coste, proyectos en curso—y que, por tanto, dificulte objetivamente la fuga. Todos ellos siempre debidamente traducidos y, en su caso, apostillados.

8.2. Durante la vista: discutir los indicios sin entrar al fondo del asunto

La comparecencia del artículo 505 LECrim no es el momento de defender la inocencia del investigado, y conviene resistir la tentación de intentarlo. Es una fase todavía muy incipiente del procedimiento: la defensa rara vez conoce en ese momento la totalidad de las diligencias ya practicadas, y menos aún las que están por practicarse. Construir y presentar ante el juez una versión alternativa y detallada de los hechos comporta, por tanto, un riesgo real —comprometerse con un relato fáctico preciso cuando la instrucción apenas ha comenzado puede verse contradicho más adelante por elementos de prueba que hoy se desconocen, con el consiguiente coste de credibilidad en fases posteriores del proceso, donde el testimonio que se ha mantenido constante en el tiempo goza de mayor valor persuasivo que uno que ha tenido que corregirse o matizarse.

Esto no equivale a callar sobre el fondo del asunto. El objeto legítimo de la comparecencia es discutir si concurren los "motivos bastantes" del artículo 503.1.2.º LECrim, esto es, si los indicios recabados hasta ese momento alcanzan el umbral que la ley exige para sostener razonablemente la imputación —no si el investigado es o no culpable de los hechos—. Puede y debe cuestionarse la solidez, la procedencia o la interpretación de esos indicios sin necesidad de sustituirlos por un relato propio y cerrado de lo ocurrido. La estrategia recomendable es, en definitiva, de ponderación: aportar la narrativa personal y contextual que sostiene la posición cautelar de la defensa —arraigo,

circunstancias familiares y patrimoniales—, evitando al mismo tiempo comprometerse con afirmaciones sobre el fondo que la propia evolución de la instrucción pueda desmentir más adelante.

8.3. En recursos y en la revisión periódica de la medida

La prisión provisional no se agota en el auto inicial: se prolonga mediante prórrogas y admite recurso de reforma y de apelación. Cada uno de esos momentos es una oportunidad para exigir la motivación individualizada que la resolución de origen, con frecuencia, no ofreció:

- Exigir en cada prórroga que la resolución acredite variación o persistencia real de las circunstancias que justificaron la medida, y no una reiteración formularia del razonamiento inicial.
- A partir del año de privación de libertad, incorporar el argumento de la transformación de la cautelar en pena anticipada, apoyado en la duración media de las macrocausas y en la doctrina del TEDH sobre razones pertinentes y suficientes.
- Revisar en cada fase si las fuentes de prueba que en su día justificaron el periculum probatorio siguen sin estar aseguradas; su incautación efectiva —entradas y registros, intervención de soportes— debilita esa vía de justificación y debe hacerse constar expresamente en la solicitud de revisión.
- Solicitar, cuando proceda, la sustitución de la prisión provisional por el paquete de medidas alternativas inicialmente propuesto, presentándolo como una modificación de circunstancias por el mero transcurso del tiempo y la consolidación de la investigación.

La libertad puede solicitarse tantas veces como sea necesario; no hay un límite al número de peticiones. Pero repetir la misma solicitud sin variar el contenido está condenado al fracaso: si la primera petición no prosperó, insistir en idénticos términos solo invita a una denegación igual de automática.

Lo eficaz es que cada nueva solicitud aporte algo que la anterior no tenía —más documentación, una discusión más afinada de los indicios, un hecho sobrevenido— y que, además, convierta el propio paso del tiempo en argumento a favor de la libertad: cuanta más instrucción transcurre sin que aparezcan nuevos elementos de cargo, menos sostenible resulta la motivación original, y más se acerca la medida a la pena anticipada descrita en el apartado IV.

8.4. La vía europea: preparar una eventual demanda ante el TEDH

Cuando las vías internas se agotan sin que la privación de libertad ceda, la defensa debe valorar la viabilidad de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del artículo 5.3 del Convenio. Esa valoración exige una documentación sistemática desde el primer momento del procedimiento:

- Conservar copia de todos los autos que acuerdan o prorrogan la prisión provisional, subrayando en cada uno las omisiones de motivación sobre alternativas cautelares y sobre la evolución de las circunstancias.
- Registrar las fechas de cada hito procesal relevante — comparecencia inicial, prórrogas, recursos, resoluciones— para poder acreditar la falta de diligencia del procedimiento si esta se produce.
- Agotar los recursos internos disponibles —reforma, apelación, y en su caso amparo constitucional— antes de acudir al TEDH, dejando constancia expresa en cada uno de los motivos de vulneración convencional invocados, requisito de admisibilidad de la demanda.

8.5. Errores frecuentes a evitar

Por último, existe una serie de errores de enfoque o de práctica que conviene evitar para tratar de conseguir el mejor resultado posible para la situación provisional del cliente.

- Limitarse a negar la gravedad de los hechos o la pena aplicable, en lugar de centrar el debate en la insuficiencia de las alternativas cautelares, que es el terreno en que la argumentación de la Audiencia Nacional resulta más vulnerable.
- No aportar prueba documental del arraigo en el extranjero, dejando que el auto se apoye en la mera ausencia de arraigo en España sin contradicción efectiva.
- No solicitar expresamente la Orden Europea de Vigilancia, lo que priva a la defensa de un argumento sólido en apelación si el auto guarda silencio sobre ella.
- No plantear una narrativa de la situación personal convincente, ni saber emplear estratégicamente la doble nacionalidad, apostando siempre por la europea o, en su caso, por aquella que mayor colaboración mantenga con España.

- Aceptar sin cuestionamiento la motivación estandarizada de las prórrogas sin exigir un análisis actualizado de las circunstancias personales y procesales del investigado.
- Esperar a fases avanzadas del procedimiento para reunir la documentación de arraigo transnacional, cuando su eficacia persuasiva es máxima si se presenta ya en la comparecencia inicial.

CONCLUSIONES

El análisis de estas páginas, permite sintetizar el diagnóstico y resultados en las siguientes cinco ideas:

I. La prisión provisional en las macrocausas económicas ante la Audiencia Nacional presenta una tendencia a la normalización incompatible con su naturaleza excepcional: ha dejado de operar como último recurso para convertirse en la respuesta ordinaria frente al investigado extranjero.

II. La combinación de pena grave, extranjería y ausencia de arraigo nacional funciona en la práctica como una presunción cuasiautomática de riesgo de fuga que desplaza el análisis individualizado exigido por el artículo 503.1.3.º LECrim y la jurisprudencia del TEDH, produciendo una argumentación formalmente correcta pero materialmente vacía.

III. La duración estructural de las macrocausas —entre cinco y diez años— convierte con frecuencia la prisión provisional en una pena anticipada, incompatible con la presunción de inocencia, incluso dentro de los plazos legales del artículo 504 LECrim.

IV. El sistema europeo ya dispone de mecanismos suficientes —la Orden Europea de Vigilancia, las medidas del artículo 528 a 544 LECrim, la caución vinculada al embargo preventivo y los instrumentos de cooperación judicial— para garantizar la sujeción del investigado al proceso sin privarle de libertad; combinados, ofrecen una garantía de aseguramiento equiparable a la prisión provisional.

V. La infrautilización de esos mecanismos responde a inercias institucionales, desconfianza hacia los sistemas judiciales extranjeros, déficits de formación y una cultura cautelar expansiva, no a imposibilidades jurídicas: el obstáculo es de voluntad y de cultura institucional, no normativo.

El problema, en definitiva, no ha sido, la falta de herramientas. Ha sido la falta de voluntad para usarlas. El ordenamiento ya permite conciliar la eficacia del proceso con la libertad del investigado extranjero; lo que falta es que esa

conciliación deje de depender de la sensibilidad de cada juez. Por eso este trabajo termina con una propuesta concreta, que la situación familiar, laboral y económica del investigado se valore con independencia del país en que se localice, y que todo auto que acuerde prisión provisional frente a un residente en otro Estado miembro justifique, de forma expresa, por qué la Orden Europea de Vigilancia no basta en ese caso. Solo entonces la ley dejará de tratar como sospechoso al extranjero por serlo, y empezará a tratarlo como lo que es: un investigado más, con un domicilio distinto.

Anexo. Jurisprudencia citada

Se recogen a continuación, agrupadas por origen, las resoluciones citadas a lo largo del trabajo[15].

Tribunal Constitucional

STC 41/1982 — naturaleza excepcional de la prisión provisional; prisión provisional y presunción de inocencia (apartados I y IV).

STC 128/1995 — motivación individualizada; la gravedad del delito no puede ser fundamento exclusivo (apartados I y II).

STC 47/2000 — subsidiariedad y proporcionalidad (apartados I y II).

STC 29/2019 — revisión de los presupuestos en el tiempo (apartados I y II).

SSTC 29/2001, 179/2005 y 148/2024 — exigencia de motivación reforzada e individualizada de la prisión provisional (apartado I).

STC 8/2002 — la insuficiente consideración de alternativas menos gravosas y la garantía del artículo 17 CE (apartado I).

STC 236/2007 — límites a la diferenciación de trato entre nacionales y extranjeros, art. 13 CE (apartado III).

STC 14/1996 — la fianza desproporcionada equivale a denegación encubierta de la libertad provisional (apartados VI y VIII).

15. Este anexo no incluye referencia a los autos concretos de la Audiencia Nacional que han servido de base empírica a los apartados II.3 y II.4, en particular en lo relativo al patrón argumentativo sobre riesgo de fuga e investigado extranjero. Dicha omisión es deliberada: la protección de los datos de los clientes cuyos expedientes ha conocido la autora en su práctica profesional impide su cita nominal o mediante número de procedimiento, con independencia de que el secreto de las actuaciones —vigente en el momento en que se dictaron dichas resoluciones— haya sido posteriormente levantado. No obstante, el trabajo se nutre directamente de esa experiencia profesional, y las referencias anonimizadas correspondientes se recogen en nota al pie en los apartados II.3 y II.4.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Neumeister c. Austria (27 de junio de 1968) — ponderación conjunta de capacidad económica y vínculos personales (apartado II).

Stögmüller c. Austria (10 de noviembre de 1969) — apreciación razonable del riesgo de fuga (apartado II).

Ringeisen c. Austria (16 de julio de 1971) — la lentitud procesal no justifica prolongar la privación de libertad (apartado IV).

Letellier c. Francia (26 de junio de 1991) — el riesgo de fuga exige valoración de circunstancias personales, no solo de la pena (apartados II y IV).

W. c. Suiza (26 de enero de 1993) — la pena grave es un factor relevante pero no autónomo (apartado II).

Muller c. Francia (17 de marzo de 1997) — el transcurso del tiempo sin avance del procedimiento refuerza la obligación de motivar la continuación de la privación de libertad; la mera reiteración de los motivos iniciales no basta (apartado IV).

Kalashnikov c. Rusia (15 de julio de 2002) — insuficiencia de motivación en las prórrogas (apartados I y IV).

Panchenko c. Rusia (8 de febrero de 2005) — necesidad de circunstancias específicas, no genéricas (apartado II).

Ambruszkiewicz c. Polonia (4 de mayo de 2006) — la existencia de alternativas eficaces como presupuesto de legitimidad (apartado I).

Idalov c. Rusia, Gran Sala (22 de mayo de 2012) — la gravedad de la pena no puede sostener por sí sola la detención continuada (apartado II).

Derecho de la Unión Europea

Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009 — Orden Europea de Vigilancia (apartados II y VI).

Directiva 2004/38/CE, art. 27 — límites a la restricción del derecho de libre circulación (apartado III).

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 21 — prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (apartado III).

FUNDACIÓN
Mutualidad

fundacionmutualidad.org