FUNDACIÓN Mutualidad

MEMORIA

Premios EXCELENCIA

2023-2026

CÁTEDRA
FUNDACIÓN MUTUALIDAD

XI EDICIÓN

2023

TRABAJOS GALARDONADOS

Primer premio XI Edición, 2023 04

LA FINANCIACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA MEDIANTE EL THIRD-PARTY FUNDING Y SUS IMPLICACIONES EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA
Carmen María Serna Forriol

Segundo premio XI Edición, 2023 66

LOS CRITERIOS ORIENTATIVOS DE LOS COLEGIOS DE LA ABOGACÍA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA
Ana María Aido Vázquez

La financiación del acceso a la justicia mediante el Third Party Funding y sus implicaciones en el ejercicio profesional de la abogacía.

CARMEN MARÍA SERNA FORRIOL

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA

UNIVRESIDAD PONTIFICIA COMILLAS (ICADE)

Carmen María Serna Forriol

Doble grado en Derecho y Relaciones Internacionales bilingüe
Universidad Francisco de Vitoria

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía
Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Primer premio

XI Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2023

"La Abogacía no es una consagración académica, sino una concreción profesional. Quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los tribunales, será todo lo licenciado que quiera, pero abogado, no".

Libro *El Alma de la Toga*, Ángel Ossorio.

Resumen

¿Se encuentra íntegramente garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva en España? ¿Qué salvaguarda se brinda a aquellos justiciables solventes que no son garantes de la Asistencia Jurídica Gratuita por exceder los umbrales exigidos, pero que no pueden asumir litigios y arbitrajes internacionales de extraordinaria envergadura? El derecho a acceder a la justicia, amparado en el artículo 24 de la Carta Magna, entraña que la causa de cualquier persona debe ser oída en igualdad de condiciones, con independencia de los recursos económicos que ostente cada litigante.

Teniendo en consideración que la tutela judicial efectiva es uno de los derechos vertebradores del ordenamiento jurídico español, en el presente trabajo se pretende abordar la reciente tendencia de financiación de litigios y arbitrajes internacionales en España, conocida como *Third-Party Funding* ("TPF"). La finalidad medular se basa en analizar, con un enfoque crítico, las inminentes ventajas que aporta el TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, así como las posibles amenazas que esta fórmula de financiación presenta en relación con determinados principios rectores del ejercicio profesional de la abogacía y, finalmente, se aportarán las soluciones más pertinentes a las mismas.

Palabras clave: *Third-Party Funding*, TPF, fondo de financiación de pleitos, ejercicio de la abogacía, independencia, autonomía, secreto profesional, recíproca confianza, conflicto de intereses, derecho a la tutela judicial efectiva, arbitraje internacional.

Abstract

Is the right to effective judicial protection fully guaranteed in Spain? What safeguards are provided to solvent litigants who are not entitled to have Free Legal Aid due to exceeding the required thresholds, but are unable to afford substantial international litigation and arbitration cases? The right to access to justice, protected under Article 24 of the Constitution, implies that every person's case must be heard on equal terms, regardless of their financial resources.

Considering that effective judicial protection is one of the fundamental rights in the Spanish legal system, this paper aims to address the recent trend of financing litigation and international arbitration in Spain, known as *Third-Party Funding* ("TPF"). The primary objective is to critically analyze the imminent advantages that TPF brings to the legal profession, as well as the potential threats that this financing model poses to certain guiding principles of the legal profession. Ultimately, the most relevant solutions to these challenges will be proposed.

Keywords: *Third-Party Funding*, TPF, litigation funding, legal profession, independence, autonomy, professional secrecy, mutual trust, conflict of interests, right to effective judicial protection, international arbitration.

Listado de abreviaturas

ADR	Alternative Dispute Resolution (Sistema Alternativo de Disputas).
CC	Código Civil.
CCI	Corte Internacional de Arbitraje.
CE	Constitución Española.
CDAE	Código Deontológico de la Abogacía Española.
CEA	Club Español de Arbitraje.
CIAM	Centro Internacional de Arbitraje de Madrid.
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española.
IBA	International Bar Association.
LA	Ley de Arbitraje.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
NDA	Non-disclosure agreement.
TPF	Third-Party Funding (Tercero financiador).
VG	Verbigracia.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN **11**
2. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO **13**
3. THIRD-PARTY FUNDING: CONCEPTO Y REGULACIÓN **14**
3.1. Concepto del TPF 14
3.2. Regulación del TPF 14
3.3. La necesidad de regulación del TPF. ¿Cuál debería ser la tendencia a seguir por parte del legislador? 18
3.3.1. Sobre la regulación del deber de revelación 19
3.3.2. Sobre la regulación genérica del TPF 20
4. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DE LA LITIGACIÓN **22**
4.1. Implicaciones positivas 22
4.2. Implicaciones negativas 23
1. El secreto profesional del abogado 23
2. La autonomía e imparcialidad del abogado 24
3. La recíproca confianza entre abogado y cliente 25
4. El incremento de litigiosidad 26
5. Ausencia de un poder disciplinario con respecto al TPF 26
4.3. Mejoras a realizar 27
1. El secreto profesional del abogado 27
2. La autonomía e imparcialidad del abogado 27
3. La recíproca confianza entre abogado y cliente 29
4. Incremento de la litigiosidad 29
5. Ausencia de un poder disciplinario 30
5. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL **31**
5.1. Implicaciones positivas 32
5.2. Implicaciones negativas 33
1. La independencia e imparcialidad del árbitro 33
2. El secreto profesional del abogado 34
5.3. Mejoras a realizar 35
1. La independencia e imparcialidad del árbitro 35
2. Deber de secreto profesional del abogado 37
6. REFLEXIONES CRÍTICAS **39**
7. CONCLUSIONES **42**
BIBLIOGRAFÍA **46**
LEGISLACIÓN CITADA **48**
JURISPRUDENCIA CITADA **50**
ANEXOS **51**

1. Introducción

¿De qué serviría un sistema judicial en el que el doble factor riesgo-coste pesara más en la ecuación que el derecho que ostenta cada litigante a la tutela judicial efectiva, amparado en el artículo 24 de la Constitución Española[1]?

Para salvaguardar el derecho de acceso a la justicia, existen diversas fórmulas de financiación externa que tradicionalmente han tenido una amplia aceptación en España. Entre otras, encontramos la contratación de pólizas de seguros de defensa jurídica, la suscripción de préstamos, la Asistencia Jurídica Gratuita o el servicio Pro-Bono.

Sin embargo, en la actualidad, estos sistemas tradicionales de financiación ya no son las únicas alternativas que se presentan. Los países pertenecientes a jurisdicciones del *Common Law* fueron pioneros en implementar el *Third-Party Funding*. No obstante, esta fórmula de financiación ha irrumpido con fuerza en los últimos tiempos en jurisdicciones del *Civil law*. En concreto, en España, se ha experimentado una mayor utilización, a consecuencia de la crisis económica sufrida en 2008 y, sobre todo, a la postre de la crisis ocasionada por la pandemia del Covid-19.

Para aportar una visión pragmática de la inclusión del TPF en España, resulta relevante traer a colación el estudio realizado por el despacho de abogados internacional *White & Case* en 2018[2], el cual presentó una encuesta realizada a novecientos veintidós abogados especializados en arbitraje internacional, en la que se concluyó que el noventa y siente por ciento de los abogados conocía o había escuchado la fórmula de financiación mediante terceros o TPF en arbitrajes; mientras que en 2015[3] se realizó la misma encuesta a setecientos sesenta y tres abogados, y únicamente el cinco por ciento de los mismos se encontraba familiarizado con dicha figura. Ello pone de manifiesto el desarrollo e incremento en la utilización del TPF en España, así como la relevancia y notoriedad del tema elegido para la realización del presente trabajo.

---

1. Artículo 24.1 CE: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Artículo 24.2 CE: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."
2. White & Case LLP. (2018). "2018 International arbitration survey: The evolution of international arbitration". Extraído de:
http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/. Última consulta: 12 de abril de 2023.
3. White & Case LLP. (2015). "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". Extraído de: https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html. Última consulta: 12 de abril de 2023.

Por consiguiente, el TPF se presenta en España como una fórmula de financiación novedosa y cada vez más aceptada, que traslada el riesgo económico al tercero financiador, garantizando el acceso igualitario a la justicia a aquellos litigantes solventes que no pueden asumir costes excesivamente elevados en procedimientos judiciales o arbitrales, o que simplemente toman la decisión de acudir a financiación externa por otras razones de índole financiera y estratégica a nivel de negocio. Ello se expuso en el caso *Manuel García Armas y otros v. Venezuela*[4], en el que el tribunal manifestó que:

> *"El Tribunal es consciente de que la existencia de financiamiento por terceros no constituye per se prueba de la insolvencia de aquellos que recurren a dicho financiamiento. Ello porque, como remarcan los demandantes, los motivos por los cuales se recurre a financiamiento por terceros pueden ser muy variados, incluyendo simples decisiones comerciales, mayor distribución de riesgos, razones de flujo de caja y otro tipo de motivos que nada tienen que ver con la insolvencia. Pero, naturalmente, dentro de ese abanico de opciones la insolvencia o dificultades financieras son indudablemente algunos de los posibles (y frecuentes) motivos para acudir a financiamiento por terceros".*

Por ello, en este trabajo se llevará a cabo un análisis crítico del debate doctrinal que se plantea:

Por un lado, veremos que gran parte de la doctrina ha venido considerando que el TPF permite el acceso a la justicia a demandas con grandes posibilidades de éxito, a las que se les negaría un recurso legal por la incapacidad económica de los litigantes. Y, en cuanto a aquellos justiciables perfectamente solventes que únicamente acuden al TPF por motivos financieros o estratégicos de negocio, este sector de la doctrina esgrime que, a pesar de tener garantizado previamente el acceso a la justicia, la intervención del TPF aportaría una mayor calidad en el desarrollo del procedimiento judicial o arbitral, ya que, a mayores recursos, mejor defensa se podrá ofrecer.

En cambio, la parte opuesta de la doctrina considera que el TPF incentiva la litigiosidad y vulnera deberes tan fundamentales del ejercicio de la abogacía como la confidencialidad o la independencia del abogado, ya que incluso, defienden que se trata de una fórmula de financiación perniciosa que provoca la intromisión por parte del fondo de financiación de pleitos en el devenir del procedimiento. Se analizarán tales problemas, aportando posteriormente las soluciones más pertinentes a las mismas.

---

4. Corte Permanente de Arbitraje (2018). Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada, en el asunto Manuel García Armas y otros v. Venezuela. Caso CPA N.º 2016-08. Página 70, párrafo 243. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf. Última consulta: 7 de abril de 2023.

2. Justificación y objetivos del trabajo

La ausencia de trabajos académicos que analizan las implicaciones del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, ligado a lo novedosa que resulta su implementación en España, impulsan a seleccionar este tema para contribuir a la laguna existente. Para ello, se pretenderá recopilar las posibles ventajas y desventajas que surgen de la implementación del TPF sobre el ejercicio de la práctica de la abogacía, tanto en procesos judiciales como arbitrales, proponiendo las soluciones más pertinentes a estas últimas.

Desde una perspectiva analítica, este trabajo busca dar visibilidad a una realidad sumamente relevante en el ejercicio de la abogacía, dado que su implementación resulta todavía novedosa en jurisdicciones del *Civil law*. Su interés es inminente, en virtud del incremento que está experimentando la utilización del TPF tanto en procedimientos judiciales como arbitrales, a la postre de las crisis económicas y sanitarias que hemos experimentado en los últimos tiempos.

Asimismo, es conveniente indicar que la finalidad del trabajo no se basa en optar por la defensa a ultranza del TPF, ni por apoyar los argumentos que esgrimen sus detractores. El objetivo medular se centra en analizar ambas posiciones para poner sobre la mesa el hecho de que, hoy en día, la práctica de la financiación mediante terceros puede entrañar potenciales riesgos en la práctica de la abogacía, y por ello, puede ser necesario llevar a cabo un desarrollo normativo.

Para alcanzar tal objetivo, se analizarán las implicaciones del TPF sobre la práctica del ejercicio profesional de la abogacía desde un enfoque original y novedoso, abordando además, la evolución y aportación a otras disciplinas como el arbitraje internacional, mecanismo alternativo de resolución de conflictos que libera actualmente una alta carga de trabajo a los tribunales de justicia y cuya utilización se ha multiplicado en las últimas dos décadas.

A su vez, se analizará cuál debería ser la tendencia de regulación del TPF en el ámbito de la Unión Europea y España, para evitar los posibles conflictos de intereses y la litigiosidad abusiva producto de la oportunidad del litigio o la asignación de retribuciones pecuniarias desproporcionadas a los financiadores.

Finalmente, se abordarán las reflexiones críticas y las conclusiones extraídas del presente trabajo. Y, en los Anexos 1-4, se recopilarán entrevistas realizadas a grandes profesionales de la abogacía y el arbitraje internacional, para aportar un enfoque práctico y realista de las implicaciones del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía.

3. Third-Party Funding: concepto y regulación

3.1. Concepto del TPF

En palabras de Horodyski y Kierska[1], el *Third-Party Funding* es un método de financiación en el que un tercero sin interés directo en el proceso judicial o arbitral financia a una de las partes en su totalidad o parcialmente, por considerar que ostenta altas probabilidades de éxito.

Los costos financiados pueden incluir las tasas del procedimiento, los honorarios de representación legal, los peritajes o asesorías externas, así como cualquier otro coste derivado del procedimiento judicial o arbitral. Por lo tanto, el alcance financiado se pactará en el contrato de TPF[2].

Por consiguiente, en caso de que el procedimiento judicial o abritral finalice con una sentencia o un laudo estimatorio, el financiador recibirá una contraprestación; sin embargo, en caso contrario, se verá abocado a soportar la pérdida sin recibir una remuneración a cambio[3].

3.2. Regulación del TPF

En la introducción del presente trabajo se ha apuntado que la financiación de pleitos y arbitrajes internacionales cuenta con un mayor recorrido en las jurisdicciones del *Common law*, siendo de reciente implantación en jurisdicciones del *Civil law* como la española. No resulta casualidad que el origen de la figura del TPF nazca en el mercado anglosajón, donde los gastos del procedimiento pueden confeccionarse como inasumibles para el reclamante. Es por ello que los tribunales procedentes de países de tradición anglosajona ya se han pronunciado con respecto a algunos de los aspectos más conflictivos del TPF en relación con el ejercicio profesional de la abogacía.

---

1. HORODYSKI, D. y KIERSKA, M. (2017). "Third Party Funding in International Arbitration. Legal problems and global trends with a focus on disclosure requirement". Universidad Jagellónica. Disponible en: https://core.ac.uk/download/pdf/132335993.pdf.
2. ALONSO CÁNOVAS, C. (2016). "Third Party Funding: La financiación institucional de Litigios y Arbitrajes", Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 26. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?-codigo=7050840. Última consulta: 13 de abril de 2023.
3. PONCIBÒ, C. y D'ALESSANDRO, E. (2021) "State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding. Research Paper". European Parliamentary Research Service, p. 43. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf. Última consulta: 11 de mayo de 2023.

Así pues, la Corte Suprema de Kentucky puso de manifiesto en la paradigmática sentencia *Oliver v. Board of Governors*[4] su preocupación ante la potencial vulneración del principio de independencia del abogado cuando interviene un tercero financiador. En concreto, la sentencia hace constar que: *"este Tribunal opina que la lealtad primaria de un abogado, en la práctica, recaerá en la persona o entidad que le paga"*[5] . Así pues, al ser el fondo de financiación la entidad que sufraga los honorarios, la Corte consideró que la lealtad del abogado recae sobre el fondo y no sobre el cliente, lo cual influiría negativamente sobre la recíproca confianza entre abogado y cliente.

En cambio, es posible encontrar sentencias que se posicionan opuestamente en el debate propuesto en el trabajo. Una sentencia profundamente esclarecedora en este sentido es la que dilucida el caso Fostif *Pty Limited v. Campbells Cash and Carry Pty Limited*[6], en la que una Corte de Apelación de Australia confirmó que no resulta contrario al orden público que un tercero financiador sufrague los gastos de los litigios con la expectativa de lucrarse, y que los litigios financiados no suponen un abuso en el proceso judicial. En concreto, entendió que *"actualmente se reconoce la utilidad social de los litigios asistidos, y se considera favorable la prestación de asistencia jurídica y financiera como medio para aumentar el acceso a la justicia."*[7]

Además, ciñéndonos al objeto que nos ocupa en el presente trabajo, cabe indicarse que otro de los casos más relevantes que encontramos en cuanto a las implicaciones del TPF en el ejercicio de la abogacía fue el asunto *Giles v. Thompson*[8]. La Corte falló que el control ejercido por el tercero financiador no constituye per se una injerencia sobre el litigio y, por tanto, abogó que el TPF es una fórmula de financiación que permite el acceso a la justicia, y que no tiene por qué suponer una intromisión sobre el ejercicio profesional de la abogacía.

---

4. Corte Suprema de Kentucky. (1989). Sentencia Oliver v. Board of Governors. 779 S.W.2d 212. Disponible en: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/fedred38&div=34&id=&page=. Última consulta: 12 de mayo de 2023.
5. Versión original: *"an attorney's primary loyalty will, as a practical matter, rest with the person or entity who pays him".*
6. Corte de Apelación de Australia. (2005). Sentencia Fostif Pty Limited v Campbells Cash and Carry Pty Limited NSWCA 83. Disponible en: https://nswlr.com.au/view/63-NSWLR-203. Última consulta: 11 de mayo de 2023.
7. Versión original: *"The considerations of public policy which once found maintenance and champerty so repugnant have changed over the course of time. The social utility of assisted litigation is now recognized, and the provision of legal and financial assistance viewed favorably as a means of increasing access to justice."* Ibid.
8. Cámara de Lores de Reino Unido. (1993) Sentencia Giles v. Thompson. Caso HL/PO/JU/18/253 del 26 de mayo de 1993. Disponible en: https://harbourlitigationfunding.com/wp-content/uploads/2015/07/giles_v_thompson_ukhl_2_26_may_1993.pdf. Última consulta: 20 de mayo de 2023.

Y, en la misma línea, la Corte de Apelación de Inglaterra se pronunció en 2005, en el seno del caso *Arkin v. Borchard Lines*[9], reconociendo al TPF como una fórmula de financiación válida, valorando su contribución al acceso a la justicia.

En cambio, no es difícil apreciar que el marco legal y jurisprudencial de las implicaciones del TPF sobre el ejercicio de la abogacía de España no está tan desarrollado. Al encuadrarse en un sistema de *Civil law*, el ordenamiento jurídico español no cuenta con una regulación stricto *sensu* sobre los TPF, salvo sucintas referencias en normativa de arbitraje[10]. No obstante, ello no obsta a su irreprochable legalidad, dado que los contratos de TPF no son contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público y, por tanto, no contravienen lo consagrado en el artículo 1.255 CC[11]. De ello, podemos deducir que en España rige la autonomía de la voluntad de las partes en la confección de los contratos de TPF.

Y, en aquello que no hayan pactado las partes, el artículo 4.1 del Código Civil ("CC") reza que *"procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón"*. [12] Por consiguiente, es imprescindible identificar figuras en las que se aprecia identidad de razón con respecto del contrato de TPF, para valorar si procede la aplicación analógica de su normativa en aquellos extremos no pactados *ex consensu*.

Sin perjuicio de diversas particularidades, varios autores han asociado la naturaleza jurídica del TPF con el contrato de cuentas en participación, así como del préstamo parciario[13]. Por tanto, cabría aplicar por analogía las normas que regulan estas dos figuras en aquellos extremos no pactados, ya que el contrato de TPF ostenta cierta naturaleza asociativa y sinalagmática, de igual

---

9. Corte de Apelación de Gales e Inglaterra. (2005) Sentencia Arkin v Borchard Lines. EWCA Civ 665. Disponible en:
http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html.
Última consulta: 25 de mayo de 2023.
10. En concreto, la recomendación sexta del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje (CEA), el artículo 11.7 del reciente Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el artículo 23 del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) ponen de relieve el deber que tienen las partes de revelar si han recibido fondos u obtenido financiación de un tercero en todo o en parte del procedimiento, deber que se analizará en profundidad en el apartado V del presente trabajo, por las implicaciones que irradia en referencia al ejercicio profesional de la abogacía.
11. Artículo 1.255 CC: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público."
Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763.
12. Artículo 4.1 del Código Civil. Disponible en:
https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763.
13. COJO, O. (2014). "Arbitraje y Financiación procesal parciaria (third-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés". La Ley Mercantil, nº 8. Disponible en:
https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4891088. Última consulta: 24 de mayo de 2023.

manera que los contratos de cuentas en participación y del préstamo asociativo y, por lo tanto, comparte una cierta *identidad de razón* con estas dos figuras.

Por las razones mencionadas, este escenario de ausencia de regulación permite afirmar que nos encontramos ante un contrato atípico que se rige por la autonomía de la voluntad de las partes y, en aquellos extremos no regulados por las partes, se aplica por analogía el régimen jurídico de las cuentas en participación o del préstamo participativo, eligiendo uno u otro en virtud de la similitud que presente el contrato en cuestión.

Como es lógico, esta carencia de regulación en referencia al TPF no ha sido ignorada por el mundo académico a nivel internacional. Encontramos especialmente relevante el estudio realizado por Zabloudilová en 2018[14], el cual aseveró que el TPF presenta notorios beneficios para la comunidad arbitral, pero las problemáticas asociadas a su uso en un escenario de desregulación, exige que los ordenamientos jurídicos y la comunidad arbitral insten un desarrollo normativo. Concretamente, indicó en el mencionado estudio que *"la falta de regulación jurídica de la financiación por terceros es bastante problemática, ya que los acuerdos de financiación son cada vez más comunes en la práctica"*.[15]

Y, en referencia a la normativa comunitaria existente, encontramos la reciente *Directiva (UE) 2020/1828*[16], cuyo artículo 10 tipifica la financiación de acciones colectivas mediante terceros para la protección de los consumidores. Este artículo regula el deber de revelación de la financiación, lo que a nuestro juicio esconde un enfoque tuitivo de protección de la parte débil (el consumidor) en la relación contractual, ya que el juez procurará que la financiación no perjudique a los representados por la acción colectiva.

Asimismo, el informe *Responsible private funding of litigation*[17] publicado por el Parlamento Europeo en marzo de 2021, pone de manifiesto la necesidad

14. ZABLOUDILOVÁ, K. (2018). "Third-Party Funding in International Commercial Arbitration". Universidad Masaryk, Brno, República Checa. Disponible en: https://is.muni.cz/th/lg5f9/Zabloudilova_diplomova_prace.pdf.
15. Versión original: "The lack of legal regulation of third-party funding is rather problematic as funding agreements are getting more and more common in practice". Ibid.
16. 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, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-DOUE-L-2020-81785.
17. Parlamento Europeo. (2021). "Responsible private funding of litigation". PE 662.612. Autores: Jérôme Saulnier, Klaus Müllerwith Ivona Koronthalyova. European Added Value Unit. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf. Última consulta: 10 de junio de 2023.

de regulación explícita del TPF para obtener una mayor seguridad jurídica y una financiación responsable. Y, por supuesto, no podemos olvidar la relevante *Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2022 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable*[18], en la que el Parlamento Europeo ha solicitado explícitamente a la Comisión Europea el desarrollo normativo del *Third-Party Funding* mediante la creación de una nueva Directiva.

Por consiguiente, aprovechando que nos encontramos a las puertas de un inminente desarrollo legislativo, en el siguiente apartado se abordará cuál debería ser la tendencia de regulación por parte del legislador.

3.3. La necesidad de regulación del TPF. ¿Cuál debería ser la tendencia a seguir por parte del legislador?

Tras haber abordado el escenario de desregulación existente en España con respecto al contrato TPF, resulta conveniente analizar si sería recomendable llevar a cabo un desarrollo normativo a nivel nacional, y en caso afirmativo, cuál debería ser la tendencia del legislador para salvaguardar pertinentemente los principios pilares del ejercicio de la abogacía.

Dichos interrogantes son sumamente relevantes en cuanto al objeto del trabajo, dado que en la sección cuarta se abordarán las diversas amenazas que desprende el TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, amenazas existentes, precisamente, por la ausencia de regulación actual.

Ríos Pizarro publicó un artículo académico[19], en el que expuso el problema de desregulación del TPF existente. El autor remarcó que se trata de un vacío legal especialmente relevante por tratarse de una solución eficaz a los problemas de acceso a la justicia, entendiendo que las problemáticas que desprende son fácilmente superables en pro de un bien mayor. Y, en esta línea, diversos autores[20] abogan que resulta absolutamente necesario el desarrollo

18. Parlamento Europeo. (2022). "Resolución del Parlamento Europeo, del 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre financiación privada de litigios responsable". (2020/2130). Disponible en:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_ES.html#title1.
Última consulta: 10 de junio de 2023.
19. PIZARRO, R. (2017). "¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales". IUS ET VERITAS, Núm. 54, 236-243. Disponible en: https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.012. Última consulta: 9 de junio de 2023.
20. Véase, en este sentido: HORODYSKI, D. y KIERSKA, M. (2017). "Third Party Funding in International Arbitration. Legal problems and global trends with a focus on disclosure requirement". Universidad Jagelló-nica; MOSELEY, S. (2019) "Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration. Texas Law

normativo del TPF, para fomentar y salvaguardar la transparencia en los procedimientos judiciales y arbitrales.

Así pues, el objeto de la presente sección se basa en dilucidar cuál debería ser la tendencia de regulación desde el prisma de las implicaciones del TPF sobre el ejercicio de la abogacía. En concreto, se realizará, en primer lugar, un análisis crítico y comparativo sobre el deber de revelación en el procedimiento judicial y en el procedimiento arbitral, para concluir si sería favorable legislar acerca del mismo en España. Y, una vez tratada la especificidad, se pretenderá esclarecer, en términos generales, cuál debería ser la tendencia de regulación.

3.3.1. Sobre la regulación del deber de revelación

En primer lugar, resulta fundamental diferenciar el TPF de la cesión de créditos *ex voluntate e inter vivos*, regulada en los artículos 1526 y siguientes del Código Civil[21].

Mientras que en la cesión de créditos el cesionario se subroga en la posición jurídica del cedente[22], en el TPF no se cede la posición contractual, ya que simplemente un fondo financia a una parte, manteniendo las posiciones contractuales. Y, tal y como señala Fernández Masiá[23], si se produjera una transmisión del crédito litigioso, el financiador se convertiría en parte del litigio o del arbitraje, lo cual no sucede en la práctica.

Por consiguiente, si estuviésemos ante una cesión de crédito litigioso, resultaría de aplicación el artículo 1.535 CC[24], y con ello, sería inminente el deber de revelación de dicha cesión contractual. En cambio, dado que el tercero financiador no se subroga en la posición contractual, con la ley en la mano no es preceptivo el deber de revelación.

Review". Universidad de Texas. Texas, Estados Unidos; OVERGAARD, C. y TUFTE-KRISTENSEN, J. (2020) "Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration". Nordic Journal of Commerce Law, Vol. 2020, Nº 2.

21. Capítulo VII del Código Civil. De la transmisión de créditos y demás derechos incorporados. (Artículos 1526-1536).

22. PANTALEÓN PRIETO, F. (1988), «Cesión de créditos», Anuario de Derecho Civil, pp. 1033- 1131.

23. FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2016), "La financiación por terceros en el arbitraje internacional", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8, núm. 2, pp. 204-220.

24. Artículo 1.535 CC: "*Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.*
Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago."

No obstante, tal y como se ha expuesto, el artículo *10 de la Directiva (UE) 2020/1828*[25] regula el deber de revelación de la financiación en el seno de la financiación mediante terceros de acciones colectivas para la protección de los consumidores. Entendemos necesario señalar que, mientras que el deber de revelación en el procedimiento judicial de acción colectiva goza de un enfoque tuitivo (dado que encuentra su fundamento en asegurar que la acción se dirija a la protección de los consumidores y no de un tercero externo al pleito); en materia arbitral, el deber de revelación persigue la igualdad de armas y la integridad del proceso arbitral, dirimiendo los posibles conflictos de intereses con respecto de los árbitros[26].

Por ello, descartamos en la jurisdicción ordinaria la necesidad de regulación del deber de revelación, ya que la igualdad de armas inter partes implica que no exista una parte "débil" (como en el caso de los consumidores y usuarios), ni tampoco sería necesario combatir un conflicto de intereses con el órgano juzgador (ya que será el juez predeterminado por ley y que por turno corresponda quien dilucide el fallo de la sentencia que se dicte).

3.3.2. Sobre la regulación genérica del TPF

Asimismo, una vez descartada la necesidad de legislar acerca del deber de revelación en España, cabe abordar si sería necesario legislar de forma genérica el TPF a nivel nacional.

Consideramos que, a pesar de que la tendencia en un sistema perteneciente al *Civil law* es la de regular todo, en el supuesto que nos ocupa consideramos que no es necesaria ni recomendable la regulación del TPF.

Descartamos que sea apropiado regular a nivel nacional porque la existencia de normativa diferenciada por países podría generar situaciones de *forum shopping* para aquellos ordenamientos con una regulación laxa, en comparación con otros que regulen el TPF de manera más estricta o limitada (*vg*. si España regulase el TPF con limitaciones para los financiadores, los fondos de financiación de pleitos probablemente optarían por no financiar litigios en España, acudiendo a otras jurisdicciones más favorables, a la postre de su ánimo lucrativo).

---

25. 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, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-DOUE-L-2020-81785.
26. WAYE, V. (2007). "Conflicts of Interests between Claimholders, Lawyers and Litigation Entrepreneurs". Disponible en:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2354846. Última consulta: 9 de junio de 2023.

Por consiguiente, a nuestro juicio, sería conveniente el desarrollo normativo del TPF a través de un instrumento de Derecho de la Unión Europea y no a nivel nacional, en línea con la petición efectuada por el Parlamento Europeo a la Comisión Europea en la citada *Resolución del Parlamento Europeo del 13 de septiembre de 2022*.

Esta propuesta de Directiva ofrece una enorme importancia en relación con el objeto de este trabajo. Entendemos que, en caso de llegar a buen término, brindaría una mayor seguridad jurídica, una financiación responsable, y posibilitaría la disminución del particularismo para el acceso a la justicia dentro de la Unión Europea, simplificando los litigios transfronterizos.

Por ende, si después del largo proceso legislativo que se avecina se logra la regulación adecuada, el TPF se podría utilizar como una fórmula de financiación adecuada para el acceso a la justicia a los ciudadanos y las empresas privadas, erradicando las posibles problemáticas que surgen en torno al ejercicio profesional de la abogacía, las cuales serán analizadas a continuación.

4. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DE LA LITIGACIÓN

4.1. Implicaciones positivas

Este apartado tiene como finalidad poner de manifiesto las principales ventajas que desprende el TPF con respecto al ejercicio profesional de la abogacía.

Tal y como se ha indicado, parte de la doctrina asevera que el TPF es una herramienta eficaz en el acceso a la justicia, lo cual desprende ingentes beneficios. En países como Estados Unidos o Inglaterra, la cuantía de los honorarios puede llegar a ser tan elevada que, en ocasiones, se llega a descartar acudir a los tribunales, o incluso, se suscriben préstamos hipotecarios con la finalidad de sufragar los honorarios de los letrados. Y, a pesar de que en España la situación no es tan extrema, en los últimos años se ha venido haciendo uso del TPF para garantizar que ningún ciudadano quede desprovisto de su derecho a la tutela judicial efectiva, amparado en el artículo 24 CE.

Otra inminente ventaja que surge de la implementación del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía se basa en la posibilidad que se brinda al letrado para garantizar una justicia más eficiente, donde se evite una litigación masa, ya que la entrada de un tercero financiador incrementa la calidad de la defensa. En concreto, el TPF proporciona los fondos necesarios para acceder a mejores recursos, lo cual posibilita una representación legal sólida.

Asimismo, tal y como se podrá observar en la entrevista realizada a D. Paulino Fajardo (aportada como Anexo nº 2), generalmente el financiador no condiciona la dirección técnica del asunto, quedando a la exclusiva responsabilidad del letrado su devenir y, por tanto, no intercediendo sobre los principios de independencia ni autonomía del abogado.

No obstante, dado que la doctrina no es pacífica, en el siguiente apartado se analizarán las implicaciones negativas que puede causar la utilización del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía. La finalidad es incidir en mayor profundidad sobre las amenazas que pueden surgir, con el objetivo de aportar una serie de medidas, para salvar los riesgos identificados y que pueda ser finalmente una fórmula de financiación favorable para el ejercicio de la abogacía.

4.2. Implicaciones negativas

El traspaso de la tradicional estructura bidireccional entre abogado y cliente, a una relación tripartita fondo-abogado-cliente no es una modificación baladí, dado que parte de la doctrina considera que puede llegar a entrañar serios riesgos sobre el ejercicio profesional de la abogacía.

Tal y como se analizará en la presente sección, la intromisión del TPF puede desprender riesgos sobre: (i) el secreto profesional, (ii) la autonomía e imparcialidad del abogado y (iii) la recíproca confianza que debe primar entre cliente y abogado, sumamente ligada con otros principios fundamentales como la lealtad, la integridad y la buena fe. Además, un cuarto problema se desprende de la posibilidad de propiciar un incremento de litigiosidad, lo cual tendría un impacto significativo sobre el ejercicio de la abogacía, en virtud de la disminución en la calidad del asesoramiento que se requeriría. Y, por último, hallamos un quinto problema, basado precisamente en el hecho de que los terceros financiadores no están sujetos al poder disciplinario del tribunal judicial o arbitral, lo cual inclina a pensar que no existe un ente soberano que supervise, limite o sancione pertinentemente las intromisiones del fondo sobre el ejercicio profesional del abogado.

Las citadas problemáticas se abordarán a continuación, en el mismo orden propuesto:

1. El secreto profesional del abogado

En primer lugar, hemos de tener en consideración que los fondos de financiación de pleitos otorgan financiación cuando se dan tres requerimientos: (i) debe existir una alta probabilidad de obtener una resolución favorable, (ii) la parte demandada debe ser solvente, en búsqueda de obtener una ganancia de retorno, y (iii) debe existir una elevada viabilidad de ejecución en caso de alcanzar una sentencia estimatoria.

Ello entraña una crucial implicación para el ejercicio profesional de la abogacía, dado que para la averiguación de los tres condicionantes arriba referidos se necesita materializar un análisis externo e independiente del litigio, lo cual podría suponer una brecha en la confidencialidad necesaria para las partes litigantes. En concreto, los fondos de financiación de pleitos llevan a cabo un exhaustivo proceso de *due diligence* para conocer cuestiones sumamente delicadas del proceso judicial, lo cual, en la práctica, se materializa mediante la utilización de herramientas de analítica jurisprudencial, las cuales permiten analizar datos, cifras y estadísticas que podrían mermar la confidencialidad del procedimiento.

Tal intromisión en la confidencialidad podría colisionar frontalmente con el deber de secreto profesional del abogado, lo cual resultaría de gran riesgo, por tratarse de uno de los principios rectores del ejercicio de la abogacía. Así lo establecen los artículos 542.3 LOPJ[1], 21.1 EGAE[2] y 5 CDAE[3].

2. La autonomía e imparcialidad del abogado

El segundo riesgo que podría surgir en relación con el ejercicio profesional de la abogacía se basa en la posibilidad de que el tercero financiador condicione la estrategia procesal del abogado, incluso llegando a evitar la finalización amistosa de las disputas para maximizar el beneficio económico[4]. Ello, sin que quepa duda, afectaría negativamente sobre la libertad de actuación del abogado, consagrado bajo los principios de autonomía e independencia. Porque, ¿hasta qué punto un abogado, cuya fuente mayoritaria o única de ingresos que proviene de un fondo de financiación de pleitos, continúa siendo absolutamente independiente y autónomo en el ejercicio de su profesión? ¿No resulta cuanto menos razonable pensar que el tercero financiador se sitúa en una posición privilegiada para conducir el devenir del procedimiento?

Esta posible problemática no conforma una cuestión menor, dado que el principio de independencia es, ni más ni menos, una exigencia del Estado de

1. Artículo 542. 3 LOPJ: *"Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos"*.
2. Artículo 21.1 EGAE: *"1. La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al profesional de la Abogacía, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos."*
3. Artículo 5.1 CDAE: *"La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente, ínsita en el derecho de éste a su defensa e intimidad y a no declarar en su contra, impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto, y, a la vez, le confiere este derecho, respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, limitándose el uso de la información recibida del cliente a las necesidades de su defensa y asesoramiento o consejo jurídico, sin que pueda ser obligado a declarar sobre ellos como reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial"*.
4. SPENDER, P. (2008). "After Fostif: Lingering uncertainties and controversies about litigation funding".

Derecho amparado en los artículos 117.1 CE[5], 2 CDAE[6], 1.1[7] y 47.1[8] EGAE, 542.2 LOPJ[9], 2.1 del Código Deontológico de los Abogados Europeos[10] y el principio 1º de los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA[11].

3. La recíproca confianza entre abogado y cliente

El hecho de que la tradicional relación bipartita entre abogado y cliente se vea sometida a una modificación, basada en la introducción de la figura de un tercero financiador, podría mermar la recíproca confianza entre abogado y cliente. Esto es así, debido a que el cliente podría temer que la tutela que pretende amparar su representante legal ante un tribunal se vea condicionada por el ánimo lucrativo del fondo.

Estimamos esencial señalar que la recíproca confianza conforma un pilar fundamental del ejercicio de la abogacía, tal y como amparan los artículos 47.2

---

5. Artículo 117.1 CE: "*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*".
6. Artículo 2.1 CDAE: *"La independencia de quienes ejercen la Abogacía es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa del justiciable y de la ciudadanía por lo que constituye un derecho y un deber".*
Artículo 2.2 CDAE: *"Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses del cliente, debe mantenerse el derecho y el deber de preservar la independencia frente a toda clase de injerencias y frente a intereses propios o ajenos".*
Artículo 2.3 CDAE: *"La independencia debe ser preservada frente a presiones o exigencias que limiten o puedan limitarla, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, de los tribunales, del cliente, sea respecto de los colaboradores o integrantes del despacho".*
7. Artículo 1.1 EGAE: *"1. La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. Los profesionales de la Abogacía deben velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido".*
8. Artículo 47.1 EGAE: *"La independencia y libertad son principios rectores de la profesión que deben orientar en todo momento la actuación del profesional de la Abogacía, cualquiera que sea la forma en que ejerza la profesión. El profesional de la Abogacía deberá rechazar la realización de actuaciones que puedan comprometer su independencia y libertad".*
9. Artículo 542.2 LOPJ: *"En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa".*
10. Artículo 2.1 del Código Deontológico de los Abogados Europeos: *"La diversidad de obligaciones a las que el Abogado se encuentra sometido le imponen una independencia absoluta, exenta de cualquier presión, principalmente de aquella que surja de sus propios intereses o de influencias exteriores. Esta independencia es también necesaria para mantener la confianza en la Justicia y en la imparcialidad del Juez. Por lo tanto, un Abogado debe evitar todo ataque a su independencia y velar por no comprometer los valores de la profesión por complacer a su cliente, al Juez o a terceros."*
11. Principio 1º de los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA: *"El abogado deberá mantener su independencia y deberá serle proporcionada la protección que esa independencia confiere en el ofrecimiento de asesoría y representación imparcial a clientes. El abogado deberá ejercer un criterio profesional independiente e imparcial al asesorar al cliente, incluso en cuanto a las probabilidades de éxito del caso".*

EGAE[12] y 4 CDAE[13]. Este principio se encuentra íntimamente relacionado con la lealtad profesional, el cual requiere un comportamiento honrado por parte del abogado, teniendo las reglas éticas, morales y profesionales como máximas de los deberes deontológicos de la abogacía, que deriva del principio de buena fe. Otro indicativo de la notoria relevancia de este principio en relación con el ejercicio de la abogacía son las numerosas sentencias que ha dictado nuestro Alto Tribunal condenando su incumplimiento (*vg*. STS de 24 de febrero de 2016[14]).

Concretamente, el detrimento en la recíproca confianza entre abogado y cliente puede devenir de la común práctica basada en que el fondo seleccione los abogados encargados de la defensa en el procedimiento judicial, pudiendo incentivar que la lealtad del abogado se forje con respecto del fondo.

4. El incremento de litigiosidad

Parte de la doctrina considera que la utilización del TPF provoca un aumento de litigiosidad. En este sentido, si los fondos de financiación de pleitos utilizasen perniciosamente el TPF como un activo financiero del que extraer una elevada rentabilidad, se abocaría al profesional de la abogacía a litigios con escasa calidad jurídica, también conocidos como pleitos masa.

Ello provocaría que los tribunales de justicia recibieran demandas frívolas y carentes de fundamentación jurídica, que únicamente buscan el lucro del tercero financiador, y no el fundamento medular de su existencia, que es precisamente garantizar la tutela judicial efectiva.

5. Ausencia de un poder disciplinario con respecto al TPF

El quinto riesgo que podría surgir se basa en el hecho de que los terceros financiadores no están sujetos al poder disciplinario del tribunal judicial o arbitral, lo cual induce a pensar que no existe un ente que supervise pertinentemente las intromisiones del fondo sobre el ejercicio profesional del abogado. Y, más importante todavía, que no existe un poder superior que limite ni penalice una hipotética intromisión.

---

12. Artículo 47. 2 EGAE: *"La relación del profesional de la Abogacía con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza".*
13. Artículo 4 CDAE: *"La relación con el cliente se fundamenta en la recíproca confianza y exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente."*
14. La STS 137/2016, 24 de febrero de 2016 condena a una pluralidad de actos que evidencian la deslealtad de un letrado con su cliente, por simular la celebración de un pleito, informando a sus clientes de una sentencia favorable. Disponible en: https://vlex.es/vid/606972094. Última consulta: 4 de junio de 2023.

4.3. Mejoras a realizar

Una vez analizados los posibles riesgos que puede desprender la implementación del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, cabe preguntarse cómo sería posible erradicar tales amenazas.

1. El secreto profesional del abogado

La primera mejora que proponemos, en referencia al secreto profesional del abogado, se basa en realizar un acuerdo de confidencialidad ex ante.

En concreto, el vigente Código Deontológico de la Abogacía Española estipula en su artículo 5.7 que *"en todo caso, quien ejerce la Abogacía deberá hacer respetar el secreto profesional a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad"*. Este precepto podría extrapolarse al tercero financiador, el cual "colabora" con la actividad del abogado, dado que la financia y no por ello el abogado quedaría eximido de salvaguardar el secreto profesional para con el fondo.

Mediante la introducción de un acuerdo de confidencialidad o NDA previo al inicio del procedimiento judicial, el fondo de financiación de pleitos se vería posibilitado a realizar la necesaria *due diligence*, dado que su ánimo lucrativo le imposibilita a financiar cualquier tipo de pleito sin atender a las probabilidades de éxito, comprometiéndose mediante el NDA a no divulgar aquella información confidencial.

Es más, en caso de que el fondo de financiación de pleitos incumpliera el deber de confidencialidad pactado en el NDA, sería de aplicación lo preceptuado en el artículo 199 del Código Penal: *"El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses"*. Por consiguiente, las probabilidades de vulnerar la confidencialidad exigible en el procedimiento disminuirían considerablemente, y con ello, el abogado se vería posibilitado a conservar el deber de secreto profesional sin intromisiones.

2. La autonomía e imparcialidad del abogado

En referencia al posible menoscabo de los principios de autonomía e independencia del abogado, sería absolutamente conveniente, *de lege ferenda*, que la normativa comunitaria regulase las posibles sanciones aparejadas a la intromisión de los fondos de financiación de pleitos en el

desarrollo del procedimiento judicial, a fin de que los abogados actúen con absoluta autonomía e independencia.

En concreto, consideramos que el desarrollo normativo que se avecina a nivel comunitario debería tipificar la obligación de que los fondos de financiación se ciñan únicamente al aspecto económico-financiero del procedimiento, sin coartar en ningún caso el ejercicio profesional de la abogacía. Entendemos que sería conveniente que dicho desarrollo normativo fuera parejo a lo amparado en el artículo 9 del *Code of Conduct for Litigation Funders*[15], publicado por *The Association of Litigation Funders of England & Wales* en 2018, el cual aduce que el financiador no puede intervenir en la dirección letrada del pleito, ni darle indicaciones sobre cómo proceder en su labor profesional.

No obstante, la falta de regulación en España en materia TPF impulsa a interpretar que, al no existir una relación contractual entre el abogado y el tercero financiador, el primero no tiene por qué responder a las indicaciones del segundo, en pro de los principios de autonomía e independencia.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si, por el contrario, existiera una relación contractual entre el abogado y el tercero financiador? Lo habitual en la praxis es que antes de acudir a la financiación, el litigante ya tenga un abogado adjudicado; sin embargo, hay casos en los que el fondo de financiación de pleitos participa de forma activa en la fase previa del procedimiento judicial, pudiendo llegar a designar al abogado para que se encargue de la defensa del pleito.

En este sentido, entendemos que la Unión Europea debería legislar en la misma línea que Reino Unido en el ámbito de los seguros[16], en cuanto a la libertad de elección del abogado por parte del cliente, evitando que sea el fondo de financiación (la aseguradora en la citada normativa de Reino Unido) quien designe al abogado que le va a representar en el litigio.

---

15. Association of Litigation Funders of England and Wales. Code of conduct for litigation funders. (2018). Disponible en: https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf. Última consulta: 9 de junio de 2023.
16. The Insurance Companies (Legal Expenses Insurance) Regulations 1990 (UK). SI 1990/1159: Esta norma obliga a que los asegurados elijan a sus propios abogados, no permitiendo que los elijan las aseguradoras sin el consentimiento del asegurado. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/uksi/1990/1159/contents/made. Última consulta: 12 de mayo de 2023.

3. La recíproca confianza entre abogado y cliente

Tal y como se ha avanzado anteriormente, resulta imperativo hallar las medidas más eficaces para consagrar la recíproca confianza entre abogado y cliente, mediante la supresión de dudas que le puedan surgir al cliente por la introducción del TPF en cuanto a la tutela que pretende conseguir ante los tribunales. En este sentido, proponemos dos medidas que podrían propiciar que la recíproca confianza entre abogado y cliente se vea intacta:

La primera propuesta se basa en el desarrollo normativo comunitario, ya abordado en la sección tercera del presente trabajo. En caso de que se produjera tal desarrollo normativo, se garantizaría una normativa armonizada a nivel de la UE, lo cual produciría una disminución en los riesgos percibidos por el cliente, dado que la introducción del tercero financiador se encontraría correctamente limitada y regulada por un organismo legislativo supranacional.

No obstante, dado que en la actualidad todavía no se ha producido tal desarrollo normativo, encontramos pertinente buscar otra medida que garantice la recíproca confianza entre abogado y cliente. La medida que proponemos se basa en confeccionar contratos de TPF en los que se limite la intromisión del fondo financiador con respecto al ejercicio profesional del abogado, ya que, si dentro del procedimiento judicial la relación es únicamente bilateral (que no bipartita), la confianza recíproca permanecería intacta.

4. Incremento de la litigiosidad

En cuarto lugar, en referencia al posible aumento de litigiosidad derivado de la recepción externa de financiación, cabe señalar que esta creencia común resulta dudosa en la práctica, precisamente porque la realización de una d*ue diligence* exhaustiva por parte del fondo de financiación de pleitos impulsa a que únicamente se financien aquellos procedimientos judiciales y arbitrales con altas probabilidades de éxito, ya que un aumento de litigios indiscriminados sería contrario al propio ánimo lucrativo de dichos fondos.

Tal y como indica Ignacio Delgado Larena-Avellaneda[17], abogado e investment officer de *Therium Capital Management* (fondo de financiación que actualmente financia procedimientos judiciales en España), para que al fondo de financiación de pleitos le resulte rentable, debe existir una relación entre la

17. Entrevista extraída de Expansión: "El fondo Therium desembarca en España para financiar pleitos". (2016). Disponible en: https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/05/18/573cb448468aeb8a798b4615.html. Última consulta: 14 de junio de 2023.

inversión y la cuantía demandada de uno a diez. Esto se traduce en que, si se requieren trescientos mil euros, el pleito debe ser de, al menos, tres millones. Por consiguiente, el retorno tan elevado que exige el fondo en ningún caso sería compatible con un incremento de litigiosidad indiscriminada.

Por último, en esta misma línea, Jesús Rodrigo Lavilla, abogado del Estado en excedencia y experto en materia de financiación de pleitos, aseveró en el *Congreso Nacional de la Abogacía* celebrado el 9 de mayo de 2016[18] que los casos en los que interviene un TPF son aquellos que resultan atractivos para el fondo que financia, y ello es así cuando la reclamación alcanza, en su conjunto, una cantidad mínima de tres millones de euros. Por consiguiente, consideramos que este hecho vuelve a permitir rechazar el riesgo de un incremento de pleitos masa que merme la calidad jurídica del ejercicio profesional de la abogacía.

5. Ausencia de un poder disciplinario

Por último, en cuanto al riesgo de que los terceros financiadores no estén sujetos al poder disciplinario del tribunal judicial o arbitral; cabe aducirse en este sentido que ya existe jurisprudencia que ha amparado la posibilidad de que los tribunales sí controlen cualquier abuso de poder en el procedimiento. En el asunto *Fostif*[19], el tribunal no tuvo reparo en indicar que existe la posibilidad de condenar en costas al tercero financiador en caso de que exista una intromisión en el devenir del procedimiento. A su vez, el tribunal detalló que el abogado también cuenta con la potestad para frenar la intromisión de los fondos de financiación.

En conclusión, los conflictos deontológicos inherentes a los procedimientos judiciales en los que interviene un TPF podrían llegar a evitarse o resolverse fructíferamente, y la clave redunda en garantizar que los deberes profesionales de la abogacía para con los litigantes prevalezcan sobre las posibles influencias del fondo financiador.

Recomendamos que se indique explícitamente en el acuerdo de financiación dicha preeminencia, en línea con la futura regulación en el ámbito de la UE, para que no quepan interpretaciones dudosas al respecto, ni posibles reclamaciones por parte de los fondos de financiación de pleitos en caso de que el abogado no se ciña a sus indicaciones.

---

18. Conferencia "Nuevas fuentes de financiación para despachos" impartida por D. Gregorio García Torres y D. Jesús Rodrigo Lavilla, en el Congreso Nacional de la Abogacía celebrado el 9 de mayo de 2019, de 11.00 a 11.45 horas, en la Sala 8.
19. High Court of Australia. Sentencia Fostif Pty *Limited v Campbells Cash and Carry Pty Limited* NSWCA 83. (2005). https://nswlr.com.au/view/63-NSWLR-203. Última consulta: 12 de mayo de 2023.

5. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Una vez analizados los posibles impactos del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía en un procedimiento judicial, resulta pertinente abordar las implicaciones de este sistema de financiación sobre otra disciplina, en concreto, sobre el arbitraje internacional.

En lo que aquí concierne, el arbitraje internacional es un método alternativo de resolución de conflictos que propicia notorias ventajas con respecto al tradicional procedimiento judicial, pero que, por el contrario, desprende inconvenientes que afectan a los justiciables, siendo uno de ellos precisamente el elevadísimo coste que entraña someter una disputa a este ADR. Ello implica que se multiplique el riesgo de sufrir una merma en el derecho de acceso a la justicia, por lo que la utilización del TPF se presenta como una alternativa idónea en el devenir de los arbitrajes internacionales[1].

Para observar gráficamente la onerosidad derivada de someter una disputa al arbitraje, resulta idóneo traer a colación la encuesta realizada por el despacho de abogados internacional *White & Case* en 2015[2], del que se concluyó que el sesenta y ocho por ciento de los encuestados consideraba que una de las tres desventajas más negativas del arbitraje es precisamente su elevado coste. Ello ha implicado un notorio incremento en la utilización del TPF como fórmula de financiación en arbitrajes en la última década.

A continuación, se abordarán las implicaciones positivas y negativas que podrían surgir sobre el ejercicio profesional de la abogacía en el ámbito del arbitraje internacional, proponiendo soluciones y medidas que permitan que el TPF sirva como una herramienta de financiación que garantice el acceso a la justicia, sin mermar con ello principios fundamentales del ejercicio de la abogacía.

---

1. FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2016). "La financiación por terceros en el arbitraje internacional". Páginas 204-220. Disponible en:
https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3256/1923. Última consulta: 12 de abril de 2023.
2. White & Case LLP. (2015). "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". Extraído de:
https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html. Última consulta: 12 de abril de 2023.

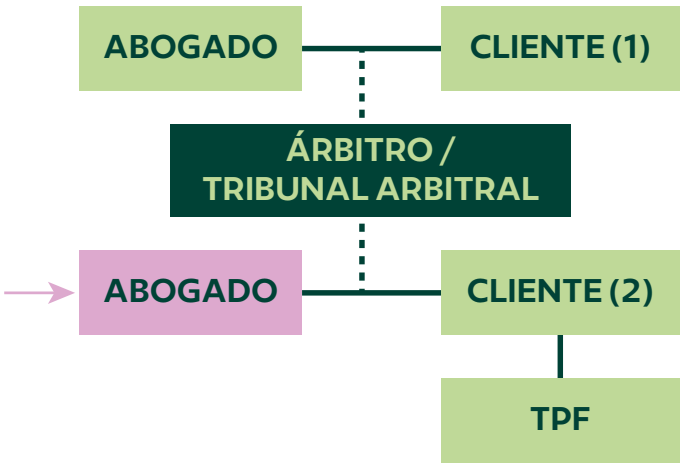

Figura 1. En este esquema simplificado, se puede observar la estructura de un procedimiento arbitral bipartito, conformado por dos abogados (uno por cada parte), y un árbitro o tribunal arbitral que dictará el laudo. *Fuente: Elaboración propia.*

5.1. Implicaciones positivas

Las ventajas que se derivan del uso del *Third-Party Funding* sobre los arbitrajes internacionales son todavía más evidentes que en el procedimiento judicial, dado que, como se ha mencionado, los costes del procedimiento arbitral son notoriamente elevados, y con ello se consigue proporcionar el acceso a la justicia, así como la garantía de brindar una defensa con mejores recursos.

Encontramos especialmente relevante la reflexión formulada por Garg[3], autor que relaciona dicho incremento como una respuesta natural del mercado ante las deficiencias en la promoción del acceso a la justicia y los casos meritorios de éxito que, por falta de fondos o de liquidez, no pueden impulsar un proceso en sede arbitral por sí mismos.

Otro autor que ha enfatizado la ventaja del TPF en cuanto a la mejora del acceso a la justicia en procedimientos arbitrales fue Cillóniz[4], el cual rechazó

3. GARG, M. (2020). "Introducing Third Party Funding in Indian Arbitration: A tussle between conflicting public policies". NLUJ Law Review 6(2). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3574469. Última consulta: 15 de mayo de 2023.
4. CILLÓNIZ, B. (2020). "Implicancias del financiamiento de terceros en el arbitraje". Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, Perú. Disponible en: https://www.academia.edu/49343548/IMPLICANCIAS_DEL_FINANCIAMIENTO_DE_TERCEROS_EN_EL_ARBITRAJE. Última consulta: 15 de mayo de 2023.

cualquier tipo de condena a la utilización del TPF, enfatizando la necesidad de promocionar su implementación y su regulación normativa.

A su vez, otro beneficio que se deriva es que la parte financiada evita el doble factor riesgo-coste, dado que es el tercero financiador quien los asume, y como dice el refrán, *"un problema compartido es un problema reducido a la mitad"*.

Sin embargo, transferir a un tercero financiador los riesgos asociados al arbitraje tiene un precio, tal y como se analizará a continuación.

5.2. Implicaciones negativas

Al igual que en el procedimiento judicial, la implementación del TPF en el arbitraje internacional presenta diversas implicaciones de contenido deontológico sobre el ejercicio profesional de la abogacía, tal y como se analizará a continuación:

1. La independencia e imparcialidad del árbitro

Como es bien sabido, el árbitro debe ser tanto independiente como imparcial con respecto a las partes[5], a los abogados de las partes, a los testigos y, por su puesto, a un tercero financiador.

Concretamente, los artículos 17 LA[6] y 11 del Reglamento CCI[7] establecen la obligación de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales, así como la obligación de revelar aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas injustificadas sobre dichos principios.

En esta línea, la primera problemática que se presenta se ha cristalizado bajo la posible vulneración de la imparcialidad e independencia de los árbitros al dictar los laudos, dado que, al igual que en los procedimientos judiciales, el beneficio que obtiene el fondo de financiación de pleitos queda supeditado al resultado favorable del laudo arbitral que se dictará.

---

5. La Declaración Universal de Derechos Humanos esgrime en su artículo 19 que: *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"*.
6. Artículo 17.1 LA: *"Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial*".
7. Artículo 11 CCI: *"Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje"*.

Tal y como señalan Overgaard y Tufte-Kristensen[8], en los procesos arbitrales, el principio de independencia de los abogados debe prevalecer sobre cualquier mandato por parte del fondo, sin excepciones.

2. El secreto profesional del abogado

El ya abordado deber de revelación podría lesionar uno de los principios fundamentales de la abogacía: el secreto profesional[9]. Ello se debe a que el tribunal arbitral podrá solicitar al abogado de la parte financiada la información que considere oportuna[10].

No obstante, no es pacífica la doctrina en cuanto a la amplitud del deber de revelación[11]. Esto se debe a que todavía no hay consenso en la comunidad internacional sobre si las partes del arbitraje deben revelar la financiación por parte de terceros[12]. Es más, la tendencia parece no situarse en un deber de revelación obligatoria.

8. OVERGAARD, C. Y TUFTE-KRISTENSEN, J. (2020) "Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration". Nordic Journal of Commercial Law No. 2. Disponible en: https://doi.org/10.5278/ojs.njcl.vi2.6099. Última consulta: 11 de abril de 2023.
9. En este sentido, KESSEDJIAN, C. asevera que las instituciones arbitrales deberían elaborar unas recomendaciones dirigidas a los tribunales arbitrales en los casos de intervención de un TPF, en las que se estipule el sometimiento del tercero financiador a las reglas de confidencialidad que resulten aplicables para las partes, así como la prohibición de incidir sobre la toma de decisiones de la representación procesal de la parte financiada, "Good Governance of Third Party Funding", (Septiembre de 2014). Disponible en: https://ciaotest.cc.columbia.edu/pbei/vcc/0033574/f_0033574_27354.pdf
10. VON GOELER entiende que la formalización de un contrato TPF no es óbice suficiente para obligar a la parte a desvelar la existencia de ese contrato, y mantiene que sólo si se le requiere una caución, estará obligada a desvelar información sobre la situación financiera íntegramente. Reflexión extraída de "Third-Party Funding and its Impact in International Arbitration Proceedings". (1 de enero de 2016). Disponible online en: International Arbitration Law Library. Disponible en: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/international-arbitration-law-library-series/. Última consulta: 19 de junio de 2023.
11. Así pues, en la encuesta realizada por el despacho White & Case de 2015 "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration", el setenta y uno por ciento de los encuestados consideraron que la imposición de revelar la totalidad del contrato TPF no resultaba beneficioso. En concreto, el sesenta y tres por ciento de aquellos que no estaban a favor de revelar la totalidad sostuvo que únicamente se debería revelar la identidad del financiador (ya que resulta suficiente para identificar los posibles conflictos de intereses). Disponible en: https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html. Última consulta: 12 de abril de 2023.
12. En el asunto *South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia*, el tribunal estimó que se debía revelar la identidad del financiador, rechazando que se desvelara el contenido del contrato TPF.

Requerido	A discreción del Tribunal	No lo regulan
CCI (2021)	AIAC (2021)	JCAA (2021)
CIADI (2021)	ICDR-AAA (2021)	LCIA (2020)
Delos (2021)	Reglas del SIAC (2017)	SCC (2017)
HKIAC (2018)		SIAC (2016)
		KCAB (2016)
		UNCITRAL (2013)

Figura 2. Regulación del deber de revelación en los reglamentos arbitrales. Fuente: The Future of Third-party litigation funding. Estudio de AlixPartners y The Lawyer (2021).

5.3. Mejoras a realizar

1. La independencia e imparcialidad del árbitro

Tal y como se ha manifestado, parte de la doctrina entiende que la existencia de un tercero financiador pone en riesgo la independencia e imparcialidad del árbitro. Sin embargo, el deber de revelación permite que el árbitro tenga conocimiento de la identidad del financiador, posibilitando que este revele aquellos vínculos que sean susceptibles de crear un conflicto de interés.

Por ende, si el deber de revelación permite al árbitro conocer la identidad del fondo y existe entre ellos algún vínculo recopilado en la lista roja no renunciable[13], este deberá renunciar a su nominación, con la finalidad de salvaguardar los principios de independencia e imparcialidad.

Por ello, numerosos autores como Wolski[14] ratifican que la obligación de revelación deviene directamente del principio de buena fe. Y, en el mismo

13. Las Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional de la IBA establecen un sistema de graduación de las diferentes conductas y situaciones que rodean a los árbitros. En concreto, clasifican las conductas y situaciones en cuatro listas: lista roja no renunciable, lista roja renunciable, lista naranja y lista verde; con la finalidad de limitar la independencia e imparcialidad de los árbitros. De este modo, si una situación se encuentra recopilada en la lista roja no renunciable (vg. el árbitro es administrador de una sociedad parte), el afectado deberá rechazar la nominación o separarse de la función de árbitro que desempeña. En cambio, la lista roja renunciable recopila una serie de circunstancias por las que se permite que las partes, conociendo explícitamente el conflicto de intereses, puedan manifestar su voluntad de que el árbitro desempeñe sus funciones. Y, si las circunstancias se encuentran recopiladas en la lista naranja, se entiende que las partes aceptan al árbitro si no hacen uso de su derecho a objetar. Por el contrario, la lista verde incluye aquellas circunstancias que el árbitro no tiene el deber de revelar, por no afectar a su independencia ni imparcialidad.

14. WOLSKI, B. (2012). "ADR Ethics: Regulating Disclosure in Mediation", Int'l J. Private L., vol. 5, nº 2. Disponible en:
https://research.bond.edu.au/en/publications/adr-ethics-regulating-disclosure-in-mediation. Última consulta: 15 de mayo de 2023.

sentido, Dalmalso y Marques[15] argumentan que esta obligación logra prevenir recusaciones frívolas de árbitros y, además, evita el nombramiento de aquellos que no puedan considerarse imparciales o independientes.

A su vez, consideramos que el deber de revelación acarrea otra repercusión ventajosa sobre el procedimiento arbitral: la efectividad del laudo que se emite. Esto es así debido a que, tal y como detalla el artículo 41.1 apartado d) LA[16], uno de los motivos de anulación es el nombramiento de árbitro contrario a la ley y, por tanto, si el árbitro presentase problemas de independencia o imparcialidad, el laudo emitido podría llegar a ser anulado.

Por lo tanto, la medida que se propone es dar cumplimiento al deber de revelación, ya que, si se revela la existencia de un TPF, él mismo tendrá la obligación de poner de manifiesto los vínculos que pudiera ostentar con el tercero financiador, no pudiendo alegar una falta de transparencia ni imparcialidad del árbitro si así lo hace. Ello provoca, además, que las probabilidades de que prospere una acción de nulidad del laudo arbitral sean considerablemente inferiores.

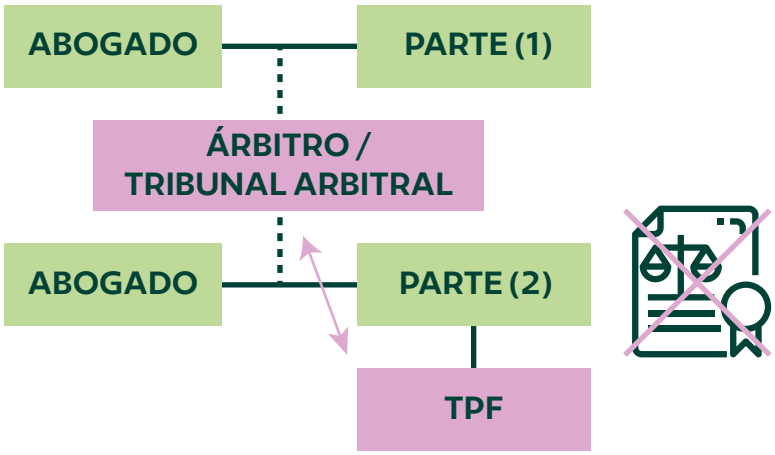

Figura 3. Si el laudo emitido por el árbitro o el tribunal arbitral fuera favorable a la Parte 2, y existía un conflicto de intereses entre el árbitro y el TPF que financia a la misma, el laudo podría ser objeto de una acción de anulabilidad ante el Tribunal Superior de Justicia competente. *Fuente: Elaboración propia.*

15. DALMASO, R. y MARQUES, F. (2020). "Managing Conflict of Interest in International Arbitration: The Role of the IBA Guidelines". Handbook of International Investment Law and Policy. Disponible en: https://www.academia.edu/42994329/Managing_Conflict_of_Interest_in_International_Arbitration_The_Role_of_the_IBA_Guidelines. Última consulta: 15 de mayo de 2023.
16. Artículo 41.1 d) LA: *"El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley."*

2. Deber de secreto profesional del abogado

En el presente trabajo rechazamos que el secreto profesional se vea vulnerado por la mera revelación de un tercero financiador, dado que el árbitro o tribunal arbitral podrá solicitar la información que considere pertinente al abogado de la parte financiada, sin exceder los límites de la confidencialidad y del secreto profesional que ostenta el abogado.

Por consiguiente, el deber de secreto profesional en ningún caso se ve vulnerado por el tribunal arbitral, puesto que en determinados casos ni tan si quiera existe dicho deber de revelación, y en caso de existir, el límite de la información requerida bajo no podrá sobreponerse al secreto profesional del abogado.

Además, a pesar de que exista una falsa convicción acerca de que los arbitrajes son siempre confidenciales, estos procedimientos no tienen por qué ser a puerta cerrada, pues sólo es así en caso de pactarlo. No obstante, cuando así se acuerda, la confidencialidad queda completamente asegurada, y ello lo convierte en una de las mayores ventajas que presenta este ADR. Este hecho lo ha ratificado la encuesta realizada por el despacho de abogados internacional White & Case en 2018, determinando que el ochenta y siete por ciento de los encuestados consideraba que la confidencialidad es una cuestión sumamente relevante en el arbitraje comercial internacional.[17]

Otra implicación relevante en cuanto al deber de secreto profesional del abogado que intervine en un procedimiento arbitral se funda en la idea recopilada en el informe *"Queen Mary task force on third-party funding in International Arbitration"*[18], el cual pone de relieve que hay ocasiones en las que, para pactar un contrato de TPF, resulta necesario compartir información comercial, dado que el fondo necesita conocer tal información para realizar la *due diligence*. No obstante, según el reporte, se debe procurar alcanzar un balance entre la información confidencial necesaria para el fondo y aquella que no debe ser aportada por colisionar gravemente el deber de secreto profesional que ostenta el abogado.

En esta línea, proponemos que el desarrollo normativo a nivel comunitario sea estricto en cuanto al referido balance, para que el deber de secreto

17. White & Case LLP. (2018). "2018 International arbitration survey: The evolution of international arbitration". Extraído de: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/. Última consulta: 12 de abril de 2023.
18. International Council for Commercial Arbitration. (2018). Report of the ICCA – "Queen Mary task force on third-party funding in International Arbitration". The ICCA Report Nº 4. Extraído de: https://www.arbitrationicca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_apri l.pdf. Última consulta: 11 de abril de 2023.

profesional del abogado, en último término, sea preservado con absoluto rigor[19].

No obstante, nuestra recomendación para las partes inmersas en el procedimiento arbitral es perfeccionar únicamente aquellos contratos de TPF que incluyan disposiciones que permitan a los abogados mantener cierto grado de confidencialidad, y con ello, el secreto profesional.

19. En este sentido, KESSEDJIAN, C. asevera que las instituciones arbitrales deberían elaborar unas recomendaciones dirigidas a los tribunales arbitrales en los casos de intervención de un TPF, en las que se estipule el sometimiento del tercero financiador a las reglas de confidencialidad que resulten aplicables para las partes, así como la prohibición de incidir sobre la toma de decisiones de la representación procesal de la parte financiada, "Good Governance of Third Party Funding", (Septiembre de 2014). Disponible en: https://ciaotest.cc.columbia.edu/pbei/vcc/0033574/f_0033574_27354.pdf

6. REFLEXIONES CRÍTICAS

Llegados a este punto, aunque se ha tornado inevitable augurar un cierto análisis crítico a lo largo de este trabajo, encontramos conveniente llevar a cabo una revisión crítica sobre el debate que provoca el TPF en referencia al ejercicio profesional de la abogacía.

Se ha analizado que la mejora del acceso a la justicia sigue siendo un reto permanente para la mayoría de las jurisdicciones, y ello se traduce en las reformas sobre reducción de costes en los procedimientos, así como las opciones de financiación. Por tanto, tal y como se ha reseñado a lo largo del trabajo, la justificación medular de la existencia del TPF es, ni más ni menos, que el acceso a la justicia y una mejora de los recursos, lo que deviene en el perfeccionamiento de la defensa letrada.

Sin embargo, se han expuesto posibles riesgos que puede implicar el TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, a ocasión de la propia estructura tripartita fondo-abogado-cliente, ya que, al ser un fondo de financiación el que sufraga los costes del procedimiento judicial o arbitral, pueden verse comprometidos ciertos pilares del ejercicio profesional de la abogacía.

En esta sección, se pretende aportar un punto convergente en el debate, mediante un ejemplo sencillo y gráfico. La propuesta se basa en considerar la relación tripartita como un "triángulo equilátero": se debería entender que los tres componentes desempeñan un papel esencial sobre el procedimiento judicial o arbitral, pero presentan una importante diferencia entre sí: mientras que las relaciones jurídicas entre financiador-cliente y cliente-abogado se encuentran absolutamente consolidadas, entre el abogado y el tercero financiador no existe una relación jurídica consolidada, dado que sólo comparten la relación mutua que ostentan con el cliente, así como su interés común en obtener una sentencia o un laudo favorable.

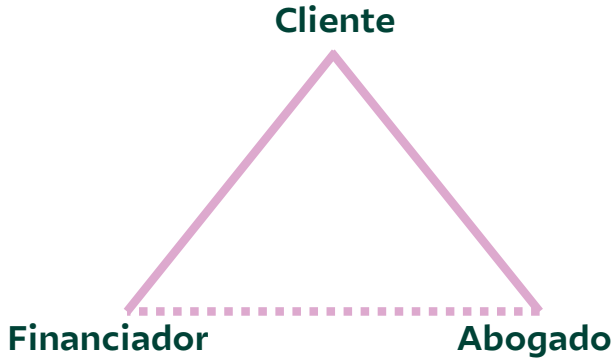

Figura 4. Relación tripartita abogado-cliente-financiador, representado como un triángulo equilátero, en el que la relación cliente-abogado y cliente-financiador se encuentra consolidada (representada con líneas opacas), mientras que entre el financiador-abogado no existe una relación jurídica entre sí (y por ello, la línea está difuminada). *Fuente: Elaboración propia.*

Si se consigue inculcar esta estructura de relación tripartita en los procesos judiciales y arbitrales, los principios profesionales que vertebran la abogacía serían absolutamente respetados, dado que bajo ningún concepto se produciría una intromisión por parte del fondo de financiación sobre el ejercicio de la abogacía. Es más, bajo esta conformación de la relación, aun cuando el tercero financiador ostenta un interés económico inminente en el resultado del pleito o del arbitraje internacional, este no es parte en el procedimiento[1]. Con ello, se conseguirán tres puntos claves:

1. Que el tercero financiador no pueda controlar la estrategia procesal del abogado.

El abogado es y debe ser, en todo caso, libre en cuanto a la formación de su criterio y su defensa, con la única servidumbre que implica su función como abogado. Con ello, el tercero financiador deberá adoptar un papel pasivo en los procedimientos judiciales y arbitrales.

Para más inri, si el abogado considerase que no puede actuar con total independencia, en virtud de las reiteradas intromisiones del TPF, deberá cesar en el encargo, en amparo del artículo 2.4 CDAE.[2]

1. EECHEY, J. (2019). "The Pandora's Box of Third-Party Funding: Some Suggestions for Arbitrators in Light of Recent Developments." Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Seeries, Volume 20: p. 578.
2. Artículo 2.4 CDAE: "La independencia permite no aceptar el encargo o rechazar las instrucciones que, en contra de los propios criterios profesionales, pretendan imponer el cliente, los miembros de despacho, los otros profesionales con los que se colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, debiendo cesar en el asesoramiento o defensa del asunto cuando se considere que no se puede actuar con total independencia, evitando, en todo caso, la indefensión del cliente".

Por tanto, tal y como se puede apreciar en la *Figura 4*, a pesar de forjar una relación tripartita, el abogado conserva su independencia en el sentido positivo -en cuanto a la autonomía y libertad profesional en la toma de decisiones-, y en sentido negativo -por la absoluta ausencia de injerencia, interferencia ni presiones-.

2. Que el tercero financiador no pueda impugnar el acuerdo transaccional que suscriban las partes, con miras de obtener una resolución que pudiera favorecerle más económicamente.

El fondo no debería estar legitimado para impugnar el acuerdo ni si quiera cuando el acuerdo transaccional que alcancen las partes fuera inferior a lo acordado en el contrato de TPF. En todo caso, se produciría un incumplimiento contractual, dándole derecho al tercero financiador a una indemnización por daños y perjuicios al amparo del artículo 1.091 CC[3], lo cual no legitima su intromisión en el derecho de defensa del justiciable ni en la independencia del letrado.

3. Que las relaciones cliente-abogado, cliente-financiador y abogado-financiador queden perfectamente delimitadas.

Para ello, será imprescindible la adecuada redacción de los términos y condiciones del contrato TPF, ya que consideramos que un acuerdo de financiación bien estructurado debería definir los límites y la implicación del fondo de financiación.

De este modo, si se determina prima facie que todas las decisiones relacionadas con el procedimiento judicial o arbitral deben permanecer limitadas al ámbito de actuación del abogado, se respetarían propiamente los principios rectores del ejercicio de la abogacía, ya que el financiador puede transmitir opiniones y recomendaciones, pero en última instancia decidirá el abogado la actuación y estrategia procesal[4].

3. Artículo 1.091 CC: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos".
4. CUTRONA, D. (2019). "Control, disclosure, privilege, champerty and other legal finance ethics questions". Burford Capital Blog. Disponible en: https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/control-disclosure-privilege-champerty-and-other-legal-finance-ethics-questions-answered/. Última consulta: 1 de junio de 2023.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las crisis económicas sufridas, de la mano de las fuerzas del mercado, han propiciado un aumento en la demanda e implementación del TPF en litigios y arbitrajes internacionales. Por ello, a pesar de que se trata de una fórmula de financiación originada en los sistemas del *Common law*, no es de extrañar que las jurisdicciones del *Civil law* permitan, regulen y fomenten esta fórmula de financiación.

SEGUNDA. La conclusión genérica que se podría extraer del trabajo realizado se basa en que resultan inminentes los beneficios de la financiación de pleitos para los clientes, a quienes se les posibilita emprender acciones legales y salvaguardar su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva; pero también para los abogados, puesto que facilita una mayor calidad en la defensa letrada; y para el sistema judicial en su conjunto, dado que se pretende proteger determinadas situaciones de desamparo o antijurídicas.

Por tanto, la mayor ventaja en términos genéricos es el acceso a la justicia, salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Sin embargo, también entraña otros beneficios, como la minimización de riesgos en procedimientos judiciales y arbitrales, así como una mejora en la eficacia y la calidad del sistema judicial e internacional en su conjunto.

Stricto sensu, la intervención de un TPF reporta una mayúscula ventaja, dado que la exhaustiva *due diligence* que realizan los fondos de financiación de pleitos exige que sólo sean objeto de financiación aquellos pleitos y arbitrajes internacionales que gocen de una alta probabilidad de éxito, aportando un alto nivel de sofisticación y eficiencia al sistema judicial en su conjunto, y derrocando la falsa creencia sobre el tráfico de litigios. De ello cabe concluir que los terceros financiadores eliminan las demandas frívolas, vejatorias y sin fundamentos jurídicos, produciendo un menor riesgo de que demandas débiles y oportunistas sean admitidas por un tribunal; lo cual, dada la obstrucción que sufre la Administración de Justicia actualmente, puede llegar a ser una ventaja sustancial.

TERCERA. En cambio, en este trabajo también hemos abordado una serie de amenazas que el TPF entraña para el ejercicio de la abogacía.

Del riesgo que desprende la incorporación de un tercero en el procedimiento judicial y arbitral es posible concluir que existen herramientas eficaces para salvaguardar algunos de los pilares más fundamentales del ejercicio de la abogacía, como son el principio de independencia, autonomía y la recíproca

confianza. Las fórmulas propuestas se basan en el perfeccionamiento de un acuerdo de confidencialidad previo y tripartito, en el desarrollo legislativo por parte de la UE, y en conformar un acuerdo TPF rigurosamente estructurado que impida la intromisión del fondo en el devenir del procedimiento.

Asimismo, en cuanto al presunto riesgo de que no exista un poder disciplinario que controle la actuación del fondo en el procedimiento, se ha enunciado jurisprudencia que ya ha amparado la posibilidad de que los tribunales (e incluso, el abogado) controlen cualquier abuso de poder por parte del fondo, pudiendo sancionar al tercero financiador en caso de entrometerse en el devenir del procedimiento.

Por tanto, se ha conseguido probar a lo largo de este trabajo que, los conflictos deontológicos inherentes a los procedimientos judiciales o arbitrales en los que interviene un TPF pueden evitarse o resolverse, en tanto en cuanto se garantice que los deberes profesionales de los abogados para con los litigantes prevalezcan sobre los deberes contractuales que el abogado pueda ostentar para con el tercero financiador, y ello se deberá redactar minuciosamente en el acuerdo de financiación existente, creando una relación de "triángulo equilátero", tal y como se ha expuesto mediante la *Figura 4*.

CUARTA. En cuanto al deber de revelación de la existencia de financiación por un tercero en el procedimiento arbitral, cabe concluirse que el deber de revelación se desprende directamente del principio de buena fe, salvaguardando el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por un tribunal imparcial, y amparando dos atributos que todo árbitro o tribunal arbitral debe ostentar: la independencia y la imparcialidad.

Al revelar, se conseguirá que las probabilidades de que prospere una acción de nulidad del laudo arbitral sean notoriamente inferiores.

Por tanto, consideramos que la práctica profesional ha demostrado que la obligación de revelación debería ser la norma general, y no la excepción. Esto es así debido a que, si se cumple con el deber de revelación, la financiación mediante terceros no amenazaría la integridad ni transparencia que exige el proceso arbitral.

QUINTA. En cuanto a la regulación del TPF, cabe concluir que en España no existe regulación específica, por lo que se trata de un contrato atípico en el que rige la autonomía de la voluntad de las partes y, en aquellos extremos que no hayan sido pactados, se aplicarán las normas que aplican para el contrato de cuentas en participación y el préstamo participativo.

No obstante, se ha concluido que no resulta necesario legislar a nivel nacional, dado que una regulación por países podría generar situaciones de *forum shopping*. No obstante, recomendamos y entendemos profundamente conveniente el desarrollo normativo en la Unión Europea mediante una Directiva, para propiciar una mayor seguridad jurídica entre los Estados miembros, evitando así que los diferentes niveles de protección entre los Estados den lugar a la búsqueda de un foro de conveniencia en el mercado interior.

SEXTA. Una vez expuestas las implicaciones del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, cabe abordar a continuación cinco recomendaciones, para salvaguardar pertinentemente los principios vertebradores:

(i) En el contrato de financiación no se podrán pactar extremos que influyan, en ningún caso, sobre los deberes profesionales y deontológicos de los abogados para con su cliente.

(ii) Se deberá revelar la financiación recibida por el TPF en aquellos procedimientos en los que exista una parte más vulnerable y, por tanto, el procedimiento goce de un enfoque más tuitivo (vg. procedimientos concursales, de consumidores y usuarios, etc.). No obstante, dar cumplimiento al deber de revelación es recomendable, en todo caso.

(iii) Deben prevalecer los derechos y obligaciones que surgen entre abogado y cliente, sobre cualquier intromisión del fondo de financiación, a menos que este último esté apoderado por el cliente.

(iv) La intervención de un tercero que financia el pleito o el procedimiento arbitral no debe ser óbice para salvaguardar el deber de secreto profesional del abogado, por lo que se deberá firmar un NDA previo al inicio del procedimiento.

(v) Por último, resulta más que recomendable el desarrollo legislativo a nivel comunitario, para brindar una mayor seguridad jurídica a la figura del Third-Party Funding, con su consiguiente impacto positivo como garantía del acceso a la justicia.

SÉPTIMA. De todo el análisis crítico realizado en el presente trabajo es posible concluir que el tercero financiador, el cliente y el abogado comparten un interés en común en el litigio, que es precisamente la obtención de una sentencia o laudo estimatorio. Por consiguiente, la propia naturaleza de la configuración tripartita impide que los riesgos expuestos en la mayoría de las

ocasiones tengan cabida (*vg*. el interés por vencer la disputa judicial o arbitral impide que la información confidencial pierda su carácter de privilegiado).

Consiguientemente, a pesar de que el TPF pueda entrañar numerosos riesgos sobre el correcto ejercicio de la abogacía, se ha visto que esta fórmula de financiación aporta una serie de beneficios que, si son acompañados del pertinente desarrollo legislativo a nivel comunitario y de las medidas propuestas, el mismo se configuraría como una fórmula de financiación absolutamente efectiva para salvaguardar el acceso a la justicia y, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO CÁNOVAS, C. (2016). "Third Party Funding: La financiación institucional de Litigios y Arbitrajes", Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 26.

BEECHEY, J. (2019). "The Pandora's Box of Third-Party Funding: Some Suggestions for Arbitrators in Light of Recent Developments." Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Seeries, Volume 20.

CILLÓNIZ, B. (2020). "Implicancias del financiamiento de terceros en el arbitraje". Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, Perú.

COJO, O. (2014). "Arbitraje y Financiación procesal parciaria (third-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés". La Ley Mercantil, nº 8.

Conferencia *"Nuevas fuentes de financiación para despachos"* impartida por D. Gregorio García Torres y D. Jesús Rodrigo Lavilla, en el Congreso Nacional de la Abogacía celebrado el 9 de mayo de 2019, de 11.00 a 11.45 horas, en la Sala 8.

CUTRONA, D. (2019). "Control, disclosure, privilege, champerty and other legal finance ethics questions". Burford Capital Blog.

DALMASO, R. y MARQUES, F. (2020). "Managing Conflict of Interest in International Arbitration: The Role of the IBA Guidelines". Handbook of International Investment Law and Policy.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2016), "La financiación por terceros en el arbitraje internacional", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8, núm. 2.

GARG, M. (2020). "Introducing Third Party Funding in Indian Arbitration: A tussle between conflicting public policies". NLUJ Law Review 6(2).

HORODYSKI, D. y KIERSKA, M. (2017). "Third Party Funding in International Arbitration. Legal problems and global trends with a focus on disclosure requirement". Universidad Jagellónica.

International Council for Commercial Arbitration. (2018). Report of the ICCA – "Queen Mary task force on third-party funding in International Arbitration". The ICCA Report Nº 4.

MOSELEY, S. (2019) "Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration. Texas Law Review". Universidad de Texas. Texas, Estados Unidos.

OVERGAARD, C. y TUFTE-KRISTENSEN, J. (2020) "Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration". Nordic Journal of Commerce Law, Vol. 2020, Nº 2.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1988), «Cesión de créditos», Anuario de Derecho Civil, pp. 1033- 1131.

Parlamento Europeo. (2021). "Responsible private funding of litigation". PE 662.612.

PIZARRO, R. (2017). "¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales". IUS ET VERITAS, Núm. 54, 236-243.

PONCIBÒ, C. y D'ALESSANDRO, E. (2021) "State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding. Research Paper". European Parliamentary Research Service.

SPENDER, P. (2008). "After Fostif: Lingering uncertainties and controversies about litigation funding".

WAYE, V. (2007). "Conflicts of Interests between Claimholders, Lawyers and Litigation Entrepreneurs".

White & Case LLP. (2015). "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration".

White & Case LLP. (2018). "2018 International arbitration survey: The evolution of international arbitration".

WOLSKI, B. (2012). "ADR Ethics: Regulating Disclosure in Mediation", Int'l J. Private L., vol. 5, nº 2.

ZABLOUDILOVÁ, K. (2018). "Third-Party Funding in International Commercial Arbitration". Universidad Masaryk, Brno, República Checa.

LEGISLACIÓN CITADA

Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje (2019).

Código de conducta para fondos de financiación. Publicado por la Asociación de Fondos de financiación de Inglaterra y Gales. (2018).

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

Código Deontológico de los Abogados Europeos. Adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006.

Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

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, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. Adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA. Adoptados el 28 de Mayo de 2011.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Reglamento de Arbitraje del CCI. Vigente a partir del 1 de enero de 2021.

Resolución del Parlamento Europeo, del 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre financiación privada de litigios responsable del Parlamento Europeo. (2020/2130).

The Insurance Companies (Legal Expenses Insurance) Regulations 1990 (UK). SI 1990/1159

JURISPRUDENCIA CITADA

Cámara de Lores de Reino Unido. (1993) Sentencia *Giles v. Thompson*. Caso HL/PO/JU/18/253.

Corte de Apelación de Australia. (2005). Sentencia F*ostif Pty Limited v Campbells Cash and Carry Pty* Limited NSWCA 83.

Corte de Apelación de Gales e Inglaterra. (2005) Sentencia *Arkin v Borchard Lines*. EWCA Civ 665.

Corte Permanente de Arbitraje (2018). Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada, en el asunto *Manuel García Armas y otros v. Venezuela*. Caso CPA N.º 2016-08.

Corte Suprema de Kentucky. (1989). Sentencia *Oliver v. Board of Governors*. 779 S.W.2d 212.

High Court of Australia. Sentencia *Fostif Pty Limited v Campbells Cash and Carry Pty Limited* NSWCA 83. (2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 137/2016, 24 de febrero de 2016.

ANEXOS

Anexo N.º 1 – Plantilla de entrevista a abogados ejercientes

Entrevistado:
_____

Desempeño profesional:
_____

Mi nombre es Carmen María Serna Forriol, soy graduada en Derecho y Relaciones Internacionales bilingüe por la Universidad Francisco de Vitoria, y actualmente soy egresada del Máster Universitario en Acceso a la Abogacía por la Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

Agradezco de antemano su confianza y participación. Los resultados de la encuesta se añadirán como Anexo al trabajo "la financiación del acceso a la justicia mediante el *Third-Party Funding* y sus implicaciones en el ejercicio profesional de la abogacía", realizado con la única finalidad de ser presentado a los Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía.

El trabajo se basa en un estudio de autoría propia, que aborda la reciente tendencia de financiación de litigios y arbitrajes internacionales mediante terceros, también conocido como *Third-Party Funding* (TPF). La finalidad medular del mismo se basa en desgranar las implicaciones que surgen de la relación tripartita fondo-abogado-cliente, en relación con principios vertebradores del ejercicio profesional de la abogacía.
El contenido de la entrevista será utilizado con el fin exclusivo de aportar un enfoque práctico y aplicado al trabajo presentado a los Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía.

Asimismo, cabe advertir que los derechos de propiedad intelectual serán cedidos a la Fundación Mutualidad Abogacía por el plazo de cinco años en caso de que el trabajo resulte premiado. A su vez, en tal supuesto, la Fundación Mutualidad Abogacía editará un libro recopilatorio con el presente trabajo, que se publicará en su página web, así como en otros medios y canales que la Fundación estime oportunos; y podrá dar difusión y visibilidad al trabajo premiado en todas sus plataformas, canales y en medios de comunicación, indicando siempre la autoría.

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo, otorgando su consentimiento informado?

Sí ( ) No ( )

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta necesaria la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

2. Desde una óptica general, ¿considera que el TPF proporciona ventajas con respecto al sistema judicial? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad?

3. En España no existe regulación específica sobre el contrato TPF. ¿Considera que sería recomendable el desarrollo normativo de esta fórmula de financiación? Y, de ser así, ¿cuál debería ser la tendencia?

4. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

5. En caso de haber respondido afirmativamente a la pregunta previa: ¿Considera que se podrían implementar fórmulas eficaces contra los riesgos que subyace el TPF sobre la adecuada práctica del ejercicio de la abogacía?

6. Si una parte es financiada mediante un TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia? ¿Por qué?

7. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses, y con ello, ventajas como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

8. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

Anexo N.º 2 – Entrevista realizada al abogado Paulino Fajardo
Madrid, 6 de junio de 2023

Entrevistado:

D. Paulino Fajardo.

Desempeño profesional:

D. Paulino Fajardo Relevo ejerce la dirección regional de litigación y arbitraje de Europa, Oriente Medio y África (EMEA) en Herbert Smith Freehills.

Con más de 30 años de experiencia, Paulino se unió como socio a Herbert Smith Freehills en 2014. Es mediador acreditado por CEDR (*Commercial Dispute Resolution*), y posee la doble calificación como abogado inglés y español.

Fajardo cuenta con una dilatada trayectoria tanto en procedimientos judiciales como arbitrales en los que ha intervenido un *Third-Party Funding*. Su contrastada experiencia le ha valido el reconocimiento en los directorios legales más prestigiosos como Chambers Europe y Legal 500 EMEA.

Paulino es doctor en derecho y profesor de derecho procesal en la Universidad Pontificia Comillas-ICADE, donde imparte clases de arbitraje internacional y mediación. Asimismo, colabora asiduamente como profesor visitante con la Universidad Carlos III de Madrid (mediación en conflictos) y la Universidad de Navarra (Derecho de Seguros).

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo que se va a presentar a los Premios Excelencia Cátedra Mutualidad Abogacía, otorgando su consentimiento informado?

Sí (X) No ( )

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta favorable la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

El acceso a la justicia no solo está garantizado, sino que está "hiper" protegido por la interpretación que se hace del artículo 24 de la Constitución Española, que termina bloqueando al Tribunal Constitucional. Es más, es el artículo que más se invoca junto con el artículo 14 CE (el principio de igualdad).

Con respecto al interrogante acerca de si el TPF favorece el acceso a la justicia, yo considero que no contribuye. Es neutro con respecto al acceso a la justicia, porque realmente quien utiliza el TPF no necesita la financiación. Es más, lo financiadores no financian a nadie que no tengan fondos por sí mismos para financiarlo.

Existen dos mecanismos: el TPF y las protecciones del mercado asegurador. Son mecanismos de financiación, son instrumentos financieros, y no se puede considerar que ostentan un vínculo con el derecho de acceso a la justicia.

2. ¿Considera, en líneas generales, que el TPF desprende más ventajas que inconvenientes? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad, tratándose de una fórmula de financiación perniciosa?

El TPF es algo muy positivo, porque precisamente hace dos cosas: permite agrupar el ejercicio de acciones de clase, y ello va en beneficio de que terceros perjudicados quieran hacer uso de estos métodos, permitiendo que el procedimiento se simplifique, unifique y agilice; y, en segundo lugar, permite que este tipo de acciones se ejerzan con mayor calidad, porque cuando hay más recursos y más medios, mejora la calidad de la justicia.

Considero, por tanto, que el TPF mejora la calidad de la justicia, porque simplifica miles de procedimientos en torno a acciones de clases, reguladas en la LEC de 2001 pero que nunca se ha hecho uso de las mismas porque no habían funcionado verdaderamente.

3. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como son los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

En absoluto. Las prevenciones que muestran algunas de las recomendaciones de normativa comunitaria surgen del desconocimiento que existe sobre el funcionamiento real del TPF. Quien lo conoce de verdad, sabe que el TPF es un instrumento financiero. Es una fórmula de

financiación que se dilucida en los departamentos financieros, no legales, y quien no lo utiliza no lo conoce.

En "The Good fight" y "Goliat" se ve perfectamente el funcionamiento de los fondos. Se puede apreciar que los fondos no se entrometen en la independencia del abogado, sino que únicamente realizan un informe a priori, y siempre y cuando las actuaciones se muevan en esos parámetros, no se entremeten en cómo se lleva el asunto. Otra cosa es que se salgan de dichos parámetros, que entonces evidentemente querrán dar una opinión.

4. Si una parte es financiada mediante TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia? ¿Por qué?

Pienso que no tendrían por qué revelarlo. Me consta que se hace, y a mí me gusta saberlo cuando estoy en frente, e incluso muchas veces se ve que hay un fondo detrás por la gestión y la estrategia, pero pongo en duda que se deba revelar.

El artículo 1.535 del Código Civil español regula la cesión litigiosa de créditos. Mientras no sea una cesión de crédito litigioso, revelarlo no es un deber. No obstante, si fuera una cesión de crédito litigioso, ya está regulado en nuestro Código Civil, el cual es una copia del Código Civil francés, pero que, sin embargo, la cesión de créditos litigiosos no está regulado en ningún código más que el español, por lo que la primera regulación nace en el derecho histórico español.

5. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses? ¿Estima que emana otras ventajas, como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

Esto se lo puede plantear quien no lo ha utilizado nunca. Los fondos de litigación son absolutamente independientes, buscan capital y están desconectados de otros tipos de inversión colectiva. Son independientes en su propia esencia. Existe la creencia de que son una especie de "mano negra", pero los que están detrás son grupos de inversores independientes.

Los fondos no diseñan ni intervienen en modo alguno en la estrategia de defensa. El TPF puede opinar que le cuadra o no una estrategia, y con la estrategia planteada ofrece más o menos, pero no hay ninguna comunicación entre el fondo y el abogado que pueda afectar a su independencia o autonomía.

6. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

El TPF nos da muchísimas más capacidades a los abogados para tener una justicia eficientemente más organizada, donde se evite una litigación masa sobre cuestiones que se resolverán de forma objetiva. Además, proporciona que se eleve la calidad de la defensa y de las resoluciones, por lo que permite sofisticar la justicia.

Anexo N.º 3 – Entrevista realizada al abogado Rafael Gil Nievas
Madrid, 7 de junio de 2023

Entrevistado:

D. Rafael Gil Nievas.

Desempeño profesional:

D. Rafael Gil Nievas, como abogado del Estado, ha sido responsable de la defensa del Reino de España en numerosos arbitrajes internacionales, destacando el laudo por el que se reconoció por primera vez, y después de 62 precedentes en contra, que el derecho de la Unión Europea prevalece sobre el tratado de inversiones de la Carta de la Energía.

Al servicio de la Administración, ha sido jefe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria. También ha ocupado otros puestos, como consejero de Justicia y asesor legal en la representación permanente de España ante la Unión Europea. Fue negociador de diferentes instrumentos legales, como la directiva de promoción de energías renovables, el Tratado de Lisboa, el Reglamento Roma I y Roma II, o la Directiva de daños medioambientales.

Don Rafael también ha ocupado el cargo de director general de los servicios jurídicos de Cepsa, director de los servicios jurídicos de Iberdrola para las Américas, así como secretario y miembro del Consejo de Administración de diversas entidades públicas y privadas.

Actualmente, ejerce el puesto de *Of Counsel* en el departamento de Arbitraje Internacional del despacho internacional Eversheds Sutherland, donde representa procedimientos judiciales y arbitrales financiados por *Third-Party Funders.*

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo que se va a presentar a los Premios Excelencia Cátedra Mutualidad Abogacía, otorgando su consentimiento informado?

Sí (X) No ( )

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta favorable la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

En España, el acceso a la justicia está garantizado, sobre todo para las personas físicas con la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Hay una Directiva de acceso a la justicia incluso en litigación transfronteriza. Y, con respecto a las personas jurídicas, el TPF siempre ha funcionado, ya que se puede comprar un crédito o se puede comprar los derechos derivados del crédito a cambio de financiarlo. Incluso, durante mucho tiempo no ha estado bien aceptado, pero se puede trabajar a "succes fee" o "contingency fee", muy típico en EEUU.

Por ello, considero que en España el acceso a la justicia está más garantizado que en otros países.

2. ¿Considera, en líneas generales, que el TPF desprende más ventajas que inconvenientes? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad, tratándose de una fórmula de financiación perniciosa?

Hay mecanismos legales que consiguen prohibir incentivar la litigiosidad. Si alguien quiere financiarte para que litigues, ese alguien que te financia es que considera que existe una prosperabilidad de la acción, considera que es plausible, ya con ello descartamos demandas temerarias. Los fondos ponen dinero y se llevan un porcentaje elevado de las potenciales ganancias, lo cual evita pleitos masa por su propia naturaleza.

Ha habido mucha critica del TPF, las nuevas reglas de arbitraje, e incluso determinados reglamentos te obligan a notificar si existe TPF. A mí esto me parece que no hay que notificarlo, porque no afecta a la legitimidad de la causa. La legitimidad de la causa no deriva del fondo, deriva del derecho de la parte que tiene la causa de pedir.

3. En España no existe regulación específica sobre el contrato TPF. ¿Considera que sería recomendable el desarrollo normativo de esta fórmula de financiación? Y, de ser así, ¿cuál debería ser la tendencia?

Veo difícil, primero, si esto se vincula y se considera como una materia jurídica de cooperación judicial mercantil o civil, no existe base jurídica

para poder armonizar, porque la base jurídica para la cooperación judicial civil se centra únicamente en asuntos transfronterizos.

Si hubiera una normativa al respecto, ya no lo están considerando como una cuestión jurídica, sino como una cuestión financiera. Porque para temas financieros sí existe base jurídica, para armonizar normativa financiera, en línea con el TFUE.

Si es algo que imponga una obligación a los tribunales de justicia, entramos en la base jurídica de cooperación judicial civil. No es fácil. Que sea por vía de mercados financieros en los que sí existe base jurídica, sí podría darse este desarrollo normativo, pero lo que regularía es el sector empresarial del TPF, no las relaciones con los tribunales de justicia.

Hay riesgos de base jurídica, y suponiendo que existiera base jurídica, el foro donde puedes litigar no te lo va a determinar eso. La normativa sobre transparencia o publicidad para la causa concreta del TPF en un litigio concreto te la va a dar la legislación procesal del Estado donde litigues, donde litigas no va a depender de eso, va a seguir dependiendo de Brussels I Recast.

Lo que te pueden imponer son obligaciones desde el punto de vista de servicios financieros, de inscribirte en algún registro especial donde igual tengas publicados el listado de casos que se estén financiando, pero nada relacionado con os tribunales de justicia.

4. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como son los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

Esto variará en función del TPF y de cómo se pacte el acuerdo de financiación, pero yo lo que he visto en mi experiencia es que no intervienen. Financian, pero no intervienen.
En referencia a los datos confidenciales que conocen mediante la due diligence, considero que no es distinto que el tráfico de datos que surgen en el tráfico empresarial. Existe un NDA, y no veo unos riesgos diferentes que el que tiene un data box de transacciones distintas. No veo un riesgo fuera del ordinario que surge en la actividad empresarial.

5. Si una parte es financiada mediante TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia? ¿Por qué?

Desde mi óptica, no. Yo me he caracterizado por defender más a Estados que a inversores. Desde mi óptica, un caso es o no es con independencia de quién "pague la cuenta". A ti no te sirven mejor o peor en un restaurante por el hecho de quién esté pagando, te tienen que servir igual.

Se ha dado mucha importancia a la obligación de transparencia, pero desde mi óptica no es lo relevante. Existe causa de pedir o no, y existe un caso o no existe un fundamento jurídico, con independencia de que intervenga un TPF.

6. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses? ¿Estima que emana otras ventajas, como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

En este aspecto, sí puede ser beneficioso. Una cosa es respecto a la causa de pedir, y otra con respecto a los árbitros. Por ejemplo, hay árbitros que participan en advisory comitees de fondos de litigios, y ese árbitro, si después se mete en un caso relativo, es para que le quiten del mercado automáticamente.

Hay un Código ético publicado conjuntamente por UNCITRAL y CIADI, y se consideraría no sólo que vulnera la independencia e imparcialidad, sino que también hay corrupción del árbitro, porque habría recibido fondos como miembro del advisory commitee del fondo que luego tiene interés económico en la controversia, que se encuadra dentro de los deberes generales de *disclosure* de revelación que tienen los árbitros.

7. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

De una manera o de otra, el TPF también te lo hacen los despachos de abogados cuando van a *success fee*, aunque no sea al 100%, yo he visto muchas veces controversias muy grandes en las que cuesta decirle al cliente que tiene que pagar 1 millon en *fees*, entonces se propone pagar medio millón, llevándose un porcentaje de lo que se puede ganar. No es una financiación por un tercero financiador, pero sí por los despachos de abogados.

Entonces, lo primordial del TPF es que el abogado sepa que quien tiene la causa de pedir y el interés que tiene que defender es el del cliente que tiene la causa de pedir. El abogado tiene que saber quién tiene la causa de pedir y la legitimación activa, y eso sí que no la tiene el TPF. El TPF puede

pagar, pero nunca puede interferir en la relación cliente-abogado. Esa relación es sagrada y la domina el cliente, y el tercero no tiene que meterse.

Otra cosa distinta es la relación que el cliente tenga con el TPF, ya que incluso el TPF puede decir que financia, pero pueda imponer requisitos para la elección de abogado, que eso es típico en la práctica.

Anexo N.º 4 – Entrevista realizada a la abogada Opal Morales
Madrid, 7 de junio de 2023

Entrevistada:

Dña. Opal Morales Asencio.

Desempeño profesional:

Dña. Opal Morales es actualmente socia directora de OBM Legal Consulting, despacho de abogados internacional ubicado en Madrid y Róterdam.

En su dilatada experiencia como abogada, ha trabajado como abogada de la Comisión Europea, brindando asesoramiento a la Unión Europea. Actualmente compagina su labor en el despacho con el Doctorado en la Universidad de Ámsterdam, en el marco de un proyecto financiado por fondos europeos. El doctorado que está realizado se basa en numerosos litigios de licitaciones en agua y energía donde las demandas contra el Estado suelen ser financiadas por fondos de financiación o TPF.

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo que se va a presentar a los Premios Excelencia Cátedra Mutualidad Abogacía, otorgando su consentimiento informado?

Sí (X) No ( )

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta favorable la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

Considero que el TPF es un mecanismo muy beneficioso para garantizar pertinentemente el acceso a la justicia, ya que en España los casos que acceden a la Asistencia Jurídica Gratuita no conforman la misma tipología de casos, y por tanto, se necesitan ambos.

2. ¿Considera, en líneas generales, que el TPF desprende más ventajas que inconvenientes? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad, tratándose de una fórmula de financiación perniciosa?

El acceso a la justicia es lo verdaderamente fundamental. Deberíamos incentivar que hubiera más jueces y más tribuales, pero no porque la Administración de Justicia tenga un número de litigios que no puede abordar se debe limitar el acceso a la justicia. Sólo un juez puede valorar si el caso tiene el suficiente fundamento jurídico como para continuar, y para ello se necesita el TPF.

Es más, en el día a día, ningún cliente sabe si su demanda es lo suficientemente valiosa como para que un juez la admita o no. Opino por ello que se debe favorecer el acceso a la justicia mediante los TPF, y ya posteriormente el juez, de la mano del Letrado de la Administración de Justicia, decidirá si admite a trámite la demanda.

3. En España no existe regulación específica sobre el contrato TPF. ¿Considera que sería recomendable el desarrollo normativo de esta fórmula de financiación?

Debería ser a nivel europeo por una sencilla razón: muchos de nuestros países europeos hacen frontera territorial, y si el TPF está regulado mediante una Directiva, los países podrán trasponer dicha Directiva en su normativa para que qadquieran rango de ley en sus países. Ello haría que, con ciertas diferencias, siempre haya un criterio mínimo.

Para asegurar la eficiencia de estos fondos, y también evitar abuso de la propia institución financiera que da la financiación, sería beneficioso tener una normativa que limite la actuación de los fondos de financiación. Desde mi perspectiva, el fondo tiene que financiar, pero sin ambición de dejar a alguien casi en la misma situación que al principio.

4. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como son los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

Siempre va a existir el riesgo de que la independencia o la autonomía se vea perjudicada. El abogado tiene que defender los intereses del demandante, y a su vez, asegurarse de ganar la mayor cuantía posible para el cliente y para sí mismo. El problema es que la cuantía siempre va a tener un límite en función del daño, y en la práctica se ve cómo muchos

abogados las engrosan a tal punto que casi se vuelve el presupuesto de educación de un país subdesarrollado. Si interviene un fondo, es evidente que esto mismo sucederá. Sin embargo, no pueden entrometerse en la estrategia procesal del abogado ni en su actuación bajo ningún concepto.

En cuanto al secreto profesional, el cliente siempre pregunta, independientemente de quién le financia, cuántas posibilidades tiene de ganar. El fondo, de manera natural, también va a querer conocer esas posibilidades de éxito, y ahí viene la importancia de que exista una Directiva europea que diga qué información está obligado a facilitar el abogado. Considero que es necesaria una regulación que determine cuál es el tipo de información que se da, ya que, en muchas ocasiones, si un fondo es fundamental para financiar los litigios que entran a un despacho, ya sólo por la importancia de dicha entidad financiera, se tiende a facilitar toda la información que pida.

En cuanto a la recíproca confianza entre abogado y cliente: el cliente, en sí mismo, puede contar con una desventaja intrínseca a su bajo nivel formativo (vg. son muy comunes las demandas colectivas financiadas por TPF, y si el cliente es una comunidad cuyo nivel educativo es limitado, el cliente siempre va a recibir menos información que el fondo). La reciprocidad puede que sea diferente y que reciba más información el fondo que el cliente, pero no en su perjuicio. El fondo va a presionar para ganar, y en el ejemplo puesto, fortalece la posición de la comunidad porque hay una entidad enorme que vela por los intereses de la estrategia.

5. En caso de haber respondido afirmativamente a la pregunta previa: ¿Considera que se podrían implementar fórmulas eficaces contra los riesgos que subyace el TPF sobre la adecuada práctica del ejercicio de la abogacía?

Lo ideal sería regular a nivel comunitario mediante una Directiva. En Holanda, si yo represento a un cliente cuyos honorarios paga un TPF, esos fondos no pueden ir destinados a la cuenta del despacho. Debo tener una cuenta bancaria supervisada por el Estado en relación a estos fondos, así se aseguran de que todo el procedimiento de financiación es legítimo.

6. Si una parte es financiada mediante TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia?

En arbitraje internacional, creo que la imparcialidad del árbitro puede llegar a ser más cuestionable que la de un juez que no gana absolutamente nada en un procedimiento, ya que el salario del juez es independiente. Un

árbitro genera su fama en función de los casos que arbitra, ya no sólo por la "pasta" que le van a pagar a ese árbitro. Técnicamente siempre va a ser una persona capacitada, pero cuando hay un fondo, puede surgir un conflicto de intereses.

Los árbitros también son humanos, y por tanto la independencia e imparcialidad se puede llegar a mermar. Por tanto, considero que sí debería conocer que la parte es financiada mediante un TPF.

7. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses? ¿Estima que emana otras ventajas, como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

Yo me posiciono favorablemente a revelarlo. Cuando se revela que existe un tercero financiador, las probabilidades de recusación y de que prospere una acción de anulabilidad disminuyen.

8. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

La considero una herramienta favorable para el ejercicio de la abogacía, ya que garantiza el acceso a la justicia a una parte de demandas que no cubre el Estado. Sin embargo, necesita ser regulado a nivel de la Unión Europea.

Los criterios orientativos de los Colegios de la Abogacía desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

ANA MARÍA AIDO VÁZQUEZ

UNIVERSIDAD DE VIGO

Ana María Aido Vázquez

Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo
Universidad de Vigo

Colexio da Avogacía de Vigo

Segundo premio

XI Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2023

Resumen

El Tribunal Supremo ha confirmado algunas de las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a diversos Colegios de la Abogacía, sentando jurisprudencia sobre la ilegalidad de los criterios orientativos de honorarios elaborados y difundidos por dichas corporaciones a los exclusivos de efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas de los/as letrados/as, al considerar que estos infringen la normativa de defensa de la competencia.

Así, en el presente trabajo, tras estudiar el actual marco normativo en materia de honorarios profesionales, se ofrece un análisis de las resoluciones dictadas por la autoridad española de competencia y el Alto Tribunal. Además, se examinan las cuestiones controvertidas suscitadas a raíz de las mencionadas decisiones y se presentan posibles alternativas para que la actuación de los Colegios sea acorde al Derecho de la competencia.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Colegios de la Abogacía, honorarios, tasación de costas, criterios orientativos.

Abstract

The Supreme Court has ratified some of the sanctions imposed by the National Markets and Competition Commission on various Bar Associations, establishing jurisprudence on the illegality of the guidance criteria on lawyers' fees developed and published by these corporations for the exclusive purpose of the appraisal of litigation costs and the claim of lawyers' fees, considering that they infringe Competition law.

Thus, this paper, after studying the current regulatory framework on lawyers' fees, offers an analysis of the rulings handed down by the Spanish competition authority and the Supreme Court. In addition, it examines the controversial issues raised by these decisions and presents possible alternatives to ensure that the actions of the Bars are in line with Competition law.

Keyword: Competition law, Bar Associations, lawyers' fees, appraisal of litigation costs, guidance criteria.

Listado de abreviaturas

AN Audiencia Nacional.

art./s artículo/s.

CC Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CDAE Código Deontológico de la Abogacía Española.

CGAE Consejo General de la Abogacía Española.

CNC Comisión Nacional de Competencia (2007-2013).

CNMC Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2013-).

DOCE Diario oficial de la Comunidades Europeas.

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea.

EGAE Estatuto General de la Abogacía Española.

ICAAH Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares.

ICAAVILA Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Ávila.

ICAB Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.

ICACOR Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña.

ICAGU Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara.

ICALBA Ilustre Colegio de la Abogacía de Albacete.

ICALPA Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.

ICAM Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.

ICAS Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

ICATF Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife.

ICASV Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia.

ICAR Ilustre Colegio de la Abogacía de La Rioja.

ICAV Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

LCoord Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

LCP Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

LAJ Letrado/a de la Administración de Justicia.

LEC Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LECrim Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LDC Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

pág/s.: página/s.

RD Real Decreto.

TDC Tribunal de Defensa de la Competencia (1963-2007).

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLCU Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

TS Tribunal Supremo.

UE Unión Europea.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN **73**
2. LOS HONORARIOS DE LA ABOGACÍA **75**
2.1. Libre fijación de honorarios: El pacto de cuota *litis* 75
2.2. El papel de los Colegios Profesionales 78
2.2.1. Evolución de marco normativo 78
2.2.2. Tasación de costas y jura de cuentas 79
3. LOS CRITERIOS ORIENTATIVOS DE HONORARIOS Y LA LIBRE COMPETENCIA **83**
3.1. Consideraciones preliminares 83
3.2. Caso ICALPA 85
3.3. Caso ICAM e ICAAH 88
3.4. Caso ICAGU 89
3.5. Caso Bankia 90
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO **92**
5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE LOS COLEGIOS DE LA ABOGACÍA DE EMITIR INFORMES SOBRE HONORARIOS **95**
5.1. La finalidad de los criterios orientativos 95
5.2. El deber de información de los abogados y abogadas 98
5.3. Los nuevos criterios orientativos del ICAB 99
5.4. Una propuesta de reforma del actual marco normativo 102
6. CONCLUSIONES **104**
7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA **106**
a) Libros y capítulos de libro 106
b) Artículos 107
c) Otros documentos 107
8. NORMATIVA **108**
a) Europea 108
b) Española 108
9. RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE OTROS ORGANISMOS **109**
a) Comisión Europea 109
b) Tribunal de Justicia de la Unión Europea 109
c) Tribunal Constitucional 109
d) Tribunal Supremo 109
e) Audiencia Nacional 110
f) Autoridad española de la competencia 110

1. INTRODUCCIÓN

En lo que respecta a la retribución de los/as profesionales de la Abogacía, debemos partir de la existencia de libertad de pacto entre dichos/as profesionales y su clientela en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios. Así pues, la cuantía de los honorarios será la que libremente acuerden las partes, siempre que se respeten las normas deontológicas y de competencia, así como los derechos de quienes consumen (art. 1255 del Código Civil).

Por su parte, en materia de tasación de costas judiciales y jura de cuentas de los/as letrados/as, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), los Colegios de la Abogacía tiene entre sus funciones la de dictar informes preceptivos a requerimiento judicial, en aquellos casos en que el importe de los honorarios es impugnado por estimarlo excesivo. Por ello, la actual normativa sobre Colegios Profesionales prevé la posibilidad de que dichas entidades elaboren criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas.

En este contexto, entre los años 2015 y 2018, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sancionó a diversos Colegios de la Abogacía de nuestro país por la elaboración y difusión de criterios orientativos de honorarios al considerar que estos no se trataban de meros criterios de carácter orientador, sino de auténticos baremos o listados de precios para cada actuación de los/as profesionales de la Abogacía, que infringían lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia.

Recientemente, entre finales de 2022 y principios de 2023, algunas de las resoluciones mencionadas han sido confirmadas por el Tribunal Supremo (TS), el cual ha sentado jurisprudencia, declarando que las corporaciones colegiales de la Abogacía no pueden aprobar criterios orientativos tendentes a cuantificar los honorarios de los/as letrados/as.

Las sentencias del Alto Tribunal no han estado libres de crítica por parte de los Colegios, quienes han puesto de manifiesto que la prohibición de los baremos orientativos dificulta el cumplimiento de su obligación legal de emitir los correspondientes dictámenes de tasaciones de costas y jura de cuentas de manera objetiva, trasparente y no discriminatoria.

Así las cosas, en el presente trabajo, partiendo del examen de la legislación vigente en materia de honorarios profesionales, se realiza un análisis de las diversas resoluciones administrativas y judiciales dictadas hasta el momento

con el objeto de valorar si las conductas realizadas por los Colegios de la Abogacía son contrarias al Derecho de la Competencia. Además, se examina la problemática que la nueva jurisprudencia ha planteado y se presentan algunas sugerencias con el fin de superarla.

2. LOS HONORARIOS DE LA ABOGACÍA

Una vez expuesta la problemática que el presente trabajo pretende abordar, resulta necesario profundizar en la regulación de los honorarios de los/as abogados/as, con la finalidad de comprender el concepto, las normas en cuanto a su determinación, así como la relevancia que los Colegios Profesionales tienen en esta materia.

2.1. Libre fijación de honorarios: El pacto de cuota *litis*

La relación entre los/as letrados/as y su clientela se califica jurídicamente como un contrato de arrendamiento de servicios, que consiste en el asesoramiento jurídico y, en su caso, en la defensa de los intereses a favor del cliente, asumiendo este último la obligación de abonar un precio[1]. Así pues, los abogados y abogadas, al igual que cualquier otro profesional, tienen derecho a cobrar por la prestación de sus servicios[2].

La retribución económica de los/as profesionales de la Abogacía recibe el nombre de "honorarios", y, en particular, estos se pueden definir como la contraprestación económica con la que el cliente aprovisiona o remunera al letrado, a cambio de los servicios profesionales que recibirá, o ha recibido, en defensa de sus intereses en cualquier área del Derecho, con motivo del ejercicio liberal de la profesión[3].

Dado que la Abogacía es una profesión liberal, a diferencia de otros operadores jurídicos[4], las/os abogadas/os son libres para establecer el precio de su trabajo, sin perjuicio de hacerlo a partir de los acuerdos alcanzados con su clientela[5]. En concreto, el art. 26 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) dispone que: "La cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el profesional de la Abogacía con respeto a las

1. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 178.
2. El art. 25 EGAE, en materia de derecho al cobro de honorarios, recoge que "el profesional de la Abogacía tiene derecho a una contraprestación por sus servicios, así como al reintegro de los gastos ocasionados".
3. MARTÍNEZ GARCÍA, CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, ROMERO PÉREZ y CASTILLO MARTÍNEZ (2014), pág. 135. En este sentido, también vid. TINTI y TINTI (2014), págs. 12-13.
4. En este sentido, los procuradores concretan su retribución de conformidad con unos aranceles, que tienen carácter de precios máximos, determinados por el RD 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales. De la misma forma, los honorarios de los notarios y registradores de la propiedad se fijan de acuerdo con los aranceles regulados, respectivamente, por el RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, y por el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.
5. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), pág. 37.

normas deontológicas y sobre defensa de la competencia y competencia desleal"[6].

En consecuencia, a los efectos de fijar los honorarios profesionales, se ha de atender a lo acordado con el cliente, siendo muy recomendable la firma de una hoja de encargo o presupuesto, en donde se recojan los términos del convenio económico alcanzado entre ambas partes, incluyéndose aspectos, como la cuantía y la forma de pago[7]. En este sentido, los propios Colegios de la Abogacía recomiendan la elaboración de estos documentos, ya que resultan esenciales a la hora de reclamar los honorarios mediante la jura de cuentas[8].

Además, el art. 14 del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa[9] prevé la posibilidad de que toda persona pueda "solicitar que la contratación de los servicios jurídicos de defensa se formalice por escrito en una hoja de encargo profesional o medio equivalente, en el que constará la información de los derechos que le asisten, los trámites esenciales a seguir en función de la controversia planteada y las principales consecuencias jurídicas inherentes a su decisión, así como del presupuesto previo con los honorarios y costes derivados de su actuación".

Como se ha explicado previamente, el EGEA otorga absoluta libertad en materia de fijación de las retribuciones económicas de los/as profesionales de la Abogacía. En este contexto, resulta necesario examinar el denominado "pacto de cuota *litis*", que consiste en el acuerdo negociado entre el/la abogado/a y su cliente, previo a la terminación del asunto, mediante el cual este último se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por dicho asunto[10].

Tradicionalmente, se ha diferenciado entre el pacto de cuota *litis* atenuado y en sentido estricto. Por un lado, el primero se refiere a aquel por el cual abogado/a y cliente pactan que el primero recibirá como honorarios una cantidad fija y un porcentaje de lo que obtenga en el pleito. Por otro lado, por pacto de cuota *litis* en sentido estricto se entiende aquel por el que el/la letrado/a es retribuido/a con un

6. En el mismo sentido, el art. 14 del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE): "Quien ejerce la Abogacía tiene derecho a percibir retribución u honorarios por su actuación profesional, así como el reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida con el cliente con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal, debiendo informar previamente su importe aproximado o las bases para su determinación...".
7. *Vid*. art. 27 EGAE y art. 15 CDAE.
8. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 180-181.
9. *Vid*. Anteproyecto de Ley Organiza del Derecho de Defensa, aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2023. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20ley%20org%C3%A1nica%20DERECHO%20DEFENSA.pdf
10. ACHÓN BRUÑÉN (2023), pág. 12. En el mismo sentido, vid. TINTI y TINTI (2014), pág. 30.

porcentaje de lo obtenido en caso de ganar el juicio y no cobra nada si lo pierde[11]. Este tipo de acuerdos han estado prohibidos históricamente en el EGAE[12] y su incumplimiento estuvo previsto como infracción en el CDAE[13].

Sin embargo, el TS se pronunció sobre esta materia a raíz de un recurso presentado por un particular que, anteriormente, había denunciado al Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) ante el Servicio de Defensa de la Competencia por considerar que el art. 16 CDAE de 2002, el cual prohibía el pacto de cuota *litis* en sentido estricto, violaba el art. 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, vigente en aquel momento, conforme al cual estaban prohibidos los acuerdos o decisiones consistentes en "la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (...)".

Así pues, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en resolución de 26 de septiembre de 2002[14], estimó que efectivamente se había incurrido en una conducta prohibida por el citado art. 1 LDC, ya que la prohibición de la cuota *litis* suponía la fijación de precios mínimos contrarios a la libre competencia y, en consecuencia, sancionó al CGAE, el cual recurrió dicha decisión ante la Audiencia Nacional (AN). El 27 de junio de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN dictó sentencia estimatoria del recurso entablado por el CGAE y anuló la sanción[15].

Posteriormente, la decisión de la AN fue recurrida en casación ante el TS, que, finalmente, en sentencia de 4 de noviembre de 2008, estimó que la prohibición del pacto de cuota *litis* infringía la normativa sobre libre competencia, ya que restringía de forma injustificada la libertad de negociación de precios entre cliente y abogado/a y, de manera indirecta, imponía unos honorarios mínimos[16]. Así pues, esta resolución vino a admitir

11. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), págs. 39-40.
12. En concreto, el art. 37 EGAE de 1946 preveía que: "De ningún modo se admitirá la fijación del pago en un tanto por ciento o parte alícuota del valor que se obtenga del litigio o de los bienes litigiados". Asimismo, el art. 56.1 EGAE de 1982 establecía: "Queda expresamente prohibido el pacto de cuota *litis*". Por último, el art. 44.3 EGAE de 2001 disponía: "Se prohíbe en todo caso la cuota *litis* en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto".
13. El art. 16 CDAE de 2002 recogía la prohibición del pacto de cuota *litis* en sentido estricto y, además, en su apartado 3 definía la cuota *litis* atenuada: "No es cuota *litis* el pacto que tenga por objeto fijar unos honorarios alternativos según el resultado del asunto, siempre que se contemple el pago efectivo de alguna cantidad que cubra como mínimo los costes de prestación del servicio jurídico concertado para el supuesto de que el resultado sea totalmente adverso, y dicha cantidad sea tal que, por las circunstancias concurrentes o las cifras contempladas, no pueda inducir razonablemente a estimar que se trata de una mera simulación".
14. *Vid*. Expediente TDC 528/01: Consejo General de la Abogacía. Resolución de 26 de septiembre de 2002.
15. *Vid*. SAN 6902/2005, de 27 de junio (ECLI:ES:AN:2005:6902).
16. *Vid*. STS 6610/2008, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6610).

indirectamente la legalidad del pacto de cuota *litis* en toda su extensión[17]. Y, en consecuencia, el actual EGAE, aprobado en 2021, ya no prohíbe dicho pacto[18].

2.2. El papel de los Colegios Profesionales

2.2.1. Evolución de marco normativo

En materia de honorarios profesionales, los Colegios de la Abogacía asumen un rol importante, especialmente, en cuanto al procedimiento de tasación de costas y jura de cuentas de los/as letrados/as, los cuales son analizados más adelante[19].

En concreto, dichos Colegios se encuentran regulados por la Ley 2/1974, sobre Colegios Profesionales (LCP), la cual, en su art. 1, los define como "corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines". Asimismo, el art. 2 LCP establece el pleno sometimiento de dichas entidades a la normativa vigente en materia de defensa de la competencia[20].

El art. 5 del texto original de la LCP, aprobado en 1974, recogía como función de los Colegios la regulación de los honorarios mínimos de las profesiones colegiadas. Sin embargo, el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio y la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, eliminaron dicha función, disponiendo que estos solo podrían establecer baremos de honorarios de carácter meramente orientativo.

Posteriormente, la LCP fue nuevamente reformada para adaptarla a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como "Directiva Servicios". En concreto, la transposición de la referida norma al ordenamiento español se realizó mediante la aprobación de las Leyes 25/2009, de 22 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus) y 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas).

17. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), pág. 42.
18. Sobre la admisión del pacto de cuota litis, así como sobre sus ventajas e inconvenientes, vid. GÓMEZ LIGÜERRE y RUIZ GARCÍA (2009), págs. 8-11.
19. Vid. infra epígrafe 2.2.2.
20. En relación con la naturaleza de los Colegios Profesionales y la aplicación del Derecho de la Competencia, vid. LAGUNA DE PAZ (2019), págs. 1-4. Asimismo, sobre la evolución de la aplicación del Derecho de la Competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas, vid. CALVO SÁNCHEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, MENÉNDEZ GARCÍA y PELLICER ZAMORA (2002).

Así pues, respecto a las modificaciones introducidas por la Ley Ómnibus en la LCP, cabe destacar la derogación de la función de los Colegios relativa al establecimiento de baremos de honorarios con carácter meramente orientativo.

Asimismo, dicha Ley incorporó a la LCP un nuevo art. 14, el cual recoge lo siguiente: "Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta".

La Ley Ómnibus también introdujo una nueva Disposición adicional 4ª en la citada norma, la cual establece que: "Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita"[21].

Por tanto, en atención a los preceptos mencionados, en la actualidad, como regla general, los Colegios no pueden establecer normas, directrices o recomendaciones sobre honorarios profesionales, permitiéndose como única excepción la elaboración de "criterios orientativos" en materia de tasación de costas y jura de cuentas. Esto significa que, tras la nueva redacción de la LCP, los criterios orientadores solo cobran sentido cuando existe un procedimiento judicial en el que tengan que ser aplicados[22].

Asimismo, dichos criterios orientativos también son válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden en la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita[23].

2.2.2. Tasación de costas y jura de cuentas

Una vez expuestas las competencias de los Colegios de la Abogacía en relación con la remuneración de las abogadas y abogados, conviene explicar en

21. En términos similares, el art. 29 EGAE también prevé la posibilidad de los Colegios de elaborar criterios orientativos a efectos de tasación de costas y jura de cuentas: "Los Colegios de la Abogacía podrán elaborar criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los profesionales de la Abogacía, así como informar y dictaminar sobre honorarios profesionales, pudiendo incluso emitir informes periciales, en los términos del artículo 5.o) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Los citados criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios que correspondan a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita".
22. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 183.
23. Sobre la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita, vid. FRANQUET SUGRAÑES (2022), págs. 268-269.

qué consisten los procedimientos de tasación de costas judiciales y jura de cuentas, así como la actuación de dichas corporaciones en este ámbito.

A tenor de lo dispuesto en el art. 241 LEC, en un litigio, como regla general, cada parte debe pagar los gastos y costas del proceso causados a su instancia según se van produciendo. Asimismo, dicho precepto define los gastos del proceso como "aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso", estableciendo que las costas son la parte de dichos gastos que se refiere al pago de ciertos conceptos relacionados en la norma, entre los que se incluyen los honorarios de los/as abogados/as[24].

Según el art. 242 LEC, en los casos en que el proceso finalice con la condena en costas de la parte vencida, se procederá a la tasación de estas, si la parte condenada no las hubiera satisfecho antes de que la contraria solicite dicha tasación[25]. Por tanto, la tasación de costas se refiere a la fijación o determinación de las partidas cuyo reembolso debe llevar a cabo la parte condenada en costas por una resolución judicial en principio firme[26].

La tasación de costas puede ser impugnada, de acuerdo con lo establecido en el art. 245 LEC, por la inclusión de partidas, derechos o gastos indebidos. También cabe impugnarla por considerar excesivo el importe de los honorarios de los/as profesionales de la Abogacía.

En este último caso, en virtud del art. 246 LEC, el procedimiento consistirá en oír en el plazo de cinco días al abogado/a y, si no acepta la reducción de honorarios reclamada, se pasará testimonio de los autos, o de la parte de ellos que resulte necesaria, al Colegio de la Abogacía para que emita informe. Finalmente, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia (LAJ), a la vista de lo actuado y de los dictámenes emitidos, dictará decreto manteniendo la tasación realizada o, en su caso, introducirá las modificaciones que estime oportunas.

Por su parte, la jura de cuentas de los/as abogados/as, también conocida como "cuenta jurada" o "procedimiento por cuenta manifestada o por

24. De acuerdo con el art. 241 LEC, las costas incluyen los honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas; la inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse durante el proceso; depósitos necesarios para la presentación de recursos; derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso; copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley; derechos arancelarios; la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva.
25. Sobre la regulación de la tasación de costas, vid. Título VII del Libro I LEC y Título XI del RD de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).
26. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 43.

manifestación de cuenta", hace referencia a un procedimiento especial a través del cual dichos/as profesionales pueden reclamar el pago de sus honorarios.

De conformidad con el art. 35 LEC, el/la abogado/a puede requerir frente a la persona representada o defendida en un proceso el pago de los honorarios devengados. Ante tal reclamación, el/la LAJ requerirá al deudor para que pague totalmente o formule oposición, con la advertencia de que, en caso contrario, se despachará ejecución. Si la persona deudora paga totalmente terminará el procedimiento, pero, si formula oposición, este se transforma formalmente en el procedimiento previsto para la impugnación de la minuta[27]. Por último, en caso de que no atienda el requerimiento o pague parcialmente, el proceso finaliza y, previa solicitud, podrá abrirse la ejecución[28].

Así las cosas, como se ha explicado anteriormente, en materia de tasación de costas y jura de cuentas, el art. 246.1 LEC prevé que, en aquellos casos en que se impugne el importe de los honorarios de los/as letrados/as por considerarlo excesivo, el Colegio de la Abogacía del partido judicial al que pertenezca el órgano judicial competente, tiene el deber legal de emitir un informe.

Dicho informe tiene la consideración de dictamen pericial, y como tal el/la LAJ lo valorará y tendrá en cuenta en la medida que lo considere adecuado. No obstante, cabe destacar que las conclusiones de dichos informes suelen ser aceptadas dada la credibilidad y prestigio del que gozan por el detalle en su elaboración[29].

Además, se debe resaltar que estos informes, a pesar de no ser vinculantes, sí son preceptivos, habiendo manifestado el Tribunal Constitucional que su falta no es una mera irregularidad, sino una causa de indefensión[30].

Esta función pericial de los Colegios de la Abogacía, como toda pericia, de conformidad con el art. 335.2 LEC, ha de realizarse de manera imparcial y

---

27. El art. 35 LEC señala que si los honorarios se impugnan por indebidos, "se estará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del apartado 2 del artículo anterior", es decir, el LAJ dará traslado al abogado por tres días para que se pronuncie sobre la impugnación; y, a continuación, examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada, y dictará, en el plazo de diez días, decreto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al abogado, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación. Por el contrario, si los honorarios son impugnados por excesivos, "el LAJ dará traslado al abogado por tres días para que se pronuncie sobre la impugnación. Si no se aceptara la reducción de honorarios que se le reclama, el LAJ procederá previamente a su regulación conforme a lo previsto en los artículos 241 y siguientes, salvo que el abogado acredite la existencia de presupuesto previo en escrito aceptado por el impugnante, y dictará decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los cinco días siguientes a la notificación".
28. BONET NAVARRO (2017), pág. 76.
29. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), pág. 86.
30. *Vid*. STC 62/2009, de 9 de marzo (ECLI:ES:TC:2009:62).

objetiva, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Asimismo, dichos dictámenes deben exponer una opinión técnica basada en criterios lógicos y razonables, que en ningún caso sean arbitrarios, lo que exige, en cumplimiento del art. 336.2 LEC, una mínima motivación de esa pericia para su adecuada valoración. Por ello, resulta fundamental indicar los criterios utilizados para la elaboración del informe, así como las razones y los cálculos llevados a cabo para informar al órgano judicial sobre el carácter excesivo o no excesivo de los honorarios incluidos en las costas, en cada caso concreto, al ponerlos en relación con la actuación profesional de que se trate.

En resumen, debe garantizarse que dicha función pericial de los Colegios se lleva a cabo siguiendo los mismos criterios para cualquier profesional y con resultados iguales para supuestos idénticos o muy similares. Por ello, la Disposición adicional 4ª LCP faculta, de modo excepcional, a los Colegios Profesionales a elaborar criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas[31].

31. MUNNÉ CATARINA (2020), págs. 396-397.

3. LOS CRITERIOS ORIENTATIVOS DE HONORARIOS Y LA LIBRE COMPETENCIA

Tras haber realizado una aproximación al actual marco normativo de los honorarios de las/os profesionales de la Abogacía, el presente apartado del trabajo se centra en analizar las resoluciones dictadas por la CNMC, entre 2016 y 2018, contra diversos Colegios de la Abogacía por la elaboración y difusión de sus criterios orientativos de honorarios, al entender que dicha práctica vulneraba el Derecho de la competencia.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de pasar a examinar los expedientes mencionados, conviene realizar una serie de apreciaciones previas con el fin de lograr un mejor entendimiento de las decisiones de la autoridad española de competencia.

En primer lugar, cabe destacar que los honorarios profesionales cumplen una importante función desde la perspectiva de la competencia, ya que inciden en el principio de libre fijación de precios, el cual permite que los consumidores obtengan reducciones en el precio de los servicios, así como una mejora en su calidad y variedad[32].

En consecuencia, la fijación colectiva de honorarios constituye un obstáculo a la libre competencia, puesto que puede suprimir o reducir considerablemente los beneficios que las personas consumidoras obtienen en mercados competitivos[33]. En este sentido, la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su *Informe sobre los Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios* ha señalado que: "La fijación de honorarios es una de las prácticas más dañinas de la competencia, puesto que limita la capacidad de los profesionales de utilizar el precio como herramienta de diferenciación y competencia. (...) Los baremos orientativos de honorarios y los honorarios máximos, aunque puedan no ser vinculantes, favorecen el alineamiento de tarifas, y la experiencia muestra que normalmente se combinan con otros elementos que aumentan su grado de vinculación para el profesional"[34].

---

32. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 113.
33. En este sentido, *vid. Informe del TDC, aprobado en fecha 1 de junio de 1992, sobre el libre ejercicio de las profesiones*, págs. 23-24.
34. *Informe de la CNC, aprobado en fecha de 18 de abril de 2012, sobre Colegios Profesionales tras la trasposi-*

Al igual que la fijación de honorarios, las recomendaciones de precios inciden negativamente en la competencia, ya que pueden provocar una homogeneización de los precios entre los profesionales y, asimismo, crear confusión entre los consumidores sobre los niveles de precios razonables[35]. Por este motivo, como se ha expuesto anteriormente, la Ley Ómnibus[36] suprimió la fijación orientativa de honorarios por parte de los Colegios Profesionales, ya que se consideró que dicha práctica no era acorde al Derecho de la competencia, al tener efectos muy similares a los de una fijación de precios, pues facilitaba que los/as letrados/as se comportasen de la misma forma al poder anticipar el comportamiento económico de sus competidores[37].

Sin embargo, como también se ha explicado previamente, la Ley Ómnibus [38], mediante la Disposición adicional 4ª LCP, introdujo una excepción a la prohibición de fijar honorarios orientativos, permitiendo la elaboración de criterios orientativos por parte de los Colegios Profesionales a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas. En resumen, con la referida reforma, se prohibieron los "baremos" de honorarios, permitiéndose exclusivamente, con los indicados fines, la elaboración de "criterios" orientativos para que cada profesional, libre y autónomamente, establezca el precio de sus servicios profesionales.

A efectos del presente estudio, la distinción entre ambos conceptos resulta esencial. Un baremo es un listado o repertorio de tarifas, mientras que unos criterios son un conjunto de normas o reglas no vinculantes conforme a las que se adopta un juicio o decisión[39].

Sobre dicha diferenciación, conviene resaltar lo declarado por la CNC en el expediente S/0431/12, Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales, la cual señala que los criterios sirven para "valorar el trabajo realizado en función del conocimiento requerido, tiempo empleado, necesidades de documentación u otros criterios de esa índole", mientras que los baremos son "un listado que establece una serie de tipologías genéricas de servicios a los que se les asigna un precio mínimo y un precio máximo, en unos casos, un precio fijo en otros y un mínimo en el resto, o también un porcentaje

ción de la Directa de Servicios, pág. 67.
35. En este sentido, *vid. el Informe de la Comisión Europea sobre competencia en los servicios profesionales,* de 9 de febrero de 2004, así como la Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 1993, 93/438/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.407 - CNSD); la Decisión de la Comisión, de 30 de enero de 1995, 95/188/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.686 - COAPI) y la Decisión 2005/8/CE de la Comisión, de 24 de junio de 2004 relativa a un procedimiento conforme al artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/A.38549 - Colegio Belga de Arquitectos).
36. *Vid. supra* epígrafe 2.2.1.
37. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 118-119.
38. *Vid. supra* epígrafe 2.2.1.
39. TÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 119.

del valor de la tasación a realizar, sin ningún vestigio de criterio que haga referencia a las mayor o menor necesidad de tiempo para elaborar los respectivos peritajes"[40].

En el mismo sentido, también se ha pronunciado la CNC en su Informe sobre Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios, indicando que la Disposición adicional 4ª LCP "hace referencia a criterios orientativos y no a baremos orientativos, debiendo entenderse como criterio orientativo el conjunto de elementos que han de tenerse en cuenta para la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados, y no el resultado cuantitativo de aplicar dichos criterios en cada caso concreto, que sería el precio u honorario"[41].

Por todo ello, a la luz de la LCP, cabe entender que los criterios orientativos no pueden incluir tablas de precios, cuantías o escalas aplicables a las diversas actuaciones profesionales, ya que esto constituiría un baremo de honorarios[42].

Una vez realizadas las anteriores matizaciones sobre la relación entre los honorarios de las/os profesionales de la Abogacía y la libre competencia, a continuación, se pasa a analizar los expedientes incoados por la autoridad española de competencia contra varios Colegios de la Abogacía.

3.2. Caso ICALPA

El 23 de julio de 2015, la CNMC sancionó al Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas (ICALPA) con una multa de 19.443 euros por la comisión de una infracción del art. 1 LDC[43], tipificada como muy grave[44], consistente en una recomendación colectiva de precios[45].

Concretamente, el expediente se inició con motivo de una consulta planteada por un particular ante la CNC sobre la aplicación de los criterios de honorarios establecidos por el ICALPA, la cual fue remitida para su

40. *Vid*. Expediente CNC S/0431/12: Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales. Resolución de 10 de septiembre de 2013, págs. 21-22.
41. *Informe de la CNC, aprobado en fecha de 18 de abril de 2012, sobre Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios*, pág. 71.
42. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 119-120.
43. El art. 1.1 LDC prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".
44. El art. 62.4 LDC señala que "son infracciones muy graves: a) El desarrollo de conductas tipificadas en el artículo 1 de esta ley y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".
45. *Vid*. Expediente CNMC SACAN/31/2013: Honorarios profesionales Colegio Abogados Las Palmas. Resolución de 23 de julio de 2015.

contestación al Servicio Canario de Defensa de la Competencia adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la UE, por ser el competente conforme a la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (LCoord)[46].

Asimismo, con posterioridad, la misma persona que había realizado la consulta interpuso, ante la referida Viceconsejería, una denuncia contra el ICALPA por una conducta restrictiva de la competencia, consistente en la emisión por parte de dicha corporación de un informe en el que se pronunciaba sobre una disputa entre uno de sus colegiados y su cliente por la cuantía de los honorarios profesionales. En particular, en dicho documento, el Colegio evalúa la validez de las minutas giradas por el letrado a la denunciante, de conformidad con los "Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales del ICALPA a los efectos de informe a requerimiento judicial en las impugnaciones de tasación de costas y jura de cuentas de los Abogados".

Como es sabido, los Colegios de la Abogacía solo pueden pronunciarse sobre los honorarios de los/as abogados/as a petición judicial, en el marco de un procedimiento de tasación de costas o jura de cuentas, para lo cual sí que pueden contar con criterios orientativos[47]. Por ello, en su resolución sancionadora, la CNMC considera que el pronunciamiento del ICALPA sobre la discusión del importe de las minutas entre el colegiado y su cliente, estando basado su informe en una aplicación de los criterios orientativos del Colegio, constituye una actuación prohibida por el art. 1 LDC, ya que puede provocar la homogeneización de los precios de los servicios de los abogados en el mercado geográfico de referencia[48].

Según la autoridad de competencia, el dictamen emitido por el ICALPA puede llevar a los colegiados a pensar que, en casos similares, la corporación aplicará la misma cuantificación, eliminando la incertidumbre que debe de existir sobre el comportamiento de los competidores.

Asimismo, en relación con los criterios orientadores del ICALPA, la CNMC considera que estos no son criterios, sino auténticos baremos, y, por ello, su difusión a través de la página web colegial y de circulares informativas,

---

46. *Vid*. art. 2.1 LCoord.
47. *Vid*. supra epígrafe 2.2.1.
48. En este caso, la CNMC consideró que el mercado de referencia susceptible de ser afectado por las conductas del ICALPA es el del ejercicio de los profesionales del Derecho correspondiente a la rama CNAE 6910 "Actividades Jurídicas". El mercado geográfico se delimita al territorio de las islas de Gran Canaria y Fuerteventura, que se corresponde con el ámbito de actuación del ICALPA. Además, puesto que en España para el ejercicio de la profesión de abogado es obligatoria la colegiación, las conductas analizadas afectan a todos los abogados ejercientes en dicho ámbito geográfico.

mediante las que se informó a los colegiados de las distintas modificaciones realizados sobre estos, supone una recomendación colectiva de precios mínimos prohibida por el art. 1 LDC y no amparada por la exención del art. 4 LDC.

En particular, el documento elaborado y publicado por el ICALPA contiene criterios cuantificados. A modo de ejemplo, cabe citar el criterio núm. 38, modificado en la sesión de la Junta de Gobierno del ICALPA, celebrada el 20 de junio de 2012, el cual dispone que: "En los casos en que presentada oposición en un monitorio el actor no presentase la demanda del Juicio Ordinario en el plazo legal, las costas, en su caso, se calcularán como en los Juicios Declarativos por la cantidad declarada en el escrito inicial del monitorio con una reducción del 75%".

Otro ejemplo sería el criterio núm. 46, cuya redacción fue modificada el 6 de noviembre de 2012: "Se graduaran los honorarios conforme al 50% de la escala del criterio 35, tomando como base la cuantía fijada en la resolución definitiva en el supuesto de que planteada la impugnación se confirme la cantidad por la que se presentó la liquidación, y en el supuesto de que dicha cantidad resulte rebajada, se tomará como cuantía la diferencia entre la cantidad solicitada por el ejecutante y la propuesta en su impugnación por el obligado al pago. Si hubiera conformidad del deudor con la liquidación o cumplimiento de la obligación de la rendición de cuentas se aplicará el 20% de la escala del criterio 35, recomendándose 1100 euros". Además, consta en el expediente que la modificación de este criterio fue notificada a los/as colegiados/as a través de la Circular núm. 43/2012, de 18 de diciembre de 2012.

Por ello, la CNMC considera que la difusión de dichos criterios cuantitativos provoca que estos adquieran potencialidad para convertirse en la práctica en verdaderos baremos profesionales, señalándose en la resolución que "el hecho de que los colegiados conozcan los criterios cuantificados que en caso de impugnación de costas aplicará el Colegio en el informe que solicitan los tribunales al objeto de conocer si la minuta es excesiva, provoca que aquéllos calculen sus honorarios sobre la base de dichos Criterios, deviniendo precios mínimos en el mercado".

Además, el propio documento del ICALPA, en su Disposición general 4ª, prevé que dichos criterios servirán como guía "cuando no exista pacto o presupuesto escrito respecto a la cuantificación de los honorarios y éstos sean objeto de discusión entre Abogados o entre Abogado y Cliente", lo cual presupone el conocimiento o el acceso a los mismos por parte de los profesionales y de sus clientes.

Por todo lo anterior, en este caso, la CNMC consideró probada la violación del art. 1 LDC por parte de dicho Colegio, entendiendo que los hechos pueden ocasionar un efecto anticompetitivo en el mercado, ya que la recomendación de honorarios tiene aptitud suficiente para provocar un alineamiento en los comportamientos de los abogados, desincentivando la competencia entre ellos en precios, calidad y servicio y, en consecuencia, perjudicando a los clientes. Además, cabe destacar que se trata de una restricción de la competencia por objeto, por lo que no es necesario que la autoridad de competencia pruebe que esto efectivamente ocurre[49].

3.3. Caso ICAM e ICAAH

En términos similares al caso anterior, el 15 de septiembre de 2016, la CNMC sancionó al Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM) y al Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares (ICAAH) con multas de 459.024 euros y 25.264 euros, respectivamente, por haber vulnerado el art. 1 LDC mediante la realización de recomendaciones de precios mínimos a sus colegiados/as[50].

En concreto, en 2013, el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, en colaboración con la extinta CNC, tuvo conocimiento de la publicación en la página de web de ambos Colegios de cierta información relacionada con la aprobación de sus criterios de honorarios. A raíz de dicha documentación, se inició una investigación de oficio sobre la posible existencia de prácticas anticompetitivas[51].

En ambos expedientes, la CNMC acredita que tanto el ICAM como el ICAAH publicaron una recopilación de criterios orientativos de honorarios a efectos de la emisión de informes a requerimiento judicial en 2013, es decir, en una fecha posterior a la entrada en vigor de la reforma de la LCP a causa de la Ley Ómnibus, que constituye una recomendación colectiva de precios, puesto que los documentos contienen un listado cuantificado de honorarios.

---

49. Los arts. 101 TFUE y 1 LDC prohíben tanto las conductas restrictivas por su objeto como aquellas que lo son por sus efectos negativos para la competencia. Según la jurisprudencia consolidada del TJUE, las conductas restrictivas por su objeto son aquellas que, por su propia naturaleza y dados los objetivos de las normas de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario acreditar cualquier efecto real en el mercado (STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265). En la doctrina, sobre este aspecto, vid. COSTAS COMESAÑA (2022), pág. 40; DIÉZ-ESTELLA y GUERRA FERNÁNDEZ (2020).
50. *Vid*. Expedientes CNMC SAMAD/09/2013 I: Honorarios profesionales ICAM y SAMAD/09/2013 II: Bis Honorarios profesionales ICAAH. Resoluciones de 15 de septiembre de 2016.
51. Ambos expedientes fueron instruidos por la administración autonómica de la Comunidad de Madrid, ya que los efectos de las conductas investigadas estaban limitados al territorio de dicha comunidad. Sin embargo, la resolución del expediente, de conformidad con el convenio suscrito entre la CNMC y la referida comunidad autónoma, correspondió a la CNMC.

La autoridad de competencia, en ambas resoluciones, considera que los criterios orientativos de dichos Colegios son auténticos baremos de honorarios, ya que incluyen valores de referencia expresados en euros, escalas y tramos de cuantías a las que aplicar determinados porcentajes, no acordes a la LCP y a la LDC.

Además, en el caso del ICAAH, se prueba que los estatutos colegiales prohíben expresamente el pacto de cuota *litis*[52], por lo que en la resolución del expediente la CNMC señala que dicha previsión vulnera la prohibición de recomendación de honorarios por parte de los Colegios Profesionales.

3.4. Caso ICAGU

Al igual que en los anteriores asuntos, el 22 de diciembre de 2016, la CNMC impuso una multa de 10.515,53 euros al Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara (ICAGU) por la realización de una conducta prohibida por el art. 1 LDC, consistente en la recomendación colectiva de precios mediante la elaboración y difusión de los "Criterios Orientativos del ICAGU, elaborados a los exclusivos efectos de tasación de costas y jura de cuentas" [53].

En este caso, los criterios de dicho Colegio, los cuales fueron elaborados en 2011, contenían una relación de actividades profesionales -ante la jurisdicción civil, ante la penal, ante la contencioso-administrativa, ante la laboral, ante el Tribunal Constitucional y Derecho Comunitario- a las que se asignaba un determinado precio en euros. En el mismo año de su elaboración, fueron publicados en la página web del ICAGU y, además, se informó de forma individualizada a los colegiados a través de correo electrónico de su puesta a disposición en la web.

Así, en la resolución la CNMC argumenta que dichos criterios no se tratan de meras orientaciones para motivar la tasación de costas, sino de baremos de precios conocidos y utilizados por los letrados, por lo que concluye con que la conducta del ICAGU infringe lo dispuesto en el art. 1 LDC, dado que consiste en una recomendación colectiva de honorarios, la cual es objetivamente apta para fomentar comportamientos uniformes entre los/as colegiados/as.

En este sentido, la aptitud objetiva de la conducta del Colegio para restringir la competencia se fundamenta en tres factores: i) la naturaleza de la conducta -elaboración y difusión de listados de precios-, ii) quién la realiza -el ICAGU- y

52. *Vid*. supra epígrafe 2.1.
53. *Vid*. Expediente S/DC/0560/15: Colegio Abogados Guadalajara 2. Resolución de 22 de diciembre de 2016.

iii) su difusión en el mercado -publicidad de los baremos a través de la página web-[54].

Por todo ello, la autoridad de competencia sanciona al ICAGU con la referida multa y le intima para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes, ordenándole, además, difundir el texto íntegro de la resolución sancionadora entre sus colegiados/as.

3.5. Caso Bankia

Por último, en línea con las anteriores resoluciones, el 8 de marzo de 2018, la CNMC sancionó a nueve Colegios de la Abogacía con una multa conjunta de 1,455 millones de euros por realizar una recomendación colectiva de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios[55].

En particular, los Colegios sancionados fueron el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Ávila (ICAAVILA), el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB), el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR), el Ilustre Colegio de la Abogacía de Albacete (ICALBA), el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla (ICAS), el Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife (ICATF), el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia (ICASV), el Ilustre Colegio de la Abogacía de La Rioja (ICAR) y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV).

En este caso, el expediente tuvo su origen en una denuncia interpuesta por Bankia, S.A., ante la Dirección de Competencia contra tres despachos de abogados y diversos Colegios Profesionales, en relación con las costas de los litigios en masa celebrados a raíz de la salida a Bolsa de la entidad en 2011 mediante una Oferta Pública de Suscripción de Acciones. En concreto, la entidad alegaba que los bufetes estaban aplicando unos precios alineados con los criterios orientativos para la tasación de costas y jura de cuentas elaborados por los Colegios, sin tener en cuenta el carácter de pleitos masivos idénticos o muy similares entre sí, lo cual ocasionaba un sobreprecio de las costas. Además, denunció la difusión de dichos criterios entre los/as colegiados/as.

Así pues, al igual que en los asuntos comentados anteriormente, en este expediente, la CNMC acredita que los Colegios mencionados elaboraron y

54. *Vid*. COSTAS COMESAÑA (2022), pág. 56.
55. *Vid*. Expediente CNMC S/DC/0587/16: Costas Bankia. Resolución de 8 de marzo de 2018.

difundieron auténticos baremos de honorarios, que cuantifican las diversas actuaciones de los letrados, resaltando que el empleo del término "criterios" por parte de los Colegios no modifica la naturaleza de los documentos, los cuales, dada su estructura y características, constituyen auténticos listados de tarifas o precios.

Además, la autoridad de competencia también señala que la intervención de los Colegios se debe limitar a informar a los órganos judiciales en los procedimientos de tasación de costas y jura de cuentas, siendo estos últimos los únicos destinatarios de los informes emitidos por los Colegios. Por tanto, la publicación de los criterios, dirigida a los colegiados y al público en general, a través de las páginas web colegiales y de varias herramientas informáticas de minutación -*Lextools* o *Jurisoft*-, no se adecúa a la normativa vigente, constituyendo una medida ilegal e innecesaria para el cumplimiento de los objetivos previstos en la LCP.

Así, la CNMC entiende que la difusión de los referidos criterios ha podido influir en la determinación de los honorarios de los abogados, más allá de la tasación de costas o jura de cuentas, alineando los precios de las actuaciones profesionales y falseando el sistema de libre fijación de honorarios en el que cada abogada o abogado cobra en base a su capacidad, esfuerzo, calidad o experiencia; y, en consecuencia, declara la existencia de nueve conductas prohibidas por el art. 1 LDC[56].

56. En concreto, en este expediente, la CNMC impuso las siguientes sanciones: ICAAVILA - 10.000 euros, ICAB - 620.000 euros, ICACOR - 65.000 euros, ICALBA - 20.000 euros, ICAS - 145.000 euros, ICATF - 65.000 euros, ICASV - 125.000 euros, ICAR - 90.000 euros, e ICAV - 315.000 euros. Asimismo, la CNMC intimó a los nueve Colegios para que no realizasen conductas similares a la sancionada en el futuro y les ordenó la difusión entre sus colegiados del contenido de la resolución. Por último, se instó a la Dirección de Competencia de la CNMC para vigilar y cuidar el cumplimiento íntegro de dicha decisión sancionadora.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Las resoluciones de la CNMC analizadas en el apartado anterior fueron objeto de recurso ante la AN y, entre finales de julio y principios de septiembre de 2021, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho órgano dictó un total de trece sentencias por las que se resuelven los recursos presentados por los distintos Colegios de la Abogacía.

Por un lado, la AN resolvió siete de los recursos en sentido favorable a los intereses de los Colegios localizados en comunidades autónomas con organismos reguladores propios -ICAAVILA, ICAB, ICACOR, ICAS, ICATF, ICASV e ICAV[57]- al considerar que las conductas perseguidas no podían alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional[58] y que, en consecuencia, procedía anular las resoluciones administrativas, ya que la CNMC no era el órgano competente para imponer las sanciones.

En concreto, la AN, a diferencia de lo sostenido por la CNMC en su resolución sobre el caso Bankia, consideró que el mercado geográfico afectado por las conductas sancionadas no es nacional, sino que se circunscribe al ámbito territorial propio de cada uno de los Colegios implicados.

Así, en estos casos, la AN, tras apreciar el motivo de nulidad referido[59], no entró a enjuiciar el fondo del asunto y, por tanto, no emitió ningún pronunciamiento sobre si las conductas realizadas por los Colegios constituían una práctica anticompetitiva prohibida por el art. 1 LDC.

Posteriormente, dichas sentencias fueron recurridas ante el TS, el cual, al igual que la AN, se ciñó exclusivamente a determinar la autoridad administrativa competente para conocer y resolver los procedimientos sancionadores.

---

57. *Vid*. SAN 3271/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3271), *ICAAVILA c. CNMC*; SAN 3269/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3269), *ICAB c. CNMC*; SAN 3384/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3384), *ICACOR c. CNMC*; SAN 3274/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3274), *ICAS c. CNMC*; SAN 3548/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3548), *ICATF c. CNMC*; SAN 3272/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3272), *ICASV c. CNMC*; SAN 4143/2021, de 29 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:4143), *ICAV c. CNMC*.
58. *Vid*. art. 1 LCoord.
59. El motivo de nulidad apreciado por la AN es el previsto en el art. 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), el cual establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas "dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio".

En concreto, el TS ya ha estimado la mayoría de los recursos de casación al considerar que "la actividad analizada en el expediente instruido por la CNMC, no versa sobre la conducta aislada de un solo colegio de abogados, con un ámbito de actuación circunscrito a una Comunidad Autónoma o a parte de su territorio, sino que afecta a la conducta desplegada por nueve colegios territoriales ubicados en otras tantas Comunidades Autónomas, que adoptaron acuerdos similares durante períodos de tiempo cercanos o coincidentes, lo que unido a la circunstancia de que tales acuerdos tuvieron una difusión general entre todos los profesionales y en algunos casos se publicaron en páginas web de los propios colegios, pudiendo ser consultados en internet, tuvieron una proyección que excede de su propio ámbito territorial con una dimensión supra autonómica"[60].

En consecuencia, el TS ha ordenado anular las sentencias de la AN y retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar dichas resoluciones para que, partiendo de la competencia de la CNMC, se enjuicien el resto de los motivos de impugnación planteados en la instancia[61].

Por otro lado, la AN desestimó los recursos interpuestos por el ICALPA, el ICAM, el ICAAH, el ICAGU, el ICALBA y el ICAR[62]. Tales sentencias fueron recurridas en casación ante el TS y, en la actualidad, algunos asuntos todavía están pendientes de resolverse. Sin embargo, a efectos del presente trabajo, ya podemos extraer importantes conclusiones de lo declarado por parte de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

En particular, sobre los casos del ICALPA, ICAM, ICAGU e ICAAH, el TS ha confirmado la decisión de la CNMC, señalando que: "La existencia de baremos, es decir, listados de precios para cada actuación de los abogados, opera como elemento disuasorio de la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales prestados por abogados en cuanto tiende a homogenizar los honorarios a la hora de tasar las costas, operando en contra de la libertad y divergencia en la fijación de precios. Y es una conducta prohibida en el art. 1

60. *Vid*. STS 119/2023, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2023:119), *ICAB c. CNMC*; STS 4838/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4838), *ICAS c. CNMC*; STS 4667/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4667), *ICATF c. CNMC*; STS 4836/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4836), *ICASV c. CNMC*.
61. A fecha de realización del presente trabajo, la AN todavía no ha vuelto a dictar sentencia enjuiciado el fondo del asunto.
62. *Vid*. SAN 3334/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3334), *ICALPA c. CNMC*; SAN 3593/2021, de 22 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3593), *ICAM c. CNMC*; SAN 3336/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3336), *ICAAH c. CNMC*; SAN 3507/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3507), *ICAGU c. CNMC*; SAN 3585/2021, de 28 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3585), *ICALBA c. CNMC*; SAN 3946/2021, de 8 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:3946), *ICAR c. CNMC*.

LDC que implica una restricción de la competencia por el objeto, dado que es potencialmente apta para lograr el objetivo perseguido"[63].

En relación con la Disposición adicional 4ª LCP, el TS considera que este precepto habilita a los Colegios de la Abogacía para elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas, pero aclara que lo que dicha norma "permite por vía de excepción no es que el Colegio profesional establezca a esos limitados efectos cualquier clase de normas, reglas o recomendaciones, incluidos los baremos o indicaciones concretas de honorarios, sino, únicamente, la elaboración de criterios orientativos; expresión ésta que alude a la formulación de pautas o directrices con algún grado de generalidad, lo que excluye el establecimiento de reglas específicas y pormenorizadas referidas a actuaciones profesionales concretas y que conduzcan directamente a una determinada cuantificación de los honorarios".

En consecuencia, la jurisprudencia del TS establece que la elaboración y difusión por parte de los Colegios de baremos o listados de precios que llevan a cuantificar las distintas actuaciones de los profesionales de la Abogacía, a pesar de que se aprueben para la tasación de costas y la jura de cuenta, no resulta acorde con el art. 14 y la Disposición adicional 4ª LCP y, además, vulnera la normativa de defensa de la competencia.

63. *Vid*. STS 4841/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4841), *ICALPA c. CNMC*; STS 4846/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4846), *ICAM c. CNMC*; STS 4946/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4946), *ICAGU c. CNMC*; STS 2641/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2641), *ICAAH c. CNMC*.

5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE LOS COLEGIOS DE LA ABOGACÍA DE EMITIR INFORMES SOBRE HONORARIOS

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, el TS ha prohibido el establecimiento y la difusión por parte de las corporaciones colegiales de la Abogacía de baremos tendentes a cuantificar los honorarios profesionales, a pesar de que estos se aprueben bajo la denominación de "criterios orientativos" a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas de los abogados y abogadas.

A nuestro juicio, dicha jurisprudencia supone un gran avance hacia la plena observancia de la normativa de defensa de competencia en el ejercicio de la Abogacía, pues ha quedado evidenciado que gran parte de los Colegios de la Abogacía de nuestro país estaban contraviniendo la LCP y la LDC.

Los expedientes sancionadores de la CNMC, así como las posteriores sentencias del Alto Tribunal, que han sido analizadas en el presente trabajo, han demostrado que la liberalización de los honorarios de los profesionales de la Abogacía ha sido más teórica que práctica, puesto que muchos de los baremos orientadores de los Colegios no se habían llegado a derogar realmente y continuaban siendo una referencia para el cálculo de las minutas de buena parte de los/as letrados/as, como se demostró en los pleitos en masa contra Bankia[64].

Con todo, las recientes sentencias del TS plantean algunas cuestiones controvertidas en relación con la obligación legal de los Colegios de emitir informes sobre los honorarios en los procedimientos de tasación de costas y jura de cuentas. Así pues, a continuación, se analiza la problemática suscitada por las sentencias del TS y, asimismo, se examinan posibles soluciones.

5.1. La finalidad de los criterios orientativos

Gran parte de los Colegios sancionados por la CNMC han alertado sobre la inseguridad jurídica, tanto para los/as letrados/as como para la ciudadanía, que

64. Sobre la cuestionada vigencia de los baremos y criterios orientativos de honorarios, *vid*. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 139-146.

esta doctrina jurisprudencial introduce en nuestro ordenamiento, ya que consideran necesaria la existencia de unos criterios objetivos[65].

También han resaltado la mayor dificultad a la que se enfrentan para elaborar los dictámenes preceptivos en las tasaciones de costas y jura de cuentas de los/as abogados/as, así como las objeciones que los órganos judiciales están manifestando ante la falta de concreción y discrecionalidad en los informes que los Colegios están elaborando[66].

Por ello, en primer lugar, conviene analizar cuál es la verdadera función de los criterios orientativos de honorarios. Como se ha explicado previamente, en la impugnación de la tasación de las costas por considerar excesivos los honorarios de los abogados y en la jura de cuentas, la LEC prevé la necesidad de recabar un informe de los Colegios de la Abogacía. Así pues, a efectos de cumplir con dicha obligación, estos pueden elaborar criterios orientativos de honorarios[67].

De esta forma, en el panorama actual, siendo preceptivo el dictamen a emitir por los Colegios de la Abogacía y estando vigente la Disposición adicional 4ª LCP, es posible afirmar que los criterios orientativos de honorarios sirven de referencia para el cálculo de la condena en costas en la asistencia jurídica gratuita y, además, son un factor a tener en cuenta, junto con otros, en la determinación de las costas[68].

A tal respecto, cabe resaltar que la finalidad de la tasación de costas no es calcular los honorarios entre el/la abogado/a y su cliente, los cuales se establecen de conformidad con la libertad de pacto en el marco del contrato de arrendamiento de servicios, sino fijar la cantidad que debe soportar la parte condenada en costas respecto de los honorarios del letrado/a minutante.

Así pues, a los efectos de determinar dicha carga, el Alto Tribunal ha reiterado en numerosas resoluciones que "la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y

65. Sobre la necesidad de que los criterios orientativos permitan obtener un resultado cuantitativo concreto y unívoco, *vid*. MUNNÉ CATARINA (2020), págs. 400-402.
66. *Vid*. Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia. Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020.
67. *Vid*. supra epígrafe 2.2.2.
68. FRANQUET SUGRAÑES (2022), pág. 278.

las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas"[69].

El TS también ha señalado que "(...) en materia de impugnación de los honorarios de letrado por excesivos, debe atenderse a todas las circunstancias concurrentes, tales como trabajo realizado en relación con el interés y cuantía económica del asunto, tiempo de dedicación, dificultades del escrito de impugnación o alegaciones, resultados obtenidos, etc."[70].

Así, conforme a la jurisprudencia, la cuantificación de la partida de honorarios del abogado de la parte favorecida en costas ha de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el trabajo efectivamente realizado, el interés y la cuantía económica del asunto, el tiempo de dedicación efectiva al asunto, el grado de complejidad técnica, el resultado obtenido por la parte minutante, su alcance y efectos posteriores, y el límite del importe de los honorarios al tercio de la cuantía procesal[71].

En este contexto, los criterios orientativos elaborados por los Colegios se deben entender como un elemento más de apoyo en la actividad tasadora. Y, en consecuencia, lo más conveniente sería que estos fueran actualizados y adaptados a la jurisprudencia en materia de costas[72].

Por último, algunos Colegios, como por ejemplo el ICAB, en sus recursos han alegado que la distinción entre criterios y baremos hace que la intervención de estas corporaciones en los procedimientos de tasación de costas pierda su utilidad para la Administración de Justicia.

Sin embargo, sobre este punto, se debe destacar que el hecho de que la intervención de los Colegios en la impugnación de tasación de costas o jura de cuentas deba basarse en criterios orientativos y no en tarifarios de aplicación automática no hace que esta carezca de interés práctico.

Como ya se ha indicado, los criterios no tienen la finalidad de fijar los honorarios de los/as abogados/as, sino que sirven de apoyo al LAJ en la cuantificación de las costas y en la resolución sobre la impugnación de estas por excesivas. Por tanto, los Colegios, a la hora de emitir los informes a petición judicial, deben hacer un análisis individualizado del asunto, teniendo en

69. *Vid*. ATS 1794/2010, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:1794A); ATS 5365/2010, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2010:5365A); ATS 3132/2012, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:3132A); ATS 1445/2017, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:1445A); ATS 8492/2022, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:8492A).
70. Vid. ATS 1047/2014, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1047A); ATS 12002/2021, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:12002A).
71. MUNNÉ CATARINA (2020), pág. 398.
72. FRANQUET SUGRAÑES (2022), págs. 278-279.

consideración las características concretas del mismo -cuantía, grado de complejidad, fase del proceso, etc.-, según las pautas establecidas por el TS.

Además, en este sentido, se debe hacer hincapié en que el preceptivo informe a emitir por los Colegios nunca tiene carácter vinculante para resolver sobre la impugnación de los honoraros por excesivos, por lo que no deja de ser un informe pericial que, al igual que otros dictámenes periciales, es de libre valoración por el órgano judicial.

Por ello, a nuestro parecer, el argumento que sostienen los Colegios acerca de la inseguridad jurídica que la jurisprudencia del TS provoca no es aceptable, ya que, a pesar de que dicho informe presente la particularidad de ser emitido por el Colegio de la Abogacía, la incertidumbre no es distinta a la de cualquier otro informe pericial en materia de reclamación de cantidades o daños.

Asimismo, en relación con la dificultad a la que se enfrentan los Colegios para cumplir con su deber legal de emitir tales informes sobre honorarios, se debe destacar que los dictámenes son elaborados por miembros de la corporación colegial de la Abogacía, por lo que cabe entender que, a pesar de la inexistencia de criterios cuantitativos de aplicación automática, estos profesionales contarán con la suficiente pericia para informar, atendiendo a las características concretas de cada caso, sobre la razonabilidad de la minuta.

5.2. El deber de información de los abogados y abogadas

Otra de las cuestiones alegadas por los Colegios de la Abogacía es que la falta de unos criterios objetivos impide que los/as letrados/as puedan cumplir con su deber, recogido en el art. 48.4 EGAE, de informar a la clientela sobre los costes de su actuación, mediante la presentación de la hoja de encargo o medio equivalente, informándoles sobre las consecuencias de una posible condena en costas y su cuantía aproximada[73].

Pues bien, a este respecto, cabe destacar que, como mantiene el TS, para el cumplimiento de los deberes de información, los/as profesionales de la Abogacía no precisan que los Colegios establezcan normas o reglas destinadas a tal fin y, menos todavía, que estas contengan cuantías o porcentajes que deben aplicarse a la hora de determinar los honorarios profesionales.

73. El Anteproyecto de Ley Organiza del Derecho de Defensa, en su artículo 6.2.d), señala que "los titulares del derecho de defensa tienen derecho a ser informados por el profesional de la abogacía que asuma su defensa sobre los costos generales del proceso, el procedimiento para la fijación de los honorarios profesionales y las consecuencias de una eventual condena en costas". Esta norma podría ser una posible vía para mejorar la materialización de los derechos de información de los justiciables. Sin embargo, no introduce ninguna modificación en la LCP, dejando vigente la Disposición adicional 4ª.

En concreto, las abogadas y abogados pueden advertir sobre los efectos de una condena en costas y su cuantía sin tener que acudir a los baremos establecidos por los Colegios, ya que, de ser así, se estaría demostrando que dichos acuerdos colegiales tienen el objetivo de homogenizar los honorarios profesionales.

Además, conviene recordar que, a tenor de la Disposición adicional 4ª LCP, la adopción de criterios orientativos de honorarios se prevé como una facultad de los Colegios Profesionales, pero no como una obligación, por lo que cada corporación colegial decide si elabora o no dichos criterios.

Por todo ello, a nuestro parecer, las corporaciones colegiales podrían elaborar y publicar unos criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas que tengan en cuenta las pautas generales indicadas por el TS y que no incluyan cuantías, escalas o porcentajes tendentes a una cuantificación de los honorarios. La publicación de estos criterios sería acorde al Derecho de la competencia y permitiría a los/as abogados/as cumplir con su deber de informar a los/as justiciables sobre una posible condena en costas y, de esta forma, ambas partes podrían adoptar una decisión adecuada, consciente e informada. Además, dicha publicación contribuiría al deber de transparencia que ha de cumplirse en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (art. 60 TRLCU)[74].

5.3. Los nuevos criterios orientativos del ICAB

Como se ha subrayado anteriormente, a la luz de la reciente jurisprudencia, los Colegios de la Abogacía han alegado la gran dificultad para emitir informes de tasación de costas de manera transparente y no discriminatoria, basados en los factores generales indicados por el TS, así como la necesidad de contar con criterios objetivos que les permitan realizar esta función con mayor seguridad jurídica.

En este contexto, el ICAB ha aprobado un conjunto de criterios orientativos a efectos de la tasación de costas basados en la doctrina jurisprudencial, en los que no se recoge ninguna referencia numérica o cuantitativa, por lo que su aplicación no tiene un efecto de cuantificación exacta de los honorarios, que resulte asimilable a un listado de precios o tarifario[75].

74. FRANQUET SUGRAÑES (2022), pág. 279.
75. En este sentido, conviene resaltar que el ICAB solicitó la terminación convencional del expediente sancionador incoado contra él -caso Bankia-, mostrando su disponibilidad por presentar una propuesta de compromisos que resolviese los efectos sobre la competencia derivados de su conducta. Sin embargo, la

Dichos criterios se encuentran en vigor desde el 5 de marzo de 2020, y han sido publicados en la página web del Colegio, siendo accesibles para el público general[76]. Además, han sido declarados ajustados a la legalidad de competencia por la CNMC[77].

De manera previa a la aprobación de dichos criterios, el 20 de marzo de 2018, el ICAB adoptó unas "Pautas básicas aplicables en materia de criterios orientadores de honorarios profesionales, a los exclusivos efectos de la tasación de costas y jura de cuentas", a efectos de sustituir los criterios orientativos sancionados por la CNMC. Estas pautas básicas recogían la jurisprudencia establecida por el TS en relación a la tasación de costas y jura de cuentas.

Además, el ICAB, desde el comienzo de la vigilancia por parte de la autoridad de competencia, puso de manifiesto la necesidad de contar con algún tipo de criterio orientativo, más allá de las referidas pautas básicas. Por ello, el 13 de abril de 2018, envió a la Dirección de Competencia, para su evaluación, una primera propuesta de nuevos criterios orientativos a los efectos de tasación de costas y jura de cuentas. Esta propuesta inicial fue modificada, aportando el ICAB las nuevas versiones el 25 de mayo, 19 de julio, 20 de septiembre y 29 de noviembre de 2019, con objeto de que la CNMC valorara su idoneidad. Finalmente, la última de las versiones fue declarada conforme a la normativa de competencia[78].

Así pues, la versión final aprobada en marzo de 2020 por la Junta de Gobierno del ICAB consta de catorce criterios, con los que, como se declara en el propio documento del ICAB, se pretende que el justiciable pueda valorar el alcance económico de una eventual condena en costas antes de iniciar un proceso judicial, su posible carácter excesivo y su eventual impugnación.

CNMC desestimó su pretensión al considerar que, según el art. 52 LDC, el Consejo de dicho organismo no era el órgano competente para iniciar actuaciones tendentes a una terminación convencional y que no era el momento procedimental adecuado para plantear dicha cuestión. Además, señala que la terminación convencional tiene un carácter potestativo para la CNMC y que, en este caso, el ICAB no propuso ningún compromiso y que los posibles compromisos que pudiera adoptar no podrían resolver los efectos anticompetitivos que las conductas imputadas produjeron en un mercado en que los nueve Colegios incoados copan el 100% del mercado de abogados de su ámbito territorial (Expediente CNMC S/DC/0587/16: Costas Bankia. Resolución de 8 de marzo de 2018, págs. 66 y 67). Así pues, tras la resolución sancionadora, en el marco del expediente de vigilancia, el ICAB sometió sus nuevos criterios a la CNMC con objeto de que ésta valorase su idoneidad con la normativa de defensa de la competencia y con la resolución administrativa, previamente a ser aprobados por la Junta de Gobierno del ICAB.

76. *Vid*. "Criterios orientativos del ICAB en materia de tasación de costas de 2020", disponibles en https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-contingut-generic/Criterios-orientativos-ICAB-tasacion-costas-ICAB-2020_.pdf

77. *Vid*. Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia. Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020.

78. La Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020 (Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia) no recoge cuáles fueron las modificaciones introducidas en las distintas versiones de los criterios orientativos del ICAB.

Además, pretenden cumplir con la LCP, ya que el Colegio debe emitir un informe preceptivo en cumplimiento del art. 246.1 LEC.

De acuerdo con el criterio 3, los mismos "tienen un ¬fin orientador y no deben interpretarse como un mínimo o un máximo, sino de forma flexible, estando al caso concreto e incluso admitiendo prescindir de su literalidad cuando lo aconsejen las circunstancias del caso".

A efectos de aplicar estos criterios a un determinado asunto, en primer lugar, se debe fijar la cuantía base, como interés económico litigioso, la cual, en virtud del criterio 11, viene determinada por el importe de la condena o la cuantía procesal, salvo en los supuestos en que ésta no conste o sea poco razonable. Una vez establecida la cuantía base, es posible calcular el límite máximo de las costas de conformidad con lo establecido en el art. 394.3 LEC, de modo que los honorarios no deben exceder del 33,33% de esa cuantía[79].

Sobre la cuantía base se aplica el grado de trabajo previsto en el criterio núm. 6. A los efectos de determinar dicho grado de trabajo, además de lo previsto en el criterio 6, es preciso atender de forma conjunta a los criterios 6 a 14, es decir: la concreta actuación llevada a cabo -criterio 6-, su complejidad y el tiempo dedicado -criterio 7-, la instancia judicial y las fases del procedimiento trabajadas -criterios 8 a 10-, la moderación de grado en atención a las cuantías elevadas o reducidas -criterio 11.9 y 11.10-, la eventual existencia de pluralidad de litigantes bajo diferentes direcciones letradas -criterio 12- y el resultado obtenido en el proceso objeto de tasación -criterio 14-[80].

El TS, en su Sentencia 4841/2022, de 19 de diciembre, ha declarado que "ese ejemplo del ICAB viene a demostrar que existen sistemas que no llevan en todo caso a un resultado cuantitativo unívoco, que no incluye precios, tarifas o valores de referencia exactos, pero al mismo tiempo permite al Colegio cumplir con su obligación legal de dictar informes de tasación de costas. Y ese sistema también reduce, cuando no excluye, el riesgo de uniformar los honorarios de los abogados, no solamente en relación con la tasación de costas, sino también los propios honorarios que son estipulados por los abogados con sus clientes por los servicios prestados".

79. De acuerdo con el art. 394.3. LEC, el litigante condenado en costas sólo está "obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa".
80. MUNNÉ CATARINA (2020), págs. 404 y 405.

Por todo lo expuesto, podemos decir que el actual sistema del ICAB pone de manifiesto la posibilidad que tienen los Colegios Profesionales de elaborar verdaderos criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas, acordes con lo dispuesto en la LCP y en la LDC, que permitan a estas corporaciones cumplir de forma eficaz y objetiva su deber legal de emitir informes sobre las costas a petición judicial.

5.4. Una propuesta de reforma del actual marco normativo

Si bien es cierto que las sentencias dictadas por el TS suponen un avance hacia la plena adecuación del ejercicio de la Abogacía a la normativa de defensa de la competencia, todavía existen algunos aspectos que obstaculizan el juego de la libre competencia en este ámbito. Por ello, como última consideración, cabe reflexionar en torno a un posible cambio normativo en materia de honorarios profesionales.

En el marco de un contrato de arrendamiento de servicios, los honorarios de los/as profesionales de la Abogacía deben ser libremente convenidos entre estos/as y sus clientes, no existiendo sistema arancelario para los servicios prestados por dichos operadores jurídicos. En otras palabras, en una economía de libre mercado, debe prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC).

Así pues, al igual que ocurre en otras profesiones, resulta muy conveniente que los honorarios acordados entre los/as letrados/as y su clientela se hagan constar, por razones de seguridad jurídica, en un presupuesto u hoja de encargo profesional.

Además, como se ha explicado previamente, el/la abogado/a tiene el deber de informar al justiciable sobre los honorarios de su actuación, así como sobre las consecuencias de una posible condena en costas y su cuantía aproximada[81]. Por ello, a efectos de cumplir con este deber de información de las personas consumidoras, los/as abogados/as deben fijar una minuta razonable y ponderada a o parámetros de la profesión, que se ajuste a las pautas que ha fijado la jurisprudencia en materia de costas (trabajo realizado, interés y cuantía económica del asunto, tiempo de dedicación efectiva, etc.), y deben hacerla constar de forma expresa en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito con su cliente.

81. *Vid*. supra epígrafe 5.2.

Por todo lo anterior, a nuestro parecer, a la luz de la jurisprudencia del TS, la excepción prevista en la Disposición adicional 4ª LCP ha perdido su sentido práctico, convirtiéndose en un vestigio de una regulación pasada. En concreto, desde el punto de vista de la protección de los derechos de la ciudadanía, la habilitación de los Colegios para elaborar criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y jura de cuentas carece de utilidad, ya que, en la actualidad, dichos criterios se configuran como un elemento más a tener en cuenta en la cuantificación de las costas.

Además, a pesar de que se puedan emitir criterios con una finalidad meramente orientadora, y sin ninguna referencia numérica o cuantitativa asimilable a un baremo de precios, continúa existiendo un riesgo de homogeneización los honorarios de los/as abogados/as, no solamente en relación con la tasación de costas, sino también los propios honorarios que son estipulados por las/os letradas/os con sus clientes por los servicios prestados. Este riesgo es reconocido por el propio TS, en relación a los nuevos criterios del ICAB, cuando señala que: "(...) ese sistema también reduce, cuando no excluye, el riesgo de uniformar los honorarios de los abogados (...)"[82].

Por tanto, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, lo más conveniente sería derogar la Disposición adicional 4ª LCP, eliminando la facultad de los Colegios de la Abogacía para elaborar criterios orientativos de honorarios.

Asimismo, en línea con la derogación de dicha norma, de acuerdo con lo sostenido por una parte de la doctrina, en relación con los procedimientos de tasación de costas y jura de cuentas, también es necesario reflexionar sobre la eliminación de la obligación legal, prevista en el art. 246.1 LEC, de recabar un informe de los Colegios de la Abogacía en materia de impugnación de los honorarios por excesivos[83]. Sin embargo, sobre esta idea, cabe resaltar que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado el 15 de diciembre de 2020, no introduce cambios en este sentido[84].

82. *Vid*. STS 4841/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4841).
83. En este sentido, *vid*. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 148.
84. *Vid*. Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado el 15 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf

6. CONCLUSIONES

El ejercicio de la Abogacía, como profesión colegiada, ha de realizarse en régimen de libre competencia y está sujeto a la normativa de defensa de la competencia, de forma que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica deben respetar los límites del art. 1 LDC.

Como regla general, de acuerdo con el art. 14 LCP, los Colegios de la Abogacía no pueden establecer baremos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, ya que estos están sometidos a la libertad de pacto entre profesionales y clientes. Sin embargo, como única excepción, según la Disposición adicional 4ª de dicha Ley, estos pueden elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas judiciales y de la jura de cuentas de los abogados, los cuales también son válidos para la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

Así pues, entre finales de 2022 y comienzos de 2023, el TS ha confirmado algunas de las resoluciones sancionadoras de la CNMC, al considerar que la elaboración y difusión de baremos por parte de los Colegios de la Abogacía para el cálculo de los honorarios, a pesar de su aprobación bajo la denominación de criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas, constituye una recomendación colectiva de precios prohibida por el art. 1 LDC. Dicha doctrina jurisprudencial supone un importante progreso hacia la plena vigencia del Derecho de la competencia en el ejercicio de la Abogacía, ya que contribuye a liberalizar completamente los honorarios profesionales de los/as letrados/as.

En concreto, la finalidad de los criterios orientativos elaborado por los Colegios de la Abogacía no consiste en fijar los honorarios de los abogados, sino que son un elemento más a tener en cuenta en la cuantificación de las costas y contribuyen a resolver la impugnación de estas por su consideración como excesivas. Por ello, resultaría conveniente que los Colegios actualizasen y adaptasen sus criterios a las pautas fijadas por la jurisprudencia en relación con el cálculo de las costas, sin incluir referencias numéricas o cuantitativas, que puedan asimilarse a un listado de precios.

En este sentido, la actuación del ICAB es un ejemplo a seguir por el resto de Colegios de la Abogacía, ya que este ha logrado aprobar un conjunto de criterios orientativos de honorarios, que es acorde a la normativa de defensa de la competencia. En particular, los nuevos criterios del ICAB respetan lo estipulado por la jurisprudencia, ya que se basan en una proporcionada

ponderación del interés económico del asunto y del grado de trabajo; pero, a su vez, permiten al Colegio cumplir con su obligación legal de dictar informes de tasación de costas, respetando el derecho a la tutela judicial efectiva.

A pesar de este importante avance en materia de libre competencia, la tendencia jurisprudencial muestra que, en el futuro, es posible que la determinación de las costas se realice sin necesidad de acudir a los criterios orientativos de los Colegios Profesionales. Por ello, en este escenario, sería conveniente la derogación de la excepción prevista en la Disposición adicional 4ª LCP, así como de la necesidad, prevista en el art. 246.1 LEC, de recabar un informe preceptivo de los Colegios de la Abogacía en los incidentes de impugnación de la tasación de las costas y jura de cuentas por considerar excesivos los honorarios del abogado.

7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

a) Libros y capítulos de libro

ARAGÜÉS ESTRAGUÉS, Miguel Ángel (2011), *Los honorarios. Un derecho de los abogados. Cómo reclamarlos y sus problemas,* Tirant lo Blanch, Valencia.

CALVO SÁNCHEZ, Luis; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán; MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo; PELLICER ZAMORA, Rafael (2002), *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia,* Unión Profesional-Civitas, Madrid.

COSTAS COMESAÑA, Julio (2022), *Fundamentos de Dereito de Defensa da Competencia*, Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo, Vigo.

DIÉZ-ESTELLA, Fernando; GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio (2020), «Artículo 1. Conductas colusorias», en MASSAGUER FUENTE, J.; SALA ARQUER, J. M.; FOLGUERA CRESPO, J.; GUTIÉRREZ, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 123-250.

FRANQUET SUGRAÑES, Teresa (2022), *«Los criterios orientativos a los efectos de la tasación de costas y jura de cuentas de los abogados»*, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.; ZURIMENDI ISLA, A., *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (*RADC) 2022, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 263-288.

MARTÍNEZ GARCÍA, Alejandro; CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, Fernando Javier; ROMERO PÉREZ, María del Milagro; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen (2014), Costas y gastos procesales. *Cuando el Tribunal Supremo miró a Europa, Tirant lo Blanch*, Valencia.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Margarita; PEDROSA PRECIADO, Laura (2018), *Manual práctico sobre la tasación de costas procesales,* El Masnou: Ediciones Experiencia, Barcelona.

TINTI, Pedro León; TINTI, Guillermo Pedro (2014), *Honorarios*, Alveroni Ediciones, Córdoba.

b) Artículos

ACHÓN BRUÑÉN, María José (2023), «Prohibición por la Sala 3ª del TS de la difusión de baremos por los Colegios de Abogados. Honorarios excesivos y cláusulas abusivas en las hojas de encargo», *Diario La Ley*, núm. 10285, 2023.

BONET NAVARRO, José (2017), «La necesaria reforma de la mal llamada "jura de cuentas"», *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, págs. 73-108.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos; RUIZ GARCÍA, Carlos Alb. (2009), «Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota litis*», núm. 1, 2009.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La aplicación del Derecho de la competencia a los Colegios Profesionales», *Diario La Ley*, núm. 9483, 2019.

MUNNÉ CATARINA, Frederic (2020), «La valoración de los honorarios de las costas procesales: Los nuevos criterios orientativos de honorarios aprobados por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona en 2020", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2020, págs. 395-408.

c) Otros documentos

TDC, *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones, de 1 de junio de 1992.*

Comisión Europea, *Informe sobre competencia en los servicios profesionales, de 9 de febrero de 2004.*

CNC, *Informe sobre Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios, de 18 de abril de 2012.*

8. NORMATIVA

a) Europea

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tratado de Lisboa 13 de diciembre de 2007.

b) Española

Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

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

Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Anteproyecto de Ley Organiza del Derecho de Defensa aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2023.

9. RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE OTROS ORGANISMOS

a) Comisión Europea

Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 1993, 93/438/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.407 - CNSD); DOCE L 203/27, de 13 de agosto de 1993.

Decisión de la Comisión, de 30 de enero de 1995, 95/188/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.686 - COAPI); DOCE L 122/37, de 2 de junio de 1995.

Decisión 2005/8/CE de la Comisión, de 24 de junio de 2004, relativa a un procedimiento conforme al artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/A.38549 - Colegio Belga de Arquitectos); DOUE L 4, de 6 de enero de 2005.

b) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 2 de abril de 2020, asunto C-228/18 (ECLI:EU:C:2020:265).

c) Tribunal Constitucional

Sentencia 62/2009, de 9 de marzo (ECLI:ES:TC:2009:62).

d) Tribunal Supremo

Auto 1794/2010, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:1794A).
Auto 5365/2010, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2010:5365A).
Auto 3132/2012, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:3132A).
Auto 1047/2014, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1047A).
Auto 1445/2017, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:1445A).
Auto 12002/2021, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:12002A).
Auto 8492/2022, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:8492A).
Sentencia 6610/2008, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6610).
Sentencia 4667/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4667).
Sentencia 4836/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4836).

Sentencia 4838/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4838).
Sentencia 4841/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4841).
Sentencia 4846/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4846).
Sentencia 4946/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4946).
Sentencia 119/2023, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2023:119).
Sentencia 2641/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2641).

e) Audiencia Nacional

Sentencia 6902/2005, de 27 de junio (ECLI:ES:AN:2005:6902).
Sentencia 3269/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3269).
Sentencia 3271/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3271).
Sentencia 3272/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3272).
Sentencia 3274/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3274).
Sentencia 3334/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3334).
Sentencia 3336/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3336).
Sentencia 3384/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3384).
Sentencia 3507/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3507).
Sentencia 3548/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3548).
Sentencia 3593/2021, de 22 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3593).
Sentencia 3585/2021, de 28 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3585).
Sentencia 3946/2021, de 8 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:3946).
Sentencia 4143/2021, de 29 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:4143).

f) Autoridad española de la competencia

TDC. Resolución de 26 de septiembre de 2002. Expediente 528/01, Consejo General de la Abogacía.

CNC. Resolución de 10 de septiembre de 2013. Expediente S/0431/12: Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales.

CNMC. Resolución de 23 de julio de 2015. Expediente SACAN/31/2013: Honorarios profesionales Colegio Abogados Las Palmas.

CNMC. Resolución de 15 de septiembre de 2016. Expediente SAMAD/09/2013 I: Honorarios profesionales ICAM.

CNMC. Resolución de 15 de septiembre de 2016. Expediente SAMAD/09/2013 II: Bis Honorarios profesionales ICAAH.

CNMC. Resolución de 8 de marzo de 2018. Expediente CNMC S/DC/0587/16: Costas Bankia.

CNMC. Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020. Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia.

XII EDICIÓN

2024

TRABAJOS GALARDONADOS

Primer premio XII Edición, 2024 115

EL TRATAMIENTO FISCAL DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: ESPECIAL MENCIÓN AL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA
Águeda Arias Pereira

Segundo premio XII Edición, 2024 165

LA DESVIRTUACIÓN DEL PROCESO CIVIL EN LA LITIGACIÓN MASIVA EN DEFENSA DE CONSUMIDORES CONTRA ENTIDADES BANCARIAS: USO Y ABUSO DE LA CONDENA EN COSTAS E IMPACTO SOBRE EL ATASCO DE LA JUSTICIA
Pol Liñán Canela

Tercer premio XII Edición, 2024 202

LA DELIMITACIÓN DEL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL DEL PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA DEL ARTÍCULO 467.2 DEL CÓDIGO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL
Natalia María Pemán Gracia

El tratamiento fiscal de las sociedades profesionales: especial mención al ejercicio de la abogacía

ÁGUEDA ARIAS PEREIRA

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Águeda Arias Pereira

Universidad Carlos III de Madrid

Primer premio

XII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2024

Resumen

Hoy en día, la existencia de sociedades profesionales es una realidad social. Los abogados ya no operan en el tráfico jurídico como un clásico abogado individual, sino que comienza a ser habitual que la prestación de tales servicios se realice a través de una sociedad.

La ley permite la prestación de servicios mediante personas jurídicas, siendo legal y lícita la utilización de sociedades para llevar a cabo una actividad profesional. Sin embargo, en los últimos años, la Administración Tributaria ha mostrado especial preocupación por la diferencia entre los tipos impositivos a los que queda sujeta una misma renta en función de si esta es obtenida por una persona física o por una persona jurídica.

Con el objetivo de evitar una merma recaudatoria, la Agencia Tributaria recurre, en aquellas situaciones que considera abusivas, al concepto de simulación y al régimen de operaciones vinculadas, sometiendo la renta obtenida fruto del trabajo de la persona física al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, independientemente de quién haya sido la persona, física o jurídica, que la haya percibido en primera instancia.

Esta actuación por parte de la Administración genera una serie de preguntas: ¿tiene sentido que surja esta preocupación?, ¿es coherente la actuación de los órganos de aplicación de los tributos y de nuestros tribunales?, ¿existe algún otro instrumento jurídico con mejor encaje desde la perspectiva técnica-jurídica?

Palabras clave: sociedades profesionales, simulación, operaciones vinculadas, personalísimos, medios materiales y humanos.

Abstract

The existence of professional corporations is now a social reality. Lawyers no longer operate in the legal sphere as traditional individual practitioners; rather, it has become common for such services to be provided through a corporation.

The law permits the provision of services by legal entities, making it legal and legitimate to use corporations to carry out professional activities. However, in recent years the tax administration has been particularly concerned about the different tax rates applied to the same income depending on whether it is earned by a natural person or a legal entity.

In an effort to prevent a loss of tax revenue, in situations that it considers abusive, the tax administration has resorted to the concept of simulation and the related party transactions regime, whereby income derived from the work of the natural person is subject to personal income tax regardless of whether it was originally received by a natural person or a legal entity.

This approach by the administration raises several questions: Is this concern justified? Is the approach of the tax authorities and our courts consistent? Is there another legal instrument that would be more appropriate from a technical-legal point of view?

Keywords: professional companies, simulation, related party transactions, personal services, material and human resources.

Listado de abreviaturas

CV	Consulta Vinculante
CUP	Comparable Uncontrolled Price (método del Precio Libre Comparable)
DGT	Dirección General Tributaria
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LSP	Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Sumario

1. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE SOCIEDADES PROFESIONALES EN EL MARCO DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGACÍA **121**

2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EMPLEADOS EN LA REGULARIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: SIMULACIÓN Y RÉGIMEN DE OPERACIONES VINCULADAS. **127**

2.1 Simulación 130

2.2 Régimen de operaciones vinculadas 135

3. CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO MÁS ADECUADO Y SUS CONSECUENCIAS **141**

3.1 Ámbito sancionador 144

3.2 Tratamiento en materia de imposición indirecta: IVA 148

3.3 Presentación de autoliquidaciones complementarias e implicaciones en el ámbito penal 150

4. EL CASO CONCRETO DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA: LOS MEDIOS MATERIALES Y SU NATURALEZA PERSONALÍSIMA **151**

5. CONCLUSIÓN **156**

BIBLIOGRAFÍA **160**

JURISPRUDENCIA CITADA **163**

1. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE SOCIEDADES PROFESIONALES EN EL MARCO DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGACÍA

El Título III del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española ("**EGAE**") regula en su artículo 40[1] las formas bajo las que se permite el ejercicio de la abogacía, entre las que se encuentra la constitución de una sociedad mercantil de carácter profesional.

La posibilidad de constituir una sociedad profesional en aquellos casos en los que se pretende ejercer en común una actividad profesional es una cuestión que ya había sido abordada por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales ("**LSP**"), a la que se remite el Estatuto.

El legislador fue consciente de la necesidad de crear un marco normativo especial que regulase este tipo de sociedades, ante la "creciente difusión, escala y complejidad"[2] que han ido adquiriendo con el tiempo las organizaciones colectivas que operan en este sector.

Así, el ámbito de aplicación de la LSP, de acuerdo con su Exposición de Motivos, abarca aquellas sociedades que se constituyen *"en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario",* quedando fuera las consideradas sociedades de medios, las sociedades de comunicación de ganancias y las sociedades que sirven de canalización o comunicación entre el cliente y el profesional persona física que desarrolla efectivamente la actividad profesional.

Expuesto lo anterior, no es controvertido afirmar que la constitución de una sociedad a través de la cual ejercer una profesión, es un acto legítimo y habitual.

---

1. Artículo 40 del Estatuto:
"Los profesionales de la Abogacía podrán ejercer la Abogacía colectivamente mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho. Cuando se cree una sociedad que tenga por objeto el ejercicio en común de la Abogacía, esta deberá constituirse como sociedad profesional, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y demás normativa estatal o autonómica que corresponda, resultándole de aplicación las previsiones específicas de este Estatuto y de los particulares de cada Colegio.
Se presumirá que existe ejercicio colectivo de la profesión, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente, sin constituirse en sociedad profesional, bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación".
2. Exposición de motivos de la LSP.

Los profesionales de la abogacía que se inclinan por su creación, pueden disfrutar de indudables ventajas, tales como:

- Separar la actividad de la sociedad de la de los socios;
- Limitar la responsabilidad de los socios de acuerdo con el régimen legal establecido para las sociedades;
- Mantener una estructura de capital flexible que permita la entrada y salida de nuevos socios; y
- Crear un centro de imputación de derechos, obligaciones y responsabilidades separado de los socios, asignando capital y recursos económicos para el desarrollo de una actividad económica propia.[3]

Sin embargo, esta libertad de empresa, si bien no resulta controvertida desde el punto de vista mercantil, sí ha sido cuestionada, bajo determinadas circunstancias, desde la perspectiva fiscal.

Hasta 2003, el régimen tributario aplicable a las sociedades profesionales consistía en transparentar fiscalmente las rentas obtenidas por la misma, minorando los gastos deducibles para, a continuación, atribuirles a sus socios la porción correspondiente, por la que debían tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("**IRPF**").

Desde la supresión del régimen especial de transparencia fiscal mediante la aprobación de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las sociedades profesionales quedaron sujetas a la tributación en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades ("**IS**"), y sus rendimientos sometidos al tipo impositivo estipulado legalmente -hoy en día, del 25%-, y no al tipo marginal del IRPF que, en función de la Comunidad Autónoma, puede llegar a superar el 50%.

Esta (aparente) menor tributación[4] en sede de la sociedad profesional ha sido foco de atención por parte de la Administración Tributaria, que ha identificado este tipo de entidades como vehículos idóneos para la

3. Las razones expuestas forman parte de la argumentación esgrimida por el contribuyente en un procedimiento derivado de una inspección tributaria, que fue finalmente resuelto a favor del obligado tributario por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
4. A este respecto, empleo el adjetivo "aparente" porque tal diferencia en los tipos impositivos sobre la que la Administración Tributaria vierte sus preocupaciones, solo se da en aquellos casos en los que la sociedad lleva a cabo un remansamiento de rentas.
En cambio, cuando las entidades reparten dividendos, estos tributan en sede del socio, integrándose en la base del ahorro del IRPF, sometida a un tipo impositivo de entre el 19% y el 28%, de forma que el tipo marginal de la persona física puede igualar o incluso superar el del IS.
Como se puede comprobar, en dicho contexto no se produce una reducción de la carga fiscal, sino un mero diferimiento recaudatorio.

consecución de fines abusivos o ilícitos, como la reducción de la carga fiscal mediante la interposición de una entidad constituida con el objetivo de ocultar hechos o negocios jurídicos y así obtener una ventaja fiscal.

Conviene insistir en que la prestación de servicios, ya sean jurídicos o de otra naturaleza, a través de una sociedad profesional, es una opción legítima y lícita, tanto desde la perspectiva mercantil como fiscal, cuya adopción no conlleva más que el cumplimiento de un marco jurídico más amplio (i.e. el aplicable a la persona física y el correspondiente a la persona jurídica). En la gran mayoría de las ocasiones, la constitución de una sociedad profesional no es objeto de la clase de regularización que se expondrá a continuación.

En el año 2009, la Administración Tributaria inició el denominado Programa 12500 que hizo público a través de las Notas 09/09 y 10/09 emitidas por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, cuyo objetivo, entre otros, era *"regularizar la tributación que a efectos de IRPF soportan las retribuciones que dichos socios perciben por la prestación de sus servicios a la sociedad de profesionales"*.

Concretamente, la Nota 10/09 establecía que el criterio aplicable para regularizar aquellas sociedades consideradas interpuestas debía ser el de la simulación relativa, al estimar que el servicio era prestado directamente por el socio persona física y no por la sociedad interpuesta, ocultando a la Administración Tributaria la identidad del sujeto que realmente intervenía.[5]

Posteriormente, el 25 de febrero de 2019, la Administración Tributaria publicó una Nota sobre la interposición de sociedades por personas físicas. En dicho documento, la Agencia Tributaria comparte su criterio de acuerdo con el cual nos encontraremos ante una mera interposición formal de una sociedad cuando ésta carezca de estructura para realizar la actividad profesional que se aparenta realizar, bien por no disponer de medios personales y materiales suficientes y adecuados para la prestación de servicios de tal naturaleza, o bien

5. Es importante destacar que la Nota a la que se hace referencia se elaboró pensando en una estructura de doble interposición societaria, en la que la sociedad interpuesta no es la sociedad de profesionales contratada por el cliente final, sino una sociedad que ocupa una posición intermedia entre la persona física y la sociedad de profesionales.
Un claro ejemplo de este tipo de estructuras lo constituye el caso analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo 4126/2019, de 17 de diciembre en el que cada uno de los socios personas física de un despacho profesional era socio mayoritario, directa o indirectamente, de otra sociedad que facturaba al despacho profesional por los servicios prestados por las personas físicas.
En la actualidad, no es precisa una estructura societaria de dos o más niveles para ser objeto de una regularización tributaria en los términos expuestos en el presente trabajo. A diferencia de la interposición de una única sociedad entre la persona física prestadora del servicio y el cliente final, en las estructuras de doble interposición la regularización se realiza vía simulación -aunque se ha dado alguna excepción-.

porque, teniéndola, éste no hubiera intervenido realmente en la realización de las operaciones. Especialmente, señala la Agencia Tributaria, "teniendo en cuenta el carácter personalísimo de la actividad desarrollada".

En tales situaciones, la Administración ha acudido, "en ocasiones", tal y como reconoce en la nota citada, a la figura de la simulación, recogida en el artículo 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("LGT") para corregir la tributación tanto de la sociedad como de la persona física prestadora del servicio.

Sin embargo, cuando la sociedad cuenta con medios personales y materiales adecuados, y éstos han sido empleados en la prestación del servicio, el análisis de la correcta tributación de este tipo de situaciones debe basarse, a juicio de la Administración Tributaria, en la valoración de la retribución percibida por el profesional persona física, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ("LIS").

El criterio expuesto también fue recogido por la Administración Tributaria en las denominadas Consultas Vinculantes ("CV"). En la CV1761-09, la obligada tributaria preguntó si la prestación de servicios y facturación a clientes a través de una sociedad, prestándose los servicios exclusivamente a través del trabajo personal de su socia y administradora única, y habiendo ya sido subcontratada en otras ocasiones por terceros independientes, podía ser regularizada mediante la aplicación de los artículos 15 o 16 de la LGT, procediendo a imputarse los ingresos obtenidos por la sociedad a la persona física. En su respuesta, la Dirección General de Tributos ("DGT") omitió la mención a las figuras de la simulación y del conflicto en aplicación de la norma tributaria,[6] concluyendo simplemente que los porcentajes por subcontratación que hubiera recibido anteriormente podrían considerarse adecuados para la determinación del valor de mercado. Es decir, la DGT deja la resolución del caso en manos del régimen de operaciones vinculadas.

6. No obstante, téngase en cuenta que las consultas escritas no son un medio idóneo para la exposición de casos en los que puede darse una situación de simulación, en tanto que al tratarse de cuestiones de hecho, la Administración no tiene potestad para pronunciarse sobre dichos extremos. Como incida la DGT en la propia resolución a la CV:

> No obstante, en dicha determinación se parte de circunstancias que son cuestiones de hecho que el sujeto pasivo deberá acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y cuya valoración corresponderá, en su caso, a los órganos competentes en materia de comprobación de la Administración Tributaria.

En la actualidad, la Resolución de 21 de febrero de 2024 por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero para el ejercicio 2024, en consonancia con el contenido de anteriores planes anuales, recoge en su apartado A.3 Ocultación de actividad y uso abusivo de sociedades, la comprobación de distintos tipos de entidades jurídicas cuya utilización se considera abusiva:

> *"De igual manera, se programarán actuaciones dirigidas a evitar el uso abusivo de la personalidad jurídica con la principal finalidad de canalizar rentas, o desviar indebidamente gastos personales de personas físicas, de manera que se reduzcan improcedentemente los tipos impositivos aplicables.*
> *(...) En cuanto al control de operaciones societarias, el diferente tratamiento que dan el IRPF y el Impuesto sobre Sociedades a rentas procedentes de la misma fuente ha sido aprovechado por los obligados tributarios para conseguir una menor tributación. Las operaciones clásicas que rodean a cualquier sociedad de capital (constitución, aumento y reducción de capital, disolución y liquidación, separación de socios, etcétera) serán objeto de un seguimiento particular al objeto de que no sirvan de cobertura para disimular las capacidades económicas de sus propietarios en el IRPF, o sirvan de refugio de rentas opacas".*

A la vista de lo anterior, sería razonable llegar a la conclusión de que la preocupación mostrada por la Administración con respecto a la tributación de los profesionales que ejercen una actividad económica a través de una sociedad profesional es legítima, dada la (ya mencionada aparente) diferencia de tipos impositivos aplicables en función de quién sea el sujeto que reciba la renta; y que su respuesta ante estas situaciones, si bien queda reducida a una cuestión de valoración probatoria, parece basarse en un criterio uniforme y claro.

Sin embargo, la postura de la Agencia Tributaria no ha sido del todo uniforme en cuánto al criterio a seguir en la selección del instrumento jurídico aplicable en las regularizaciones de las sociedades profesionales consideradas interpuestas.

En los próximos apartados se llevará a cabo un análisis exhaustivo sobre la manera en que los Tribunales de Justicia y la Administración Tributaria han aplicado los diversos instrumentos jurídicos disponibles en nuestro ordenamiento para regularizar situaciones consideradas abusivas, así como las diferentes consecuencias derivadas de dichas aplicaciones.

Asimismo, se dedicará un apartado específico al estudio de las características propias del ejercicio de la profesión de abogado, poniendo de

relieve los aspectos más controvertidos de las regularizaciones practicadas por los órganos de aplicación de los tributos.

Por último, la conclusión analizará desde una perspectiva crítica la posición adoptada por la Administración Tributaria y se mencionarán potenciales soluciones basadas en la experiencia internacional.

2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EMPLEADOS EN LA REGULARIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: SIMULACIÓN Y RÉGIMEN DE OPERACIONES VINCULADAS.

La Administración Tributaria ha adoptado, principalmente, dos vías para regularizar aquellas situaciones en las que una persona física ha realizado un uso anómalo de una sociedad profesional para ejercer una actividad económica: la del abuso del Derecho, mediante la aplicación de la figura de la simulación (artículo 16 de la LGT); y la del régimen de las operaciones vinculadas (artículo 18 LIS).

Mientras que el artículo 16 de la LGT se configura como una norma general de naturaleza antielusiva,[7] siendo de aplicación con respecto a cualquier tributo y acto; el artículo 18 de la LIS, que recoge el régimen aplicable a las operaciones realizadas entre partes vinculadas, si bien puede prevenir prácticas abusivas, tiene como principal objetivo el de establecer un conjunto de normas de valoración que impidan la transferencia de rentas a jurisdicciones de baja o nula tributación o, como en el caso que nos ocupa, que dichas rentas queden sujetas a un régimen fiscal con un tipo marginal inferior.

La aplicación de una u otra institución no es una cuestión menor. Por un lado, la simulación implica un cuestionamiento de la licitud propia de las operaciones realizadas, de la causa y de la finalidad de la sociedad. Por otro lado, el régimen de operaciones vinculadas no entra a cuestionar la licitud o ilicitud de la transacción, sino que únicamente se centra en su correcta valoración económica.

Si bien la regularización practicada por la Administración Tributaria mediante uno u otro método tiende a dar resultados similares desde un punto de vista práctico -una especie de levantamiento del velo-, los efectos jurídicos colaterales son, en realidad, distintos.

7. En este sentido, conviene señalar que el conflicto en aplicación de la norma tributaria, recogido en el artículo 15 de la LGT, también se erige como una norma de carácter antielusivo. Sin embargo, como se expuso anteriormente, los órganos de aplicación de los tributos tienden a aplicar la simulación relativa en lugar del conflicto en aplicación de la norma tributaria, al entender que la sociedad interpuesta oculta la verdadera realidad negocial para generar una apariencia que sea menos gravosa desde una perspectiva impositiva. Si bien es cierto que existen pronunciamientos en los que los tribunales han recurrido a la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, estos son escasos y de menor relevancia.

Merece la pena mencionar brevemente que en no pocas ocasiones se ha tratado de alegar por parte de los contribuyentes a los que se les ha regularizado por cualquiera de las vías mencionadas, que la constitución de una sociedad y el ejercicio de la profesión a través de la misma, entra dentro del ámbito de la economía de opción.

En el caso del Tribunal Supremo, estas alegaciones han sido normalmente despachadas sin una argumentación especialmente desarrollada.[8]

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia 4629/2022, de 20 de mayo incluyó una justificación algo más completa en un caso en el que el contribuyente defendía que no se trataba de una simulación sino de una economía de opción (énfasis añadido):

> *"Con respecto a este último inciso, debe traerse a colación y previamente analizarse lo que es una "economía de opción", la cual, según la STS 135/2021 de 4.2.21 (RJ 2021, 642) recaída en recurso de casación nº 6456/2019, siguiendo la previa STS de 27-1- 10,* ***sería aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas.*** *Se trata así, de un supuesto en el que resulta indiferente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, que el sujeto tributario se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas.* ***Lo que no es dable son las economías de opción "indeseadas"*** *descritas en STC 46/2000 (RTC 2000, 46) según la cual, la opción escogida otorgue alguna ventaja (fiscal) respecto de la/s otra/s. Tampoco puede prosperar necesariamente la calificación que haga de una operación la parte en cuestión, sino que de conformidad con el art 13 LGT 58/03 las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado.*
>
> *En el caso de autos no cabe hablar de economía de opción como parece postular la actora, ya que estamos ante un claro supuesto de simulación, en tanto que ha existido engaño de apariencia de un negocio distinto al realizado (enmascarar el real desarrollo de la actividad), simulación (que por naturaleza es siempre dolosa) por lo demás que excluye cualquier interpretación razonable de la norma tributaria del art 179.2.d) de la LGT. Del mismo modo como se se-*

8. En la STS 1016/2015, de 11 de marzo el Alto Tribunal expuso lo siguiente:
(...) no estamos ante un supuesto de economía de opción como pretende la parte recurrente, no se cuestiona la licitud de la sociedad profesional, sino simple y llanamente se analiza cómo ha desenvuelto su relación con la misma desde la perspectiva fiscal, la "facturación y cobro a través de las sociedades PAGUNA ABOGADOS, S.L. Y SOVLE ASESORES, S.L. de los servicios prestados por D. Severino a la sociedad RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS, S.L.", partiendo de unos hechos concretos sobre los que ha recaído la valoración que rechaza la parte recurrente, pero que, como se ha dicho, si legítima en cuanto a manifestar su parecer, es inadecuada e insuficiente para desvirtuar el criterio de la Sala de instancia.

ñala en nuestra sentencia nº 862/19 de 28 de junio (recaída en recurso ordinario nº 96/17) siguiendo la STS de 24-5-10 (RJ 2010, 5210), no cabe apreciar economía de opción porque ésta "no incluye las actuaciones que incidan en cualquier tipo de negocio anómalo, fraude de ley, abuso de derecho, ni en general, aquellos criterios que comportan una exención de la norma al amparo de una interpretación errónea o improcedente, por extensiva para incluir supuestos no contemplados por la ley. La economía de opción que comporta una discrepancia interpretativa no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la convención del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal".

En cambio, en la STSJMU 87/2015, de 6 de febrero, el tribunal consideró que no procedía la regularización del obligado tributario por la vía de la simulación, al tratarse de una economía de opción:

"La opción de encarar la actividad empresarial como persona física, o como persona jurídica, es una opción legítima, amparada por la normativa mercantil y fiscal, y en la que el cálculo de los costes, también fiscales, puede ser importante. Esto es economía de opción, que no persigue defraudar la ley, sino utilizar la forma jurídica que conlleva menor carga fiscal. El problema reside en que la regulación del conflicto en la aplicación de la norma, antes fraude de ley, es tan amplia, y al propio tiempo tan imprecisa, sobre todo en términos de discrecionalidad de la Administración tributaria, que reduce considerablemente el ámbito de economía de opción. El legislador coloca bajo sospecha la utilización de una forma jurídica con la finalidad de obtener un ahorro fiscal, y sacrifica la legalidad tributaria y la seguridad jurídica, con un uso abusivo de conceptos jurídicos indeterminados, como ha sostenido el propio Consejo de Estado en la fase prelegislativa de elaboración del texto.
(...) A la vista de todo ello la Sala comparte, con las resoluciones antes citadas, que no existe un principio que establezca que las actividades económicas deban organizarse en la forma más rentable y óptima para la Hacienda, y por el contrario en nuestro Ordenamiento existe la libre configuración negocial que estructura la economía de opción, la que faculta al contribuyente para optar, de entre las varias posibilidades que ofrece la ley, por aquella que le resulte más rentable o de menor carga impositiva".

Resulta evidente que los límites de la economía de opción son tan difusos para los tribunales como lo son los criterios aplicados por la Administración Tributaria para llevar a cabo las pretendidas regularizaciones de sociedades interpuestas, dando lugar a pronunciamientos dispares.

A continuación, se procederá a analizar cada una de las vías anteriormente mencionadas: la simulación, como norma antielusiva general; y la normativa sobre precios de transferencia, como norma específica de valoración de operaciones vinculadas.

2.1 Simulación

El artículo 16 de la LGT[9] no proporciona una definición de simulación afecta al ámbito tributario, lo que obliga a la jurisprudencia y a la doctrina administrativa a acudir a lo establecido por el derecho civil. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia 6927/2014, de 27 mayo, recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente a la STS 4510/2011, de 29 de junio, define la simulación de la siguiente manera:

> *"La simulación se suele explicar como la discordancia consciente y querida por las partes entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Cuando las partes se ponen de acuerdo para presentar a terceros un negocio que nunca quisieron se habla de simulación absoluta y si encubren un negocio distinto al realmente querido de simulación relativa".*

En la sentencia citada, el Tribunal trata de dilucidar si los servicios facturados a un despacho de abogados por una sociedad, Rienzi, S.L., fueron realmente prestados por su socio y administrador único D. Luis Pablo.

El tribunal concluye que la falta de medios materiales y personales de la sociedad Rienzi, S.L. para el ejercicio de la abogacía demuestra que la actividad profesional fue realizada únicamente por D. Luis Pablo como persona física. Por lo tanto, los ingresos deben imputarse a ésta, al ser la quien realizó el hecho imponible y generó el rendimiento.

Como pruebas indiciarias, el tribunal destaca las siguientes:

- Que D. Luis Pablo era abogado de Ramón y Cajal Abogados, S.L.;
- Que el administrador único de Rienzi, S.L. era D. Luis Pablo, de la que poseía el 99,5% del capital;

9. Artículo 16 de la LGT:
1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.
2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.
3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.

- Que Rienzi, S.L. poseía el 14% del capital social de Ramón y Cajal Abogados, S.L.;
- Que los proveedores que facturaban fastos a Rienzi, S.L. eran empresas dedicadas a la promoción inmobiliaria, construcción, cimentación, jardinería, muebles y obras de arte;
- Que Rienzi, S.L. carece de empleados y profesionales, destacando que la sociedad no subcontrató profesionales que pudieran ejercer de abogados;
- Que Ramón y Cajal Abogados, S.L. ponía a disposición de los abogados del despacho sus instalaciones y los medios personales y materiales necesarios para realizar su actividad, asumiendo el pago de los gastos devengados por dichos profesionales en el desarrollo de su actividad; y
- Que las facturas emitidas por Ramón y Cajal Abogados, S.L. a sus clientes siempre estaban firmadas por una persona física miembro del despacho, pero no por Rienzi, S.L.

Conviene señalar que el tribunal dice no cuestionar el motivo que determinó la constitución de la sociedad, ni el desarrollo por la misma de otras actividades, sino que su intervención se reduce a la de un mero instrumento de cobro. De hecho, reconoce que el ordenamiento jurídico avala la prestación de servicios profesionales de abogacía a través de sociedades mercantiles, pero lo que no ampara es, a su juicio, utilizar *"una sociedad para facturar los servicios que realiza una persona física, sin intervención de dicha sociedad instrumental, que es un simple medio para cobrar los servicios con la única finalidad de reducir la imposición directa del profesional de la abogacía"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal determina que la interposición de una sociedad con el objetivo de facturar y cobrar los servicios realmente prestados por el abogado *"constituye una actuación carente de causa dentro de la relación de servicios profesionales que existe entre la sociedad profesional y los abogados de la misma"*.

La estructura argumental esgrimida en la sentencia expuesta, que data de 2014, es generalmente replicada en los pronunciamientos de los tribunales que enjuician casos en los que los órganos de aplicación de los tributos han acudido a la simulación como mecanismo de regularización.

Otro ejemplo lo constituye la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 9462/2021, de 25 de noviembre. En el caso objeto de análisis se concluyó que el Sr. Cipriano había constituido una sociedad (Smiramide, S.L.) con la intención de ocultar tras la pantalla de dicha entidad los servicios

jurídicos prestados por él mismo a Gabinete Plana, S.A., tomando como base los indicios recopilados durante el procedimiento inspector, a saber:

- Que el Sr Cipriano poseía el control de Gabinete Plana, S.A. y de Semiramide, S.L.;
- Identidad substancial de actividades por parte de las citadas dos entidades;
- La coincidencia de domicilio social y fiscal entre Gabinete Plana, S.A. y el Sr. Cipriano;
- El hecho que Semiramide, S.L. tenía casi como único cliente a Gabinete Plana, S.A.;
- Semiramide, S.L. no contaba con medios humanos propios suficientes (no lo serían la contratación de determinados abogados por espacio corto de tiempo) en el ámbito del asesoramiento, para desarrollar tal actividad; y
- Los medios materiales (inmuebles) de Semiramide, S.L. no se hallaban afectos a la actividad económica del obligado tributario.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1929/2022, de 20 de mayo, en la que se concluyó de que el Sr. Arcadio había constituido una sociedad (Patpro, S.L.) con la intención de ocultar los servicios jurídicos prestados por él mismo a la sociedad que coadministraba (Angles & Buxeda Advocats, S.L.). En este caso, el Tribunal toma como base los indicios recopilados durante el procedimiento inspector y que considera palmarios por su "seriedad, precisión y concordancia".[10]

Tales indicios son:

- La posición dominante del Sr. Arcadio con respecto a ambas sociedades, al ser propietario y administrador de Patpro, S.L.; y socio y administrador solidario de Angles & Buxeda Advocats, S.L.;
- La inexistencia de medios materiales y humanos en sede de Patpro, S.L., a la que considera una sociedad de carácter patrimonial; y
- La coincidencia de domicilios fiscales entre y Angles & Buxeda Advocats, S.L.

En la citada sentencia, el Tribunal vuelve a insistir en que no se está cuestionando la legalidad de la sociedad profesional, sino el uso indebido de la misma, siendo este, en su opinión, el que ha dado lugar a un ahorro fiscal: por

10. Fundamento jurídico segundo.

un lado, si las rentas hubieran sido atribuidas al Sr. Arcadio, éstas hubieran estado sometidas a retención en favor del IRPF y, por tanto, se habría llevado a cabo el correspondiente pago a cuota; por otro lado, el desvío de la remuneración a recibir a través de Patpro, S.L. permite la tributación de las rentas al tipo más beneficioso del Impuesto sobre Sociedades.

Es importante destacar que para apreciar la existencia de simulación debe probarse suficiente la simulación,[11] es decir, debe existir una declaración deliberadamente disconforme con la auténtica voluntad de las partes y una finalidad de ocultación a terceros, en este caso a la Administración. Lo más característico por tanto de un negocio simulado, es la oposición entre lo querido (la voluntad) y lo declarado (lo externalizado).

Así, la simulación es una cuestión de hecho que debe ser probada por la parte que la alegue, es decir, la Agencia Tributaria.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 16 de la LGT señala que la existencia de simulación debe ser declarada por la Administración Tributaria. Por tanto, son los órganos de aplicación de los tributos los legitimados para apreciar la existencia de simulación, para lo que deberán apoyarse en el correspondiente material probatorio.

A este respecto, la jurisprudencia ha relajado el nivel de exigencia cuando se trata de probar la existencia de simulación, al considerar especialmente complicada la recopilación de pruebas, dado el empeño natural que se considera que ponen las partes en aparentar que el negocio jurídico es cierto y efectivo reflejo de la realidad. En estos casos, la simulación es deducida de la prueba indirecta de las presunciones que llevan al juzgador a apreciar su realidad.[12]

El resultado de dicha distensión y la aceptación de pruebas indiciarias como las únicas existentes y válidas, abre la puerta a la presentación de datos y hechos que se alejan en exceso del fondo del asunto que, en el caso de la simulación, consistiría en demostrar que ha existido un engaño tal que ha ocultado la verdadera intención de la persona física que ha constituido una sociedad (i.e. la obtención de un ahorro fiscal).

Como consecuencia de lo anterior, en los últimos años, los órganos de aplicación de los tributos han comenzado a utilizar el concepto de servicios

11. Entre otras, STS 6020/2012, de 26 de septiembre.
12. STS 5517/2010, de 6 de octubre.

personalísimos o *"intuitu personae"* para insistir en la necesaria participación directa, sin intervención de la sociedad, de la persona física en la prestación de los servicios profesionales en cuestión, relegando a un segundo plano la prueba relativa a la existencia o no de recursos humanos y materiales.[13] Argumento que es expuesto ante y por los tribunales como determinante y que, como se detallará más adelante, es empleado tanto en aquellas regularizaciones basadas en la simulación, como en aquellas en la que se recurre al régimen de operaciones vinculadas.

En la práctica, recurrir a la calificación de los servicios como de personalísimos sin necesidad de aportar más pruebas implica que la creación de una sociedad a través de la que el socio presta servicios es, en los casos en los que la Administración así lo decide, sinónimo de "ocultación", pese a que ninguno de los sujetos implicados haya tenido intención de ocultar nada a la Administración.

De hecho, cuando una sociedad es constituida con el fin de prestar servicios profesionales, existen una serie de trámites burocráticos que externalizan tal situación: (i) una declaración de inicio de actividad y de alta en el censo de profesionales y empresarios, formalizada y comunicada a la Administración Tributaria mediante la presentación del modelo 036 o 037; (ii) la presentación de autoliquidaciones recurrentes a través de las cuales se pone en conocimiento de la Agencia Tributaria las actividades que se están llevando a cabo; y (iii) el depósito en el Registro Mercantil de información societaria relevante.

La caracterización de los servicios profesionales prestados por el socio como personalísimos parece simplificar el camino de la Administración Tributaria en lo que respecta a la justificación de los requisitos propios de la simulación, aun cuando que exista tal identidad no implica engaño alguno.

Así, el criterio jurisprudencial estipula que la simulación es carencia de causa, lo que aplicado al caso concreto se manifiesta, en su opinión,

---

13. En la STSJCAT 1929/2022, de 20 de mayo anteriormente citada, el tribunal exponía lo siguiente (énfasis añadido):

> Por tanto, en nuestro caso, ha existido un artificio defraudatorio orquestado por el aquí recurrente (simulación subjetiva), a modo de simulación relativa (ésta existe cuando tras la voluntad declarada se da una causa real de contenido o carácter diverso), simulación ésta no por falta de causa contractual, sino por causa falsa, consistente en la existencia de una realidad formal diferente a la realidad material.
> Esto es, aplicado a nuestro supuesto de autos, **tenemos que el aquí actor pretende ocultar (de ahí la concepción de ocultación) tras la pantalla de la sociedad interpuesta -Patpro SL- que, el único y verdadero prestador de los servicios intuitu personae, es la persona física del sr Arcadio.**

mediante la innecesaridad absoluta de que la persona física constituya una sociedad profesional para facturar a un cliente unos servicios que presta ella misma.[14]

Sin embargo, el principal obstáculo con el que se enfrenta la anterior argumentación es que las sociedades son, per se, ficciones jurídicas, de forma que su interposición siempre será "innecesaria" en el sentido de que no pueden llevar a cabo ninguna acción que no pueda ser realizada directamente por una persona física. Este enfoque ignora la legitimidad de la constitución de sociedades para la prestación de servicios profesionales y sus beneficios fiscales legítimos, a pesar de la mención que suelen hacer los tribunales en sus pronunciamientos con respecto al reconocimiento de que tal posibilidad es avalada por nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, el empleo de la simulación como institución para regularizar la tributación de las sociedades consideradas "interpuestas" por la Administración Tributaria reproduce los efectos de la doctrina del *levantamiento del velo societario* cuya aplicación ha sido admitida por el Tribunal Supremo en situaciones excepcionales, en las que el negocio jurídico societario se ha realizado de mala fe y como método de elusión de responsabilidades.[15] Aspectos que, desde luego, no son evaluados en las situaciones objeto de análisis.

2.2 Régimen de operaciones vinculadas

La segunda de las técnicas jurídicas empleadas para regularizar la renta obtenida por una sociedad profesional y que la Administración Tributaria considera que debería haber recibido la persona física prestadora del servicio, es el régimen de operaciones vinculadas regulado en el artículo 18 de la LIS.[16]

---

14. A modo de ejemplo, la STS 4126/2019, de 17 de diciembre:
Como sostiene el Abogado del Estado, la simulación es ocultación y carencia de causa y, en el supuesto que nos ocupa , la ocultación consiste en que los servicios los presta una persona física pero los factura una sociedad mercantil, participada al 99,97% por la persona física que, a su vez, es contratada de su sociedad personal. La carencia de causa es la innecesaridad absoluta de que la persona física constituya una sociedad profesional para facturar a la sociedad cliente (prácticamente único) servicios que presta como persona física (en este caso: Don Romualdo), máxime cuando (aspecto probatorio) las investigaciones de la Inspección Tributaria han detectado que los documentos contables de esta sociedad de persona física no recoge ni subcontrataciones ni gastos de gestión de lo que sería una sociedad con empleados o con infraestructura de trabajo, ni siquiera de lo que podría ser (potencialmente e in abstracto) una sociedad profesional que prestara servicios de asesoramiento jurídico tipo free-lance (profesional libre) a diversos Clientes.
15. Entre otras sentencias, la STS 4282/2011, de 7 de junio y la STS 3801/2012, de 30 de mayo.
16. A esta misma regla se remite el artículo 41 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("**LIRPF**").

El apartado 2 del citado artículo 18 de la LIS establece que se consideran personas o entidades vinculadas, a los efectos que aquí interesan, las siguientes:

- Los socios o partícipes de una entidad en la que participan en más de un 25%; y
- Una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.

Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas deben ser valoradas a valor de mercado, es decir, aquel que habría sido acordado entre personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia (comúnmente conocido por su versión inglesa *arm's length principle*).

Para ello, el apartado 4 del citado artículo recoge una serie de métodos que deben ser empleados para la determinación del valor de mercado de una operación vinculada, para lo que se deberá llevar a cabo un análisis de comparabilidad. Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("**OCDE**") aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias (las "**Directrices**"), que guían la interpretación y aplicación de nuestra normativa, recogen en su párrafo 1.35 lo siguiente:

> *"La aplicación del principio de plena competencia depende de que se determinen las condiciones que hubieran acordado partes independientes en operaciones comparables efectuadas en circunstancias igualmente comparables. Por tanto, antes de realizar la comparación con operaciones no vinculadas, es vital identificar las características con relevancia económica de las relaciones comerciales o financieras que se manifiestan en la operación vinculada".*

El artículo 18 de la LIS reconoce en su apartado 6 una presunción de coincidencia entre el valor convenido y el valor de mercado, utilizable con carácter opcional por el obligado tributario, cuando concurran los requisitos previstos en el mismo. [17] Este *safe harbour* o "puerto seguro" permite a los profesionales considerar que las prestaciones percibidas se ajustan al valor de

17. El contenido de este artículo ha sido criticado por muchos autores debido a su enrevesada redacción y los numerosos requisitos que se exigen para su aplicación. De hecho, el porcentaje de asignación al socio profesional es tan alto que implica una descapitalización forzada de la sociedad.
En cualquier caso, su aplicación depende, entre otras cosas, de que la sociedad cuente con medios materiales y humanos suficientes para el correcto desarrollo de su actividad, siendo este uno de los aspectos en los que la Administración suele centrar su atención.

mercado siempre que: (i) más del 75% de los ingresos de la entidad procedan del ejercicio de actividades profesionales, y cuente con medios materiales y humanos suficientes para su correcto desarrollo; (ii) que la cuantía de las retribuciones asignadas al socio profesional por los servicios prestados a la entidad no sea inferior al 75% del resultado previo a la deducción de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios por la prestación de sus servicios; (iii) que la cuantía de las retribuciones correspondientes a cada socio se determine en función de la contribución efectuada a la buena marcha de la entidad, constando por escrito los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables; y (iv) que la cuantía de las retribuciones asignadas a los socios profesionales no sea inferior a 1,5 veces el salario medio de los asalariados de la entidad que cumplan funciones análogas.[18]

La norma faculta a la Administración Tributaria para comprobar las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas y efectuar las correcciones que procedan (artículo 18.10 de la LIS).[19]

En aplicación de dicho régimen, la Agencia Tributaria puede llegar a la conclusión de que las retribuciones satisfechas por la sociedad al socio por la prestación de servicios son inferiores a las que recibiría en condiciones de libre competencia, de forma que la tributación en sede de la persona física vía IRPF debería haber sido mayor.

Para elaborar una valoración alternativa que cumpla con el principio de libre mercado, la Administración emplea el conocido Método del Precio Libre Comparable ("**CUP**", por sus siglas en inglés). Para ello, se vale de las operaciones que la sociedad lleva a cabo con terceros independientes, las cuales han sido consideradas por la jurisprudencia comparables internos válidos.

---

18. En ausencia de los mismos, la cuantía de las retribuciones asignadas a los socios no puede ser inferior a 5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
19. El apartado 10 del artículo 18 de la LIS establece que:
La Administración tributaria podrá comprobar las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas y efectuará, en su caso, las correcciones que procedan en los términos que se hubieran acordado entre partes independientes de acuerdo con el principio de libre competencia, respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, con la documentación aportada por el contribuyente y los datos e información de que disponga. La Administración tributaria quedará vinculada por dicha corrección en relación con el resto de personas o entidades vinculadas.
La corrección practicada no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. Para efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva.

El Tribunal Económico Administrativo Central, en su Resolución de 2 de marzo de 2016, dictada en recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, estableció lo siguiente (énfasis añadido):

> *"En opinión de este Tribunal Central, por tanto,* ***cuando el servicio que presta la persona física a la sociedad vinculada y el que presta la sociedad vinculada a terceros independientes es sustancialmente el mismo*** *y del análisis del supuesto de hecho se deriva que la sociedad carece de medios para realizar la operación si no es por la necesaria e imprescindible participación de la persona física, no aportando valor añadido (o siendo éste residual) a la labor de la persona física,* ***es acorde con la metodología de operaciones vinculadas considerar que la contraprestación pactada por esta segunda operación es una "operación no vinculada comparable",*** *no siendo necesario incorporar una corrección valorativa por el mero reconocimiento de la existencia de la sociedad, y ello sin perjuicio de las correcciones que en aplicación del método del precio libre comparable proceda realizar por los gastos fiscalmente deducibles que se centralizan en la sociedad".*

Esta doctrina, de aplicación obligatoria en el ámbito de la Administración Tributaria, ha sido respaldada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.[20]

De este modo, las autoridades fiscales comparan el importe cobrado por la entidad intermediaria a terceros independientes con el facturado por el socio a la sociedad vinculada. Si lo recibido por la persona física es inferior a lo facturado por la sociedad interpuesta, y se considera que (i) dicha entidad carece de recursos personales y materiales o que, disponiendo de ellos, estos no son relevantes para la actividad; y (ii) que los servicios son los mismos (lo cual es común, dado que, como se ha expuesto anteriormente, la sociedad es una ficción jurídica que no puede realizar una diferente a la de sus integrantes), la Administración podrá concluir que la operación no ha sido correctamente valorada, determinando que lo recibido por el socio persona física debería ser igual a lo facturado por la sociedad a terceros independientes, restando los gastos en los que haya podido incurrir la sociedad, siempre que sean deducibles y se encuentren relacionados con la actividad.

---

20. Sentencia de la AN 496/2017, de 9 de febrero, en la que el Tribunal aseguraba que:
> La comparabilidad resulta difícil de encontrar debido al carácter personalísimo de los servicios que hace difícil su objetivación fuera del ámbito de la contratación objeto de valoración, pero el método es válido, puesto que los contratos suscritos con los distintos clientes se pactaron entre partes independientes en condiciones de libre competencia y los servicios contratados se prestaron exclusivamente por la recurrente, de manera que existe un precio real de mercado de los servicios controvertidos, a los efectos del art. 16.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004.

Adicionalmente, la Sentencia del TSJ de Madrid 1622/2020, de 21 de febrero o, más recientemente, la Sentencia del TS 2732/2023, de 21 de junio.

Citando un ejemplo relacionado con el ejercicio de la abogacía, la Sentencia de la Audiencia Nacional 728/2020, de 27 de febrero versa sobre la regularización practicada por la Inspección en relación con las remuneraciones satisfechas por unas entidades a sus socios por la prestación de servicios de asesoramiento jurídico en los procedimiento expropiatorios, para lo cual se consideraron los siguientes datos:

- Las entidades no aportaban valor añadido a los servicios prestados por los socios;
- Las entidades carecen de personal propio; y
- Entre ellas actúan como clientes exclusivos.

Para llevar a cabo dicha regularización, la Inspección recurre al Método CUP, cuya aplicación es avalada por la Audiencia Nacional en los siguientes términos:

> *"En este sentido debe tenerse en cuenta que la Inspección a la hora de tener en cuenta el precio comparable lo ha valorado por la relación entre el obligado tributario y los terceros independientes de los que obtienen los ingresos por los servicios prestados por socio y administrador.*
>
> *Sin embargo, nada debe objetarse a la aplicación de este método en cuanto existe identidad entre servicio prestado por el profesional a la sociedad, y los que están facturando éstas, consistente esencialmente en el asesoramiento jurídico en los procedimientos expropiatorios y en la captación de clientes para realizar este último, entendiendo que detrás de estos servicios jurídicos estarían don Balbino y don Antonio conforme a los indicios que hemos expuestos en el fundamento de derecho segundo".*

El Tribunal considera que la subcontratación de otros letrados para la prestación de tales servicios no es suficiente para determinar que estas entidades contaban con recursos materiales y personales distintos a los de sus propios socios.

La Audiencia Nacional concluye con una afirmación que respalda lo expuesto al inicio de este trabajo (énfasis añadido):

> *"A dicha valoración de ingresos se le han aplicado además los gastos correspondientes para su obtención y se han imputado a las sociedades en función de la participación de las personas físicas en las mismas, o de aquellas entre sí;*

de esta forma nada cabe objetar en la transparentación efectuada que se ajustó precisamente lo dispuesto en el artículo 16 del TRLIS".

Así, pese a que la Administración regulariza la situación tributaria del contribuyente mediante la aplicación de un régimen diferente al de la simulación, ésta llega a la misma conclusión, que no es otra que la transparencia de la sociedad.

Otro ejemplo lo representa la Sentencia 2813/2021, de 9 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En dicho caso, el socio (Sr. Casimiro) prestaba servicios de asesoría fiscal a su entidad vinculada (PRITAX SERVICES, S.L.) que, a su vez, prestaba servicios de la misma naturaleza a un despacho de abogados denominado IURISDIAGONAL, S.L. La Inspección, en aplicación del régimen de operaciones vinculadas, consideró que la retribución recibida por el Sr. Casimiro no cumplía con el principio de libre mercado, procediendo a regularizar el valor de la transacción mediante la aplicación del método CUP.

De la argumentación expuesta en la sentencia, es importante destacar que el Tribunal centra su atención en el carácter personalísimo de los servicios prestados. Insiste en que

"(...) del análisis de los elementos fácticos que quedan acreditados en las actuaciones de comprobación e investigación se constata, (...) que en el modelo de negocio configurado por las partes la participación del socio Casimiro es indispensable en la contratación por Iurisdiagonal de los servicios de la sociedad Link Services (antes Linktax Asesores Tributarios y antes Pritax Services).

(...) En definitiva, la actividad de la sociedad se vincula de forma indisoluble al socio que es quien aporta la clientela y el principal capital humano de la misma, hasta el punto que aquella actividad societaria no puede realizarse sin la intervención del socio principal aquí actor".

Como se expuso anteriormente, el esfuerzo probatorio que debe realizar la Administración en este tipo de regularizaciones se ha visto mitigado gracias a la posibilidad de categorizar los servicios prestados como de "personalísimos". De esta manera, basta con demostrar que la identidad del socio interviniente es determinante en la contratación de los servicios, de forma que él y solo él, puede prestarlos.

3. CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO MÁS ADECUADO Y SUS CONSECUENCIAS

Como ha quedado demostrado, y pese a la intención de la Administración Tributaria por establecer un criterio claro y transparente sobre cuándo es aplicable la figura de la simulación y cuándo debe aplicarse el régimen de operaciones vinculadas, la realidad es que los argumentos a los que se recurre para respaldar la regularización por cualquiera de las dos vías son coincidentes.

Para la aplicación de ambos instrumentos, los órganos de aplicación de los tributos se basan principalmente en:

- La ausencia, en la sede de la entidad, de medios materiales y humanos suficientes para desarrollar la actividad de manera autónoma; y
- El carácter personalísimo de los servicios, que exige la participación indispensable del socio persona física.

En el caso de la simulación, ambos argumentos son empleados por la Administración como prueba de que la creación de una sociedad profesional no tiene otro objetivo que ocultar que el verdadero prestador del servicio es el socio, de manera que su interposición es innecesaria, lo que la convierte en una figura ilícita. En este contexto, la Agencia Tributaria obvia la existencia de la sociedad para adjudicarle al socio los rendimientos obtenidos originariamente por la entidad.

En el caso del régimen de operaciones vinculadas, se utilizan para justificar que la remuneración obtenida por el socio no cumple con el principio de libre competencia, toda vez que la sociedad no añade valor a los servicios prestados. En consecuencia, la Administración aplica el Método CUP para transferir los rendimientos de la sociedad al socio, de manera que éste tribute por dichas rentas en el marco del IRPF.

En definitiva, en el momento en el que se dan ambas circunstancias, la Administración tiene total libertad para orientar la regularización por cualquiera de las dos vías expuestas.

La fusión de los argumentos mencionados es tal que incluso existen sentencias que argumentan en un sentido y posteriormente realizan un giro copernicano para regularizar por la otra vía. Véase, a modo de ejemplo,[21] la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 11098/2017, de 25 de octubre; o la STSJM 1534/2020, de 28 de enero.

De hecho, en las ocasiones en las que la Administración ha regularizado la situación tributaria de un contribuyente por la vía de la simulación y éste ha recurrido dicho ajuste alegando la procedencia del régimen de operaciones vinculadas, los tribunales han esquivado la cuestión aludiendo a la casuística que entrañan este tipo de casos, o bien indicando que, una vez demostrada la simulación, no es posible la reconducción del caso por la vía del régimen de operaciones vinculadas.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 4309/2020, de 11 de diciembre, el obligado tributario argumentó que la menor tributación a la que se expone un profesional como consecuencia de la creación de una sociedad profesional debe corregirse mediante la aplicación de las reglas de valoración de las operaciones vinculadas, a lo que el Alto Tribunal responde que "el casuismo es, realmente, inagotable y exige estar al material probatorio del que se dispone en cada caso y a las declaraciones que -como hechos que no pueden controvertirse en casación- hayan efectuado los órganos de instancia".

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 10987/2019, de 2 de diciembre, indica que, una vez probada la simulación, no puede "reconducirse a una exclusiva problemática de valoración en operaciones vinculadas , como postula la recurrente". Por lo general, los tribunales tienden a apoyar las decisiones tomadas por la Administración en el marco de los procedimientos de investigación y comprobación tributaria.[22] El Alto Tribunal,

---

21. También conviene destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1534/2020, de 28 de enero, en la que se regulariza por operaciones vinculadas y, sin embargo, se incluye la siguiente argumentación:
Los servicios facturados a la referida recurrente no fueron prestados por la sociedad sino por la persona física, por lo que fueron indebidamente facturados por esa sociedad, sin que exista economía de opción y en definitiva, bajo la apariencia de una operación de prestación de servicios por una sociedad a otra sociedad, se oculta la realidad y es que esos mismos servicios han sido prestados personalmente por la persona física y no por la sociedad.
22. Otro ejemplo lo constituye la STSJCAT 9462/2021, de 25 de noviembre, en la que se dirimió la posible aplicación del artículo 15 LGT o el régimen de operaciones vinculadas, que fue analizada por el Tribunal en los siguientes términos:
Se aduce por la actora en sede del cauce de regularización que, el adecuado y preferente es, sería implícitamente la aplicación del art 15 LGT (conflicto en la aplicación de la norma tributaria) frente a la simulación proclamada por la AEAT, o bien explícitamente, en su caso, la consideración de partes vinculadas en la operativa (operaciones a valorar según valor de mercado) aquí judicada a regirse por los arts 16 y ss del Impuesto de Sociedades (Ley de sociedades del 2004 por razón temporal), pero este Tribunal, atendida la naturaleza revisora que se predica de la jurisdicción contenciosa-administrativa y limitada al IRPF, entiende

en la Sentencia 4126/2019, de 17 de diciembre, se expresaba en los siguientes términos (énfasis añadido):

> *"Y respecto a la fijación doctrinal que pueda hacer la Sala, partiendo de la premisa que creemos indiscutible de que la actividad profesional de la abogacía puede ejercitarse a través o por medio de la constitución de una sociedad profesional, los supuestos concretos sobre aquellos casos en que realmente la sociedad profesional no tiene causa sino que es un instrumento de cobro y de ocultación de la realidad de prestación por persona física, sin empleados, sin estructura, entendemos que serán de apreciación por la Sala de instancia según las circunstancias que se den en cada caso.* ***En el que nos ocupa se apreció correctamente ocultación y de ahí las consecuencias tributarias que, en el caso que examinamos, sólo son de nueva liquidación tributaria de regularización".***

Si bien se ha dado alguna ocasión en la que el Tribunal ha reconocido que la Administración disponía de una vía alternativa para llevar a cabo la regularización de la situación tributaria objeto de análisis, lo cierto es que en ninguna se ha llegado a rectificar. A modo de ejemplo, la STS 4126/2019, de 17 de diciembre, reconoció abiertamente que

> *"El hecho de que la Administración pudiera haber utilizado un mecanismo distinto para regularizar la situación del sujeto pasivo en un ejercicio posterior no implica que necesariamente este tenga que ser más adecuado que el utilizado en el ejercicio que estamos examinando, ni que éste no sea correcto (...)".*

Sin embargo, la selección de una u otra vía no es baladí. Tal y como se expuso anteriormente, es importante destacar que la aplicación del artículo 16 LGT en contraposición con el artículo 18 LIS, tiene repercusiones en diversos ámbitos. A los efectos de este trabajo, son tres los aspectos que se analizarán a continuación:

---

ajustado a Derecho el actuar de la Administración Tributaria, que ha entendido, dentro de sus competencias y facultades inspectoras, que ha existido un artificio defraudatorio a través de un entramado societario (estructura societaria artificiosa) dirigido por el aquí recurrente, a modo de simulación relativa, por lo que no cabe hablar de arbitrariedad en la actuación de la AEAT, proscrita en el art 9.3 CE78, ni de prelación o especialidad de preceptos tributarios en detrimento de otros, cuando lo subsumido en los hechos "ut supra" referenciados analizados por la Inspección, tienen perfecto encaje en la simulación relativa (existe cuando tras la voluntad declarada se da una causa real de contenido o carácter diverso) analizada por la AEAT, simulación ésta no por falta de causa contractual, sino por causa falsa, consistente en la existencia de una realidad formal diferente a la realidad material (prestación de servicios directamente por el sr Cipriano). A mayor abundamiento, la STC 120/2015 de 10 de mayo proclama que mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributario no existe tal ocultamiento puesto que el artificio utilizado salta a la vista. O como bien señala la STS 25-6-10 (RJ 2010, 5901) (recurso de casación para la unificación de la doctrina nº 376/2004) la esencia de la simulación radica tal y como acontece en nuestro caso, en la divergencia entre la causa real y la declarada (declaración de voluntad emitida conscientemente con fines de engaño para crear una apariencia jurídica que ponga de relieve una realidad distinta).

- En primer lugar, el ámbito sancionador, donde las consecuencias y penalizaciones pueden variar significativamente según la figura aplicada;
- En segundo lugar, el impacto en el Impuesto sobre el Valor Añadido ("**IVA**"), tanto desde la perspectiva liquidativa como sancionadora; y
- En tercer lugar, la presentación de autoliquidaciones complementarias y las implicaciones en el ámbito penal.

3.1 Ámbito sancionador

Como se ha explicado previamente, el concepto de simulación, según la interpretación de nuestros tribunales, implica un propósito de engaño y ocultación. Por ello, es comúnmente aceptado que tales conductas sean sancionadas.

Ello no implica que una vez demostrada la ocultación la imposición de la sanción sea automática. Nuestro ordenamiento jurídico ha proscrito la culpabilidad objetiva, lo que implica que ésta debe ser apreciada de manera individualizada en el marco del procedimiento sancionador que haya sido incoado. La Administración no queda exonerada en ningún caso de motivar y justificar la culpabilidad del obligado tributario al que considera autor de los hechos sancionados.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 3321/2020, de 21 de septiembre, asegura que la simulación, por su propia naturaleza, es siempre dolosa, de forma que procede, en su caso, la imposición de sanciones, sin que una interpretación razonable de la norma excluya tal responsabilidad.

En la STS 3420/2022, de 20 de septiembre el Alto Tribunal confirmó tal doctrina, añadiendo que no toda conducta debe ser "inexorablemente sancionada" e inimpugnable, pero que, de recurrirse, no será posible alegar motivos que se consideran "incompatibles de suyo con la simulación y con el elemento intelectivo del dolo o intención del que resulta inseparable".

En el marco del régimen de operaciones vinculadas no existe tal relación, lo que no implica que no puedan imponerse sanciones, sino que el cauce procedimental deberá ser más intenso en términos de recopilación probatoria.

Pues bien, los obligados tributarios, independientemente de la vía por la que se regularice su situación tributaria, pueden ser sancionados por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación

(artículo 191 LGT).[23] Sin embargo, la base de la sanción no se determina de la misma manera.

La Sentencia del Tribunal Supremo 2432/2023, de 6 de junio, resuelve un recurso de casación interpuesto por un obligado tributario cuya situación tributaria había sido regularizada por la vía de operaciones vinculadas. En consecuencia, la Administración incrementó la base imponible del IRPF de dicha persona física, aumentando así la cuota a ingresar por este tributo, y disminuyó el importe correspondiente en la base imponible de la sociedad y la cuota del IS. Para el cálculo de la sanción, la Administración no dedujo de la cantidad que dejó de ingresar la persona física lo ya abonado en el IS a través de la entidad vinculada, lo cual fue avalado por el TEAC, la AN y, en la sentencia citada, por el TS, que entiende que la base del cálculo debe ser la cuantía no ingresada en la autoliquidación de la persona física como consecuencia de la comisión de la infracción, sin que proceda descontar lo pagado por la sociedad profesional en el IS.

En la STS 2637/2023, de 8 de junio el Alto Tribunal resuelve un caso en el que se impuso la sanción recogida en el art. 191 LGT en el marco de una regularización llevada a cabo por la vía de la simulación. En este contexto, el Tribunal Supremo considera que sí es correcto para el cálculo de la base de la sanción deducir del importe a pagar por la persona física lo satisfecho previamente en el IS por la sociedad interpuesta.

El Tribunal Supremo justifica el diferente tratamiento basándose en que, en el caso de la simulación, hay una confusión de personalidades jurídicas; mientras que cuando se regulariza por la vía del régimen de operaciones vinculadas, no es posible "modificar dicha magnitud cuantitativa, definida por el tipo infractor de forma clara, considerando lo acontecido en otra autoliquidación de otro sujeto pasivo y por otro concepto impositivo".[24]

---

23. En relación con esta cuestión, es importante señalar que el artículo 191 LGT considera la falta de retención una conducta infractora. Los rendimientos profesionales son satisfechos a través de sociedades profesionales, sin practicarles retención en concepto de IRPF, pues a tal impuesto no están sujetas las personas jurídicas. Así, los servicios profesionales prestados por la persona física (sujetas a retención), son pagadas por el cliente final a la sociedad (no sujeta a retención). En el caso de la simulación, el cliente final debería haber retenido el importe legalmente establecido de las cantidades devengadas por el socio por la prestación de sus servicios profesionales, si bien no cabrá imponer sanción en tanto en cuanto la conducta no sea dolosa.
Sin embargo, en la STSJMU 230/2015, de 6 febrero, anteriormente mencionada, se practicó una liquidación por intereses de demora al estimar que la entidad receptora de los servicios debía haber practicado retenciones a los socios de las sociedades profesionales y se impuso la correspondiente sanción, si bien el recurso fue estimado y el Tribunal Superior de Justicia sentenció a favor del obligado tributario, considerando que no se trataba de un supuesto de simulación.
Las regularizaciones de este calibre suelen llevarse a cabo en estructuras de doble interposición societaria, de forma que es fácilmente demostrable que la entidad que debía haber retenido era conocedora de los hechos.
24.FJ 3º de la STS 2432/2023, de 6 de junio, anteriormente citada.

Esta doctrina, si bien tiene una base argumental sólida que concuerda con lo expuesto anteriormente, genera, como se verá a continuación, un defecto indeseado.

De acuerdo con el artículo 184.3 LGT, la utilización de personas o entidades interpuesta es considerado un medio fraudulento, lo que implica que la sanción adquiera la categoría de muy grave por aplicación del apartado 4 del artículo 191 LGT. En este caso, la sanción consiste en una multa pecuniaria proporcional del 100 al 150% de la base.

En el caso del régimen de operaciones vinculadas, al no haber ocultación el tipo infractor puede ser considerado como leve, lo que implica que la sanción sea del 50%.

Sin embargo, al aplicar la doctrina estipulada por el Tribunal Supremo, la simulación puede verse favorecida al realizar los cálculos matemáticos correspondientes, lo cual carece de sentido teniendo en cuenta el nivel de gravedad de una y otra conducta:

Cuota IRPF (al 35%)	*350*
Cuota IS (al 25%)	*-250*

	Base Sanción	***% Sanción***	***Sanción Final***
Simulación	100	100%	100
Operaciones Vinculadas	350	50%	175
Diferencia			75

Como se puede comprobar, un socio que, como consecuencia de la regularización, deba tributar en sede del IRPF al 35%, verá cómo la sanción del artículo 191 LGT es mayor en el caso de que la regularización se haya llevado a cabo mediante la aplicación del régimen de operaciones vinculadas, aunque la sanción sea catalogada como leve.

Pese a la reticencia del Tribunal Supremo por establecer un criterio que proporcione seguridad jurídica en las regularizaciones de las personas físicas que ejercen su profesión a través de sociedades profesionales, las sentencias citadas dejan claro que el Alto Tribunal es consciente de los distintos efectos que comporta la aplicación de los regímenes expuestos.

En la STS 1804/2024, de 28 de febrero que ratifica la doctrina expuesta en su Sentencia de 8 de junio, el Alto Tribunal se expresa en los siguientes términos (énfasis añadido):

> *"***No entramos en este recurso de casación***, al igual que no entramos en el rec. cas. 8550/2021,* **sobre la corrección de integrar el supuesto enjuiciado en la simulación del art. 16, y no dentro del ámbito de aplicación de las operaciones vinculadas***, y por ende, dado que no se cuestiona, a pesar de las referencias que emplea la parte recurrente a operaciones vinculadas, prescindimos de realizar un examen de la cuestión desde la óptica de los principios de legalidad y tipicidad,* **aun cuando como se ha indicado no estamos en una materia discrecional y a voluntad de la Administración el acudir a una u otra figura para sancionar***, si no de estricta legalidad, o es procedente una o es procedente la otra (...)".*

Cabe destacar que la legislación tributaria recoge un régimen sancionador específico en el caso de las operaciones vinculadas relacionado con la obligación de elaborar una determinada documentación (art. 18.3 LIS).[25] En caso de que las operaciones realizadas entre el profesional y la entidad vinculada deban ser documentadas[26] y la Administración efectúe una corrección valorativa, la conducta infractora no podrá ser sancionada tanto por el artículo 18.13 LIS como por los artículos 191, 192, 193 y 195 de la LGT en relación con las bases que hayan dado lugar a dichas correcciones, debido a la incompatibilidad reconocida entre estas disposiciones.[27]

25.Asimismo, en el caso de que la sociedad estuviera obligada a presentar el Modelo 232 "Declaración informativa de operaciones vinculadas y de operaciones y situaciones relacionadas con países o territorios calificados como paraísos fiscales", cabría la posibilidad de que fuera sancionada por aplicación del artículo 192 LGT.

26.La necesidad de estar sujeto a la obligación de documentar para disfrutar del régimen de incompatibilidad de conductas infractoras reconocido en el artículo 18.13 LIS ha sido una cuestión resuelta por el Tribunal Supremo (STS 3632/2018, de 15 de octubre.

27.Cita textual del apartado 3º del artículo 18.13 de la LIS:

Las correcciones realizadas por la Administración tributaria en aplicación de lo dispuesto en este artículo

3.2 Tratamiento en materia de imposición indirecta: IVA

Como se ha mencionado en repetidas ocasiones, la regularización acometida por la vía de la simulación supone la eliminación en el plano teórico de la sociedad, lo que implica que, desde la perspectiva del IVA, se ha llevado a cabo una repercusión indebida (art. 221.1 b) LGT) -por parte de la entidad-, y una falta de repercusión del impuesto -por parte de la persona física que prestó el servicio-.

Desde el punto de vista de la sociedad interpuesta, el IVA ingresado resulta indebido, pues la cantidad pagada por ésta es mayor que la derivada del acto administrativo de liquidación en el que se declare la simulación, de forma que la persona o entidad que lo haya soportado podrá, bajo determinados supuestos, solicitar su devolución.[28]

Desde el punto de vista del socio profesional, éste debía haber repercutido un IVA adicional por la diferencia entre lo facturado a la sociedad simulada y lo facturado por ésta al cliente final. De acuerdo con lo establecido en el artículo 89.3.2º de la LIVA, el sujeto pasivo pierde el derecho a rectificar las cuotas impositivas repercutidas cuando la Administración ponga de manifiesto la existencia de cuotas impositivas devengadas no repercutidas adicionales consecuencia de la participación del obligado tributario en un fraude, o que sabía o debía haber sabido que realizaba una operación que formaba parte de un fraude.[29]

---

respecto de operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que determinen falta de ingreso, obtención indebida de devoluciones tributarias o determinación o acreditación improcedente de partidas a compensar en declaraciones futuras o se declare incorrectamente la renta neta sin que produzca falta de ingreso u obtención de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación cantidades pendientes de compensación, habiéndose cumplido la obligación de documentación específica a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no constituirá la comisión de las infracciones de los artículos 191, 192, 193 o 195 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, por la parte de bases que hubiesen dado lugar a la referidas correcciones.

28.De acuerdo con el artículo 14.2.c) del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa, la persona o entidad que haya soportado la repercusión, cuando el ingreso indebido se refiera a un tributo que debía haber sido repercutido por otra persona o entidad, tendrá derecho a su devolución cuando concurran los siguientes requisitos: 1) que la repercusión del importe del tributo se haya efectuado mediante factura cuando así lo establezca la normativa reguladora del tributo; 2) que las cuotas indebidamente repercutidas hayan sido ingresadas; 3) que las cuotas indebidamente repercutidas y cuya devolución se solicita no hayan sido devueltas por la Administración tributaria a quien se repercutieron; y 4) que el obligado tributario que haya soportado la repercusión no tuviese derecho a la deducción de las cuotas soportadas.

29. En este caso, el sujeto que debía soportar la repercusión no podría deducir dichas cuotas hasta que las incluyera en sus libros registro, sufriendo un perjuicio financiero en la que medida en que satisfizo el IVA a la sociedad y no podía deducirlo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99.3 de la LIVA:

Cuando hubiese mediado requerimiento de la Administración o actuación inspectora, serán deducibles, en las liquidaciones que procedan, las cuotas soportadas que estuviesen debidamente contabilizadas en los libros registros establecidos reglamentariamente para este Impuesto, mientras que las cuotas no contabilizadas serán deducibles en la declaración-liquidación del periodo correspondiente a su contabili-

En caso de que no se realice tal apreciación por parte de la Administración Tributaria, y pese a que el documento justificativo del derecho a la deducción del IVA no era válido para deducir las cuotas soportadas, las facturas emitidas por la sociedad simulada responden a unos servicios realmente prestados por el profesional, por lo que la regularización de las cuotas soportadas no obsta a la posibilidad de que el profesional proceda a repercutir el IVA correspondiente por la prestación de servicios al cliente final en el plazo de cuatro años (art. 89.1 LIVA).

De acuerdo con Bas Soria, J. y Payá Martínez, T. (2024), este tipo de situaciones no están siendo objeto de regularización dada la ausencia de un perjuicio para la Hacienda Pública, evitando así los efectos perjudiciales de la declaración de simulación, si bien jurídicamente hablando, no es la mejor solución.

Resulta relevante destacar que se han dado casos en los que la Administración, no solo ha hecho responsable a la entidad interpuesta tanto de la cuota como de la sanción exigida a la persona física por aplicación del artículo 42.1.a) de la LGT, sino que también se la ha sancionado por aplicación del artículo 201.3 de la LGT por el incumplimiento de obligaciones de facturación.

La emisión de facturas falsas justifica la categorización de la infracción recogida en artículo 191 LGT como grave y, al mismo tiempo, es la circunstancia que habilita la derivación de responsabilidad a la sociedad.

Como consecuencia, nos encontraríamos ante un concurso medial entre las infracciones contenidas en los artículo 201 y 191 LGT, el cual ha sido normalmente resuelto por el Tribunal Supremo en aplicación del artículo 180.1 LGT, según el cual

> *"Una misma acción u omisión que deba aplicarse como criterio de graduación de una infracción o como circunstancia que determine la calificación de una infracción como grave o muy grave no podrá ser sancionada como infracción independiente".*

Sin embargo, la Administración podría acudir, como se ha visto anteriormente, al empleo de medios fraudulentos para agravar la sanción del artículo 191 LGT, dejando abierta la posibilidad de sancionar por aplicación del

zación o en las de los siguientes. En todo caso, unas y otras cuotas solo podrán deducirse cuando no haya transcurrido el plazo a que se refiere el primer párrafo.

artículo 201.3 LGT, al no haber sido la emisión de facturas falsas la circunstancia que ha determinado la calificación de la infracción como muy grave.

No obstante, la Administración no debería acudir a la vía que desemboca en un exceso punitivo, teniendo en cuenta los principios que rigen el procedimiento sancionador administrativo.

3.3 Presentación de autoliquidaciones complementarias e implicaciones en el ámbito penal

Por último, es importante destacar que los obligados tributarios pueden modificar las declaraciones presentadas. De acuerdo con el artículo 122 LGT, el obligado tributario podrá presentar una autoliquidación complementaria cuando la modificación de la presentada con anterioridad de lugar al ingreso de un importe superior o a la devolución de una cantidad menor.

Sin embargo, la simulación, en tanto que situación de hecho, y con arreglo a lo establecido en el artículo 16 LGT, solo puede ser declarada por la Administración Tributaria, lo que impide al socio profesional rectificar su declaración si, analizados los hechos, se arriesgara a ser objeto de regularización por los órganos de aplicación de los tributos.

Si bien esta observación puede quedarse en un plano más bien filosófico del debate, lo cierto es que el empleo de la simulación como instrumento jurídico empleado en la regularización efectuada por la Administración Tributaria puede, en función de su cuantía, tener un impacto en el ámbito penal. Así, el socio podría ser objeto de las penas punitivas recogidas en el artículo 305 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por defraudación fiscal (i.e. pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos) siempre que el importe defraudado supere los 120.000 euros.

Si bien son contadas las ocasiones en las que se inicia un procedimiento penal con origen en alguna de las regularizaciones descritas, cabe destacar aquí los casos de Ramón y Cajal y Sagardoy, ambos grandes despachos que finalmente fueron absueltos de delito fiscal por entender que no había ocultación de datos ni engaño.

4. EL CASO CONCRETO DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA: LOS MEDIOS MATERIALES Y SU NATURALEZA PERSONALÍSIMA

El caso de los profesionales de la abogacía, igual que el de los artistas, reviste ciertas especialidades.

En primer lugar, los servicios pueden ser prestados sin necesidad de emplear grandes recursos materiales o humanos.

La Nota 1/12, de 22 de marzo de 2012, emitida por el Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Tributaria, reconocía que (énfasis añadido):

> *"En particular, debe tenerse en cuenta que en el caso de servicios profesionales (abogacía, asesoría, servicios de arquitectura, medicina...)* ***el principal medio de producción reside en el propio socio****, esto es, en la propia capacitación profesional de la persona física que presta los servicios, –se trata de servicios cuya contratación tiene un marcado carácter "intuitu personae",* ***de manera que los medios materiales necesarios para el desempeño de sus servicios proporcionados por la entidad son de escasa relevancia frente al factor humano".***

Pese a que son muchas las ocasiones en las que la sociedad sí cuenta con medios personales o materiales[30] (locales, mobiliario o equipos informáticos), la Administración Tributaria tiende a despreciar su importancia con base en distintos argumentos, siendo los más comunes la desvinculación de los medios con la actividad desarrollada y su utilización en el ámbito particular del socio, o su irrelevancia en la generación de valor.

La STSJCAT 2813/2021 de 9 de abril, anteriormente citada es un claro ejemplo de cómo tanto la Administración Tributaria como los Tribunales recurren a novedosas interpretaciones de la ley para desacreditar la relevancia de los medios materiales y/o humanos con los que cuenta la sociedad. En el caso objeto de análisis, el TSJ de Cataluña considera, con base en la resolución del TEAC de 11 de septiembre de 2014 (RG 5473/2012),[31] que los medios

30. Recordemos en este sentido que la definición de actividad económica recogida en el artículo 5 LIS permite reconocer como tal aquella actividad en la que se ordenen por cuenta propia medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos.
31. Resulta especialmente llamativa la argumentación esgrimida por el TEAC en dicha resolución, en la que indica que (énfasis añadido):

personales o materiales con los que cuente la sociedad no pueden permitir la existencia de cualquier o mínima actividad económica, pues considera obvio que toda sociedad cuenta con medios necesarios para realizar cualquier actividad.

En un caso analizado por la Audiencia Nacional en la Sentencia 52/2021, de 4 de enero la Administración Tributaria había regularizado la situación fiscal de una entidad considerada interpuesta mediante la aplicación del régimen de operaciones vinculadas en la que era innegable la existencia de medios materiales y humanos. En este sentido, la sociedad tenía empleados a 12 trabajadores por cuenta ajena, además de contratar a diversos profesionales para realizar trabajos en proyectos concretos. Sin embargo, la Inspección había argumentado que en los servicios prestados por el socio persona física, los recursos con los que contaba la sociedad no eran empleados en la actividad, llegando a la conclusión de que ésta no añadía valor alguno. Sin embargo, la Audiencia Nacional declaró que, si la sociedad cuenta con medios materiales y personales para realizar una actividad económica, cuenta con ellos a todos los efectos, ya sea en actividades realizadas sin la intervención del socio, o con ella.[32]

En cualquier caso, como se ha podido comprobar, la existencia de medios materiales y humanos parece erigirse como una cuestión fácilmente soslayable por parte de la Administración Tributaria, de manera que incluso su presencia no impide que se lleve a cabo la regularización por cualquiera de ambas vías.[33]

(...) si entendiésemos el requisito de la norma en el sentido deseado por el interesado, esto es, que la sociedad "cuente con medios personales y materiales para el desarrollo de" cualquier actividad, la condición deviene estéril o inútil, ya que estaría dentro de la regla especial cualquier entidad dedicada a cualquier actividad (por ejemplo, la mera gestión de patrimonio) distinta a la que específicamente se refiere el precepto (las actividades profesionales), dado que **obviamente toda sociedad cuenta con los medios necesarios para realizar alguna actividad, pues, de no ser así, nos encontraríamos una ficción, ante una sociedad ficticia** a la que se pretende imputar una actividad económica, lo que llevaría el debate al terreno de la simulación y de los negocios anómalos, circunstancia que no se da en el presente caso.

Como se mencionó anteriormente, justificaciones de este tenor chocan frontalmente con el concepto jurídico de sociedad que implica, per se, una ficción.

32. Cita textual del párrafo contenido en el FJ 3º de la sentencia citada:

En primer lugar, sí, como admite la Administración y ha quedado acreditado en autos, la sociedad cuenta con medios materiales y personales para realizar una actividad económica, cuenta con ellos a todos los efectos, ya sea en actividades realizadas sin el Sr. Ruperto o en actividades en las que él intervenga. Cuestión distinta es, que es lo que parece querer decir la Administración, que, en estas actividades personales del Sr. Ruperto , no se presta el servicio a la sociedad, que, a su vez, lo presta a tercero, sino directamente a terceros.

33. Una cuestión que causa cierta controversia es la de la subcontratación de los medios materiales y humanos necesarios para llevar a cabo la actividad. Por lo general, es una cuestión que la Administración utiliza como prueba para demostrar que la sociedad carece de una estructura idónea para llevar a cabo la actividad, lo que, sensu contrario, nos llevaría a concluir que su presencia podría constituir una prueba de la existencia de tales medios. Sin embargo, la SAN 728/2020, de 27 de febrero, anteriormente mencionada expuso que su apreciación no tiene la suficiente entidad como para llegar a tal conclusión.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia 498/2021, de 28 de enero, en un caso de simulación, declaró que (énfasis añadido):

> *"(...) en estos casos hay que analizar si los medios materiales y humanos a través de los que se prestan los servicios son de titularidad de la persona física o de la persona jurídica. Y,* ***en caso de que tanto la persona física como la jurídica tengan medios materiales y humanos*** *mediante los que poder prestar los servicios,* ***si la intervención de la sociedad en la realización de las operaciones es real****. En el supuesto de que la sociedad carezca de estructura para realizar la actividad profesional que se aparenta realizar, al no disponer de medios personales y materiales suficientes y adecuados para la prestación de servicios de esta naturaleza, o bien teniéndola no hubiera intervenido realmente en la realización de las operaciones, nos encontraríamos ante la mera interposición formal de una sociedad en unas relaciones comerciales o profesionales en las que no habría participado en absoluto, especialmente teniendo en cuenta el carácter personalísimo de la actividad desarrollada".*

El razonamiento expuesto por el TSJ de Cataluña ilustra cómo la existencia o no de medios materiales y humanos queda relegado a un segundo plano, siendo lo relevante el carácter personalísimo del servicio prestado. Así nos encontramos ante la segunda característica asociada al ejercicio de la abogacía.

Cabe preguntarse, a este respecto, si efectivamente el ejercicio de la abogacía se caracteriza por su carácter personalísimo o si no es más que una característica que tanto la Administración como los Tribunales tratan de vincular de manera ineludible a esta profesión. Y, en caso afirmativo, conviene poner en entredicho si, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, ello es suficiente para regularizar la situación fiscal de aquellos abogados que ejerzan la profesión mediante la constitución de sociedades profesionales.

En la Resolución de 21 de marzo de 2013 (JUR 2013/132251) el Tribunal Económico-Administrativo Central expuso lo siguiente:

> *"Por otro lado no puede obviarse el carácter de la relación que une al cliente con el despacho de abogados y, más específicamente, con el socio o abogado que se asigna por el despacho para llevar aquella cuenta o asunto en particular.*
> *En este sentido, la doctrina es unánime al reconocer la relación entre abogado y cliente como una relación jurídica de servicios muy especial y compleja, como una relación personal intuitu personae, "ejercita en el marco de la confianza del cliente", como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 386/1993. La prestación de tales servicios profesionales es personalísima, realizándose aquella prestación material por el abogado directamente, por el*

sujeto individual que cumpla todos los requisitos exigidos para el ejercicio de aquella profesión, quedando la sociedad profesional como mero centro de imputación de derechos y obligaciones en su condición de persona jurídica, como bien recuerda la citada sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional".

En la actualidad, comienzan a darse pronunciamientos por parte de los Tribunales en los que se pone en tela de juicio, nunca mejor dicho, este tipo de motivos que son esgrimidos por la Administración para regularizar la situación fiscal de las sociedades profesionales.

A este respecto, destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 9776/2023, de 14 de noviembre. En ella, el Tribunal expone que la liquidación sobre la corrección valorativa de la operación vinculada llevada a cabo entre los socios y el despacho debería haber recogido los motivos por los que atribuye a los servicios prestados por las personas físicas el carácter de personalísimo e insustituible que haya inferir, además, que la sociedad no aporta valor alguno. De hecho, el Tribunal incluye una serie de cuestiones que la Administración debía haber demostrado para determinar el carácter personalísimo de un servicio, entre las que destacan las siguientes:

- *¿Tiene el socio mayoritario conocimientos en materia fiscal y contable acreditados? ¿Y se encuentra dado de alta en epígrafe correspondiente a ellos?*
- *¿Sólo puede prestar los servicios de asesoría fiscal y contable el [socio profesional]? (...)*
- *¿Los servicios de asesoría contable y fiscal son tales que se enmarcan exclusivamente en una relación de confianza o de relación continuada o incluyen un amplio abanico de tareas desde la rutinarias, cíclicas, periódicas sin una complejidad para los técnicos contables de forma que puedan realizarse por aquellos que tuvieran los necesarios conocimientos contables y fiscales?*
- *¿Cuáles son los aspectos de la prestación de servicios del [socio profesional] que pueden calificarse de "personalísimos" y determinantes de una caracterización muy singular, atípica, particular, como pudiera ser la llevanza de un determinado sector económico complejo o un reconocimiento en el mercado de la contabilidad y asesoría fiscal realmente vinculado a su persona como intercambiable? ¿Dispone el [socio profesional] de una habilidad o aptitud esencial que es extraordinaria en el ámbito contable y fiscal a modo de talento, ingenio o capacidad recognoscible? ¿Dispone el [socio profesional] en el ámbito contable y fiscal de una trayectoria profesional que le cualifica de extraordinario en el campo de la contabilidad*

y asesoría fiscal por su modo de hacer, haber hecho o dinámicas desarrolladas durante años?

Otro ejemplo lo constituye la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 391/2023, de 9 de noviembre. En ella, la Administración había defendido que la sociedad carecía de medios para prestar los servicios de asesoramiento fiscal, contable, laboral y mercantil, sin la necesaria e imprescindible participación de la persona física. Sin embargo, el TSJ de La Rioja se manifestó en los siguientes términos:

> *"La Administración realiza la dicotomía que hemos analizado, en cuanto que existen servicios personalísimos del socio, que la administración separa absolutamente de la prestación de actividad de la sociedad profesional, sin que se sostenga en fundamentos fácticos adecuados para realizar esta separación.*
> *En el mismo sentido, ha de afirmarse que no puede considerarse que la confección de declaraciones fiscales y mecanización contable pueda considerarse en ningún caso servicio personalísimo justificando dicha calificación en que estos son una prolongación natural y consustanciales a los servicios de asesoramiento.*
> *En todo caso, como hemos dicho, los servicios de asesoramiento tampoco pueden ser considerados prestaciones intuitu personae pues podría haberse realizado por otros profesionales de similar cualificación que la detentada por los socios actuantes".*

Cabe por tanto inferir que es posible que los servicios prestados por un profesional de la abogacía no tengan, siempre y en todo caso, el carácter de personalísimos, y que la Administración debería exponer caso por caso los motivos que la llevan a tal conclusión.

5. CONCLUSIÓN

En primer lugar, es relevante recordar que como normal general, las sociedades profesionales cumplen su razón de ser: una ficción jurídica, creada legítimamente, dotada de una estructura de medios, a través de la cual llevar a cabo una actividad lícita. Solo en la provincia de Madrid hay registradas 1.757 sociedades profesionales dedicadas a la abogacía,[34] sin que ello implique que todas y cada una de ellas vayan a ser objeto de regularización porque la Administración Tributaria considere que sus operaciones han sido simuladas o valoradas incorrectamente.

En este sentido, la constitución de una sociedad, considerado este hecho de manera aislada, no debería ser, en mi opinión, la causa que motive el inicio de un procedimiento de investigación tributaria. Sin embargo, la Agencia Tributaria parece insistir, de acuerdo con el contenido del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2024 al que se ha hecho referencia anteriormente, en centrar su atención y sus recursos en estas sociedades profesionales constituidas con el fin de prestar un determinado servicio.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que los órganos de aplicación de los tributos, con base en las cuestiones anteriormente analizadas, consideren que la sociedad ha sido "interpuesta", cabe preguntarse si la Administración Tributaria, y por ende los tribunales, están seleccionando el instrumento jurídico pertinente para llevar a cabo la regularización fiscal de dichas sociedades.

Mientras que el artículo 18 de la LIS aplica a todas aquellas situaciones en las que se dé una relación de vinculación, no es tan evidente que la simulación esté siendo correctamente empleada por parte de la Administración. No parece apropiado declarar como simulado un determinado negocio jurídico cuyas operaciones no son irreales, ni se han ocultado, ni existe una discordancia entre el negocio declarado y la voluntad de las partes. En definitiva, sin engaño, no puede haber simulación. Conclusión a la que sí han llegado, en cambio, los Juzgados y Tribunales del ámbito penal.

34. Información obtenida de la página web del Consejo General de la Abogacía Española. Última consulta: el 9 de julio de 2024.

En este sentido, ¿no sería más apropiado el empleo del conflicto en aplicación de la norma tributaria recogido en el artículo 15 de la LGT?[35] La Agencia Tributaria parece mostrarse reticente a la hora de incoar el procedimiento que el conflicto en aplicación de la norma tributaria exige (i.e. la solicitud de un informe favorable de la Comisión consultiva). Por no mencionar que la vía de la simulación sobreviene necesariamente la correspondiente sanción (STS 3321/2020, de 21 de septiembre), mientras que por la vía del artículo 15 LGT la posibilidad de sancionar conductas elusorias es excepcional (artículo 206 bis LGT).

Sin embargo, cuando se plantea la aplicación de esta figura nos encontramos con un problema fundamentalmente teórico: la constitución de una sociedad es en sí misma una ficción jurídica y su utilización no puede considerarse una figura notoriamente artificiosa ni impropia.

Por lo tanto, si el legislador no ha contemplado la creación de una cláusula antielusiva especial para aquellas personas físicas que constituyan entidades sin grandes medios materiales y humanos a través de las que prestar sus servicios, y la creación de sociedades no puede considerarse algo artificioso ni impropio; la Administración Tributaria debería entonces acudir en exclusiva al artículo 18 LIS para regularizar las operaciones llevadas a cabo entre el socio y su sociedad.

En lo relativo a la aplicación del régimen de operaciones vinculadas, los tribunales deberían establecer qué se entiende porque una sociedad cuente con los medios materiales y humanos adecuados para el desarrollo de la actividad, principalmente cuando hablamos de profesiones que no requieren de una gran organización: ¿basta con que los medios estén subcontratados?, ¿qué implicaciones tiene la contratación de personal administrativo o paralegal?, ¿se considerarán medios propios de los que sea titular la sociedad aquellos que puedan ser empleados tanto en el ámbito profesional como en el personal (i.e. móviles, ordenadores, vehículos, etc.)?

Estas cuestiones deberían ser correctamente analizadas por los órganos de aplicación de los tributos. Así, en aquellas situaciones en las que la sociedad carezca de una estructura de medios apropiada, y siempre tras la realización del correspondiente análisis de comparabilidad, procedería la aplicación del método CUP siempre y cuando los servicios prestados por el socio a la sociedad sean comparables a los prestados por la sociedad al tercero

35. Resulta conveniente recordar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, cada institución posee sus propias particularidades y requisitos de aplicación, sin que estas puedan ser intercambiadas arbitrariamente por la AEAT (por todas, STS 2251/2020, de 2 de julio).

independiente. En cambio, en aquellos casos en los que la sociedad cuente con una estructura de medios, la Agencia Tributaria debería valorar el valor añadido que aporta dicha organización a los servicios prestados por el socio, para lo que debería seleccionar el método de precios de transferencia que mejor se adapte a las circunstancias del caso atendiendo al resultado del análisis de comparabilidad que realice, sin que proceda la aplicación automática del método CUP.

En segundo lugar, si bien es cierto que la tributación de la persona física es inferior cuando parte de la facturación se remansa en sede de la sociedad, esa diferencia se ve reducida en el momento en el que la sociedad reparta dividendos, que son integrados en la base del ahorro y tributan al tipo impositivo de entre el 19% y el 28%, de forma que la Administración Tributaria no ve mermada la recaudación, sino simplemente diferida.

En este sentido, ¿es dicho diferimiento causa suficiente para proceder a regularizar la constitución de sociedades profesionales, cuando se trata de una opción legalmente reconocida?

Si el objetivo de la Administración es que los profesionales con ingresos procedentes de su propia actividad tributen vía IRPF, quizás sea el momento de llevar a cabo una reforma de la normativa que vuelva a instaurar el régimen de transparencia fiscal o que elimine la ventaja fiscal que genera la constitución de una sociedad y la tributación en sede de la misma de las rentas generadas por el trabajo del socio profesional.

Y en el caso de que la actual situación no sea más que la consecuencia de una regulación deficitaria de las sociedades profesionales aplicada de manera dispar entre los órganos administrativos y los tribunales, quizá proceda una eventual reforma que regule conscientemente las asimetrías generadas entre ambos regímenes fiscales (IRPF *versus* IS).

En este sentido, países como Estados Unidos y Australia han atajado este tipo de cuestiones mediante el establecimiento de normas especiales. Así, en el caso estadounidense, las sociedades de responsabilidad limitada unipersonal son transparentadas por defecto ("*disregarded entities*"), pudiendo solicitar su tratamiento a efectos fiscales como una entidad sujeta al IS mediante la presentación del Formulario 8832. En el caso australiano, es preciso identificar si las rentas son fruto del trabajo personal ("*personal service income*"), atendiendo al motivo del pago. Si más del 50% de los ingresos de la entidad se deben al esfuerzo o habilidad personal del socio, y no provienen de la disposición de una estructura comercial, uso de activos o venta de bienes,

las rentas deben ser atribuidas a la persona física que ha producido tales ingresos, tras la deducción de los costes pertinentes.

En definitiva, la ausencia de un criterio razonable y transparente da lugar a la resolución dispar de casos cuyos hechos son relativamente similares, desdibujando los límites del principio de seguridad jurídica y amenazando con infringir el principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso González, L. M. (2023). LA INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES PARA LA PRESTACIÓN DE ACTIVIDADES PUEDE CONSIDERARSE UNA ECONOMÍA DE OPCIÓN: SAP DE BARCELONA DE 28 DE JULIO DE 2023. Revista Técnica Tributaria, 143, 225-232.

Bas Soria, J. y Payá Martínez, T. (2024). Interposición de sociedades para la realización de actividades personales por las personas físicas. Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 493, 31-92.
doi.org/10.51302/rcyt.2024.19677

Bas Soria, J. (2019). Sobre la posibilidad de sancionar por aplicación del artículo 191 de la LGT la regularización de una operación vinculada: Análisis de la STS de 15 de octubre de 2018, rec. núm. 4561/2017. Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos, 246, 147-156.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6811470

Santos Flores, I (2019). Los mecanismos para la regularización tributaria de las sociedades profesionales interpuestas. Crónica Tributaria, 173(173), 187-221.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7505292

Alonso González, L. M. (2020). La regularización por simulación de las sociedades de profesionales y artistas. Revista Quincena Fiscal, (22/2020), parte Estudios.

Blázquez Lidoy, A. (2023). Sociedades de profesionales: la distinta base de la sanción en el caso de operaciones vinculadas y de simulación. (Análisis de las SSTS de 6 y 8 de junio de 2023, recs. núms. 8550/2021 y 5002/2021). Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 485-486.
doi.org/10.51302/rcyt.2023.19291

Ramírez Gómez, S. (2017). La simulación en el ámbito tributario: estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente. Revista Quincena Fiscal, (8/2017), parte Jurisprudencia.

Orena Domínguez, A. (2016). La problemática tributaria de las sociedades profesionales. Revista Quincena Fiscal, (6/2016), parte Estudios.

Pedreira Menéndez, J. (2014). La retribución de los socios como administradores o trabajadores. Revista Española de Derecho Financiero, (162/2014), parte Estudios. Editorial Civitas, S.A., Pamplona.

Falcón y Tella, R. (2009). Las sociedades profesionales (y III): la regularización del IVA y de las retenciones en caso de sociedades interpuestas entre el socio y la sociedad profesional. Revista Quincena Fiscal, (20/2009), parte Editorial. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

Falcón y Tella, R. (2019). La interposición de sociedades por personas físicas. Revista Quincena Fiscal, (7/2019), parte Editorial. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

Falcón y Tella, R. (2009). Las sociedades profesionales (II): la existencia de medios en la sociedad y la naturaleza de los servicios prestados. Revista Quincena Fiscal, (19/2009), parte Editorial. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

Magraner Moreno, F. J. (2015). Calificación y cuantificación de las prestaciones de servicios efectuadas por los socios profesionales en el IRPF. Revista Quincena Fiscal, (21/2015), parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

García Novoa, C. (2019, 9 abril). Sociedades Instrumentales. Puestas e interpuestas. Taxlandia. Blog Fiscal y de Opinión Tributaria. **politicafiscal.es/equipo/cesar-garcia-novoa/sociedades-instrumentales-puestas-e-interpuestas**

Lucas Durán, M. (2024, 15 febrero). La singular doctrina sobre simulación tributaria en casos de "interposición" de sociedades por personas físicas. Taxlandia. Blog Fiscal y de Opinión Tributaria. **politicafiscal.es/equipo/manuel-lucas-duran/la-singular-doctrina-sobre-simulacion-tributaria-en-casos-de-interposicion-de-sociedades-por-personas-fisicas**

Alonso González, L. M. (2016). Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal. (2.a ed.). Marcial Pons.

Delgado Pacheco, A. (2017). El docente y la planificación educativa: ¿Qué planificar y cómo? [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma de Madrid. **repositorio.uam.es/handle/10486/679948**

LEGISLACIÓN CITADA

Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales

Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española

Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa

JURISPRUDENCIA CITADA

STSJMU 230/2015, de 6 febrero (ECLI:ES:TSJMU:2015:230)

STS 1016/2015, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1016)

STSJCAT 4629/2022, de 20 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2022:4629)

STSJM 6927/2014, de 27 mayo (ECLI:ES:TSJM:2014:6927)

STS 4510/2011, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4510)

STSJCAT 9462/2021, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2021:9462)

STS 6020/2012, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6020)

STS 5517/2010, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5517)

STS 4126/2019, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4126)

STS 4282/2011, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4282)

STS 3801/2012, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3801)

SAN 496/2017, de 9 de febrero (ECLI:ES:AN:2017:496)

STSJM 1622/2020, de 21 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2020:1622)

STS 2732/2023, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2732).

SAN 728/2020, de 27 de febrero (ECLI:ES:AN:2020:728)

STSJCAT 2813/2021, de 9 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2021:2813)

STSJM 11098/2017, de 25 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2017:11098)

STSJM 1534/2020, de 28 de enero (ECLI:ES:TSJM:2020:1534)

STS 4309/2020, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4309)

STSCAT 10987/2019, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TSJCAT:2019:10987)

STS 3321/2020, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3321)

STS 3420/2022, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3420)

STS 2432/2023, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2432)

STS 2637/2023, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2637)

STS 1804/2024, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:1804)

SAN 52/2021, de 4 de enero (ECLI:ES:AN:2021:52)

STSJCAT 498/2021, de 28 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2021:498

STSJCAT 9776/2023, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2023:9776)

STSJLR 391/2023, de 9 de noviembre (ECLI:ES:TSJLR:2023:391)

STS 3632/2018, de 15 de octubre (ECLI:ES:ES:2018:3632)

STS 2251/2020, de 2 de julio; ECLI:ES:TS:2020:2251)

La desvirtuación del proceso civil en la litigación masiva en defensa de consumidores contra entidades bancarias: uso y abuso de la condena en costas e impacto sobre el atasco de la justicia

POL LIÑÁN CANELA

UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS (ICADE)
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Pol Liñán Canela

Máster Universitario de acceso a la Abogacía y la Procura
Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

Grado en Derecho hispano-francés Université Paris 1 Pantheón-Sorbonne
Universidad Complutense de Madrid

Segundo premio

XII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2024

Sumario

1. TABLA DE ABREVIATURAS **168**
2. INTRODUCCIÓN **169**
3.LA CONDENA EN COSTAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL **173**
4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CONDENA EN COSTAS EN LOS PLEITOS DE LITIGACIÓN MASIVA **176**
4.1. Tipos de demandas instrumentales para la obtención de la condena en costas 176
4.1.1. Acciones meramente declarativas 176
4.1.2. Fraccionamiento de demandas 181
4.2. Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre condena en costas 183
4.2.1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento central de la ratio decidendi del Tribunal Supremo 183
4.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la condena en costas en la litigación en defensa de consumidores 185
5. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y DE ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y EL CONCEPTO DE ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA **191**
6. CONCLUSIONES **194**
7. BIBLIOGRAFÍA **196**

1. TABLA DE ABREVIATURAS

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
STS	CSentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
LCCI	Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

2. INTRODUCCIÓN

El pasado 20 de diciembre de 2023, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial prorrogó el plan de especialización en cláusulas abusivas para once órganos judiciales de varias Comunidades Autónomas[1].

Este plan, que fue aprobado en 2017, dedica la actividad de determinados juzgados de manera exclusiva y excluyente a las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

Transcurridos siete años, el hecho de que el órgano de gobierno del Poder Judicial haya tomado esta decisión es sintomático de que los motivos que justificaron la aprobación del plan siguen siendo de plena actualidad.

A pesar de que se da por finalizada la aplicación del plan para cuatro juzgados, es innegable que el problema de la litigación masiva en defensa de consumidores contra entidades bancarias sigue siendo el principal factor de contribución al atasco de la Justicia.

Todo ello queda reflejado en los datos sobre litigiosidad del primer trimestre de 2024 publicados por el CGPJ[2]. En ellos se pone demanifiesto que el orden Civil es el que ha tenido el número de nuevos ingresos más elevado de entre todas las jurisdicciones, con un 37,8% más asuntos de nuevo ingreso que hace un año.

Lo realmente preocupante es que el porcentaje de asuntos que se mantienen en trámite pendientes de resolución ha aumentado un 22,2% respecto al año pasado a pesar de que los juzgados españoles han resuelto un 28,7% más de asuntos en comparación con 2023.

---

1. COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL. (2023, 20 de diciembre). El CGPJ prorroga el plan de especialización en cláusulas abusivas en 11 órganos judiciales de siete Comunidades Autónomas [Comunicado de prensa]. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-prorroga- el-plan-de-especializacion-en-clausulas-abusivas-en-11-organos-judiciales-de-siete- Comunidades-Autonomas-

2 .COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL. (2024, 12 de junio). Los asuntos ingresados y resueltos por tribunales españoles aumentan un 20,8 y un 19,5 por ciento, respectivamente, en el primer trimestre de 2024 [Comunicado de prensa]. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder- Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/Los-asuntos- ingresados-y-resueltos-por-los-tribunales-espanoles-aumentan-un-20-8-y-un-19-5- por-ciento--respectivamente--en-el-primer-trimestre-de-2024-

En definitiva, los datos demuestran que, frente al vertiginoso aumento de nuevos asuntos, los juzgados y tribunales de nuestro país han redoblado esfuerzos para poder reducir al máximo las dilaciones en el servicio público de justicia español y, a pesar de haber resuelto casi un 30% más de asuntos, no han logrado reducir el número de asuntos en trámite pendientes de resolución. De hecho, éste ha aumentado de forma muy considerable.

Tras más de una década de litigación masiva, con inicio en la sentencia del Tribunal Supremo que declaró la nulidad de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios con interés variable por no superar esta última el control de transparencia[3], parece necesario admitir que el atasco de la Administración de Justicia se ha convertido en un problema endémico del orden Civil que, de momento, no ha podido ser remediado.

A la hora de entender los motivos que han llevado a esta situación, conviene evitar una simplificación que no haría más que caricaturizar el origen del problema objeto de este análisis. En efecto, las causas del atasco de la justicia son múltiples y todas deben ser tenidas en cuenta para alcanzar una comprensión global de este fenómeno.

La enumeración de algunos de estos elementos causales que lleva a cabo GASCÓN INCHAUSTI[4] es particularmente interesante en la medida en que identifica tres principales ejes que han permitido el nacimiento de la litigación en masa en España.

En primer lugar, se apunta al hecho de que existe un elevadísimo número de sentencias estimatorias por lo que se deduce que la mayor parte de las demandas no son infundadas[5].

De hecho, jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo parte de esta premisa para requerir a las entidades financieras que adopten un comportamiento proactivo que evite la judicialización de asuntos cuyo resultado es absolutamente previsible para todas las partes[6].

---

3. STS 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013
4. GASCÓN INCHAUSTI, F. (2024). Diez años (o más) en busca de una solución a la litigación en masa. La ley mercantil, nº 113 (mayo), 2024. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAEA E2QTWDMAyGf81ynKC0VDvk0JYeKsFWKNq1coMF0bIExQkb_35ukbZZ8sGv7ccfAW4 ks40A-FSKYwimZpnLPdQTtnC755zv0O9nmYjgApgGSebZZitocFvMOkegnZ2D162PqLQ XVXWFzSyQhvPXlulRzBp-dk1WnOtk0SZs6yzP862Y0BM3y3fdow0oBt0PJXtYWECkqYA A8vBWXKtde2xOu6fVmgFpXQlC8Go4Q4y1BSAV4smQOeoglChV2CDNs9A47cw9oPPu zw6FrgyHDAcD2DQ-dr_7UwnRqqGO6OdFMn_CqZNl_Z8uYBzN3DjDb3kUj454UPzke07 2AN5F4mckP6nL_o5qAQAAWKE
5. Ibíd
6. STS 565/2024, de 25 de abril (Roj: STS 2040/2024) que aplica el razonamiento de la STJUE de 13 de julio de 2023, Cajasur Banco, S.A., asunto C-35/22

En este sentido, la redacción de los contratos bancarios celebrados con consumidores es, en la mayoría de casos, completamente idéntica dentro de una misma entidad y prácticamente idéntica entre entidades, lo que determina que los argumentos esgrimidos, la prueba aportada y las conclusiones manifestadas son extremadamente similares entre todos los procedimientos que versen sobre una misma tipología de cláusula.

Esto permite interponer un gran número de acciones individuales con un contenido sustancialmente idéntico y sin que cada una de ellas requiera un trabajo pormenorizado.

Considera GASCÓN INCHAUSTI7[7] que las herramientas procesales disponibles cuando estalló la litigación en masa (proceso colectivo y acumulación de acciones) eran insuficientes, hecho que agravó el fenómeno.

Sin embargo, el motivo que conforma el objeto de este análisis es el que esgrime en relación con un *determinado modelo de abogacía*[8]. En efecto, el autor considera que el fin de la prohibición de la *cuota litis*[9], ha permitido que muchos consumidores litiguen a coste cero (el abogado percibe la condena en costas, o una parte de esta, entre otras posibilidades).

Y, justamente, si uno de los factores que ha hecho surgir la litigación en masa tal y como la conocemos es la posibilidad de que el abogado perciba una parte o todas las costas procesales, el estudio del abuso de esta búsqueda de las costas procesales en beneficio propio puede mostrar en qué se agrava la situación de la justicia y cómo están reaccionando los juzgados a este tipo de prácticas.

Lo que se busca en este tipo de casos es la condena en costas en primera instancia (en efecto, esta se rige por el criterio de vencimiento que puede ser atenuado por una serie de criterios subjetivos que eximan de la condena) dado que en la inmensa mayoría de casos no existe una segunda instancia y, de todos modos, la regulación de la imposición de costas en ésta varía y es menos fácilmente aprovechable para lucrarse.

Por ello, el análisis se centrará en las costas de primera instancia, en particular en los pleitos relativos a condiciones generales de la contratación bancaria con consumidores. Estas tipologías de demanda, relativas a la

7. GASCÓN INCHAUSTI, F. (2024). Diez años (o más) en busca de una solución a la litigación en masa.
8. Ibíd
9. STS de 4 de noviembre de 2008 (Roj: STS 6610/2008)

declaración de nulidad de determinadas cláusulas del contrato por considerarse abusivas, constituyen el grueso de la litigación masiva (junto con la relativa al cártel de camiones, que aquí no será objeto de análisis) y es la más antigua. Además, el análisis se centrará en el comportamiento de las partes actoras, dejando de lado los posibles comportamientos reprochables de las entidades bancarias (particularmente en relación con los allanamientos automáticos y la aplicación del artículo 395 de la LEC por considerarse que existe mala fe).

A continuación, se averiguará cómo las costas procesales siguen siendo la gasolina que alimenta el motor de la litigación masiva en defensa de consumidores en España, y cómo un cambio de criterios a la hora de imponer costas, o la introducción de elementos subjetivos como la toma en consideración del abuso procesal, podrían realinear los incentivos con el objetivo que tiene la Administración de justicia española de reducir su atasco

En efecto, si se quiere reducir la litigiosidad, debe dejar de recompensarse con una condena en costas a aquellos litigantes que utilizan tácticas que suponen un uso innecesario y absurdo de los recursos de la justicia, e implican una desvirtuación inaceptable del proceso civil que lo convierte en un simple medio para la obtención de la condena del artículo 394 de la LEC.

3. LA CONDENA EN COSTAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Dado que el régimen general de la imposición de costas en la Ley de Enjuiciamiento Civil es una materia que ha sido sobradamente comentada y analizada, no conviene desplegar una sucesión de citas y explicaciones de una cuestión que, en sí, escapa al objeto de este análisis. En efecto, no conviene centrarse en la regulación que hace el ordenamiento jurídico de esta figura, sino que la relevancia en este caso, como ya se ha expuesto, se encuentra en determinar si dicha normativa incentiva una agravación de la litigación masiva.

No obstante, para poder entender su impacto, primero hay que poder definirlas y exponer sucintamente los rasgos generales que conforman su régimen legal.

Las costas procesales han sido definidas por el Tribunal Supremo como *aquellos gastos que obligatoriamente han de satisfacer los litigantes, o más ampliamente, las partes en el procedimiento o proceso, a la otra, cuando se ha decidido por el Juez o Tribunal competente la condena en costas a favor de la otra*[10].

La finalidad de las costas procesales, según una pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo[11], consiste en restablecer la situación patrimonial de la parte que ha tenido que incurrir en ciertos costes en el proceso causados por la contraparte al obligarle a recabar la tutela judicial. En definitiva, su razón de ser es el resarcimiento a su beneficiario de los gastos inherentes a la sustanciación del proceso[12].

El titular de este derecho es en todo caso el litigante vencedor, y nunca los profesionales que lo han representado o defendido, de igual modo que, el deudor será en todo caso la parte vencida y no su abogado ni procurador. A pesar de su finalidad resarcitoria, no se vincula este crédito al pago de los honorarios de los profesionales intervinientes, y como indica perfectamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992, *no depende de que el beneficiado con ella [la condena en costas] pague o no a su Abogado, no*

10. STS 4/1993 de 17 de noviembre (Sala especial del artículo 61 LOPJ)
11. SSTS de 11 de noviembre de 1935 (RJ 19352065) y de 3 de junio de 1940 (RJ 1940516)
12. AATS de 2 de septiembre de 2014 (Roj: ATS 7061/2014); de 19 de mayo de 2009 (Roj: ATS 6888/2009); de 19 de mayo de 2009 (Roj: ATS 7368/2009), entre tantas otras.

está causalizada ni imbuida en un sentido finalista que la impute a una deuda determinada[13].

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula esta figura de forma dispersa en su artículo 241 y siguientes, pero también en su artículo 394 y siguientes. Como ya se ha expuesto, la condena en costas relevante a efectos de nuestro análisis es la de primera instancia: la mayoría de pleitos masa nunca alcanza la segunda instancia y en todo caso, los litigios instrumentales para la obtención de costas buscan aprovecharse de los criterios del artículo 394 LEC.

Este artículo introduce un criterio objetivo como norma general de imposición de las costas: el criterio de vencimiento[14]. Éste puede ser corregido mediante la apreciación de un criterio subjetivo, entendido como la concurrencia de series dudas de hecho o de derecho que justifiquen que el litigante vencido no merezca la mencionada condena.

Las serias dudas de hecho o derecho, que constituyen una excepción a la imposición de costas en caso de estimación de todas las pretensiones de una parte se aprecian cuando aún no se ha fijado doctrina sobre una materia[15], cuando hay discrepancia entre Audiencias Provinciales[16] o cuando se produce un cambio de doctrina jurisprudencial[17].

El segundo criterio subjetivo introducido en la LEC concierne el caso en que exista una estimación parcial, en cuyo caso las partes deberían abonar cada uno las costas causadas a su instancia y las comunes por la mitad[18]. Este criterio queda exceptuado cuando se acredita la temeridad de uno de los litigantes (por ejemplo, por falta de motivación en las alegaciones[19]).

---

13 .STS 320/1992 de 24 de marzo de 1992
14. GÓMEZ RODRÍGUEZ, A. (2013, 29 de abril). Costas Procesales. Diario La Ley, Nº 8072, Sección Doctrina, 29 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-158, Editorial LA LEY
15 . STS 453/2015, de 10 de septiembre (Roj: STS 3225/2015) y STS 543/2015, de 20 de octubre (Roj: STS 4274/2015), citadas en FUENTES DEVESA, R. (2021). ¿Se aplica el art 394 LEC en los litigios con consumidores? Comentario a la STS nº 35/2021, de 27 de enero. LA LEY mercantil, Nº 78, Sección CONSUMO / Opinión Legal, Marzo 2021, Wolters Kluwer
16. STS 720/2016, de 1 de diciembre (Roj: STS 5227/2016), citadas en FUENTES DEVESA, R. (2021). ¿Se aplica el art 394 LEC en los litigios con consumidores? Comentario a la STS nº 35/2021, de 27 de enero. LA LEY mercantil, Nº 78, Sección CONSUMO / Opinión Legal, Marzo 2021, Wolters Kluwer
17. STS 123/2017, de 24 de febrero (Roj: STS 477/2017), citadas en FUENTES DEVESA, R. (2021). ¿Se aplica el art 394 LEC en los litigios con consumidores? Comentario a la STS nº 35/2021, de 27 de enero. LA LEY mercantil, Nº 78, Sección CONSUMO / Opinión Legal, Marzo 2021, Wolters Kluwer
18. Art.394.2 LEC: Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.
19. STS 377/2002, de 25 de abril (Roj: STS 2970/2002)

En todo caso, el importe de la condena en costas no podrá superar un tercio de la cuantía (salvo apreciación de temeridad), valorándose las pretensiones inestimables en dieciocho mil euros[20].

Habiendo explicado sucintamente las cuestiones más relevantes de la condena en costas en primera instancia regulada, como se ha indicado, por el artículo 394 de la LEC, procede analizar cómo algunas partes actoras aprovechan este régimen para interponer pleitos instrumentales para la obtención de dicha condena.

El análisis de este tipo de tácticas demostrará que la regulación actual de las costas procesales y su tratamiento jurisprudencial incentivan el uso de estas prácticas, agravando por ende el problema del atasco de la justicia en España.

20. Art. 394.3 LEC: Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CONDENA EN COSTAS EN LOS PLEITOS DE LITIGACIÓN MASIVA

En este punto del análisis, conviene centrarse específicamente en dos de las prácticas más utilizadas para generar pleitos cuya única finalidad es el cobro de las costas procesales. No se trata aquí de cubrir la totalidad de los supuestos que se han podido plantear en relación con la condena en costas en la litigación masiva, sino de mostrar los distintos criterios existentes en relación con dos fenómenos que han sido objeto de diversas resoluciones judiciales. Todo ello debe permitir observar en qué las resoluciones de los tribunales de nuestro país pueden estar incentivando la perpetuación de estas prácticas e ilustrar con ejemplos distintas formas de frenarlas.

4.1. Tipos de demandas instrumentales para la obtención de la condena en costas

4.1.1. Acciones meramente declarativas

El Tribunal Constitucional ha definido el concepto de acción meramente declarativa como una *modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica*[21].

Este tipo de acciones, aunque no está expresamente reconocida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia, y tiene particular incidencia en materias relativas a derechos reales[22] (por ejemplo, en el caso de la acción declarativa de dominio ejercitable ex artículo 348 del Código Civil en la que el propietario pretende que se le reconozca la titularidad de un bien frente a quien la pone en entredicho o pretende atribuírsela).

En palabras del Tribunal Supremo, estas acciones *no buscan, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo*[23]. En cuanto al criterio de admisibilidad de este tipo de

21. STC 210/1992, de 30 de noviembre que reitera lo establecido en la STC 71/1991, de 8 de abril
22. STS 785/2001, de 31 de julio (Roj: STS 6701/2001)
23. 23 STS 985/1994, de 8 de noviembre

acciones, se ha precisado que debe *darse una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate*[24].

De este modo, se ha supeditado el ejercicio de las acciones meramente declarativas a la existencia de un interés que sea digno de tutela, i.e. el "interés legítimo", definido como *una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial*[25].

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha llegado a considerar que un órgano jurisdiccional que constata la ausencia de este interés legítimo puede rechazar el ejercicio de la acción meramente declarativa sin atentar por ello al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución[26]. Esto se debe a que este derecho no puede invocarse de forma absoluta e incondicionada sino que su ejercicio requiere utilizar los cauces procesales establecidos por las normas legales de aplicación en cada orden jurisdiccional[27].

Por todo ello, aunque el derecho a ejercer una acción meramente declarativa se encuentra ciertamente amparado por la Constitución, éste requiere la existencia de un interés legítimo en obtener una decisión judicial que reside en la existencia de una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica subyacente cuya resolución pueda reportar un beneficio o eliminar un perjuicio (con indiferencia del contenido patrimonial de éstos) para la parte actora.

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, plasmándola en numerosas sentencias que reconocen la procedencia de las pretensiones meramente declarativas[28]. En cuanto a su admisibilidad, también recoge el criterio de que exista cierta inseguridad jurídica (correspondiente a la falta de certidumbre relativa a la relación jurídica que se menciona en las resoluciones del máximo intérprete de la Constitución), haciendo suyo, de igual modo, el requisito de que exista un interés legítimo en quien ejercita la acción[29].

---

24. Ibíd
25. STC 164/2003, de 29 de septiembre, y en el mismo sentido, SSTC 65/1994 de 28 de febrero; 105/1995, de 3 de julio; 122/1998, de 15 de junio o 203/2002, de 29 de octubre
26. STC 210/1992, de 30 de septiembre
27. STC 124/2002, de 20 de mayo
28. SSTS 985/1994, de 8 de noviembre; 667/1997, de 18 de julio (Roj: STS 5158/1997) o 131/2019, de 5 de marzo (Roj: STS 708/2019), entre otras
29. SSTS 985/1994, de 8 de noviembre; 667/1997, de 18 de julio (Roj: STS 5158/1997) o 131/2019, de 5 de marzo

En resumen, el Tribunal Supremo ha subordinado la viabilidad de las acciones meramente declarativas a que *su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o, dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado*[30].

Este condicionamiento no es baladí en el contexto de la litigación masiva en defensa de los derechos de consumidores contra entidades bancarias, de hecho, es muy común que se ejerzan las acciones mero declarativas con el solo objetivo de obtener una condena en costas. Algunos de los supuestos que se exponen a continuación son particularmente ilustrativos de lo anterior y muestran claramente como el uso (y abuso) de esta modalidad de tutela jurisdiccional contribuye al atasco de la justicia española.

Tal es el caso de algunas acciones meramente declarativas que se ejercitan en relación con las cláusulas que regulan el vencimiento anticipado en los contratos bancarios con consumidores. Como se verá posteriormente, el tratamiento de estas cláusulas es un ejemplo de la forma en que numerosas Audiencias Provinciales están enjuiciando demandas instrumentales para la obtención de la condena en costas.

Las cláusulas de vencimiento anticipado introducidas (mayoritariamente) en préstamos hipotecarios son aquéllas mediante las cuales el banco prestamista puede ejercer el derecho a dar por resuelto el contrato si el deudor incumple su obligación de pago en relación con las cuotas de amortización del préstamo. En su virtud, la entidad bancaria puede exigir la devolución de la totalidad de las cantidades prestadas que se le adeudan.

Esta cláusula, recoge la posibilidad que consagra el artículo 1129 del Código civil y en algunos casos, el Tribunal Supremo ha llegado a reconocer su validez siempre que se determinen claramente los supuestos que permiten al prestamista hacer uso de la facultad de vencimiento[31] (en aras de evitar que el vencimiento quedase al arbitrio de la entidad prestamista, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil[32]) y que se trate de una causa justa, entendida como *una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial*[33].

(Roj: STS 708/2019), entre otras
30. SSTS 64/1999, de 5 de febrero (Roj: STS 692/1999) o 661/2005, de 19 de julio (Roj: STS 4979/2005), entre otras
31. STS 506/2008, de 4 de junio (Roj: STS 2599/2008) y STS 792/2009, de 16 de diciembre (Roj: STS 8466/2009)
32. Artículo 1256 CC: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.
33. STS 705/2015, de 23 de diciembre (Roj: STS 5618/2015)

Sin embargo, tras la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, considerando lo establecido en su apartado 73, los órganos jurisdiccionales españoles se vieron encargados de la misión de analizar si la facultad del profesional de vencer anticipadamente el contrato dependía de que el consumidor hubiera incumplido una obligación esencial que revistiera un carácter suficientemente grave habida cuenta de la duración y la cuantía del préstamo[34].

En su sentencia de 23 de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo resuelve finalmente sobre una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios relativa a condiciones general de la contratación, entre las que se encontraba la cláusula de vencimiento anticipado de BBVA, desestimando los recursos interpuestos por la mencionada entidad y por Banco Popular[35]. En ella considera que una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe considerarse abusiva por no quedar el incumplimiento vinculado a los parámetros expuestos por el juzgador europeo dos años antes.

En el mismo sentido, puede citarse la sentencia de nuestro Alto Tribunal de fecha de 11 de septiembre de 2019 en la que se reiteran los criterios para la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado[36].

En ella, se establece que, tras verificar que la cláusula cumple con los límites del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los tribunales deben valorar si las condiciones del ejercicio de esta facultad se ajustan a los criterios de esencialidad de la obligación incumplida, de gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato así como la posibilidad real del consumidor de evitar el vencimiento (extraídos todos ellos del apartado 73 de la STJUE de 14 de marzo de 2013).

En efecto, el artículo 693.2 de la Ley de enjuiciamiento civil[37] prevé la facultad de vencimiento anticipado aunque las condiciones para su ejercicio han sido objeto de múltiples reformas legales.

---

34. STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz c. CatalunyaCaixa, asunto C-415/11, apartado 73
35. STS 705/2015, de 23 de diciembre (Roj: STS 5618/2015)
36. STS 463/2019, de 11 de septiembre (Roj: STS 2761/2019)
37. Art. 693.2 LEC: Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria.

En su redacción original, esta disposición permitía vencer anticipadamente el préstamo, siempre que se hubiere convenido esta posibilidad e inscrito en el Registro de la Propiedad, en caso de impago de cualquier cuota de amortización[38].

Posteriormente, en una reforma operada mediante el artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, a condición de que se hubiere convenido y ello constare en la escritura de constitución, se permitía el vencimiento en caso de impago de al menos tres plazos mensuales o de un número de cuotas equivalente a un incumplimiento por un plazo de tres meses[39].

En 2015, la Ley 19/2015, de 13 de julio, añadió a lo anterior el requisito de que la cláusula de vencimiento anticipada constare también inscrita en el Registro, además de la escritura de constitución[40].

Finalmente, la Disposición final quinta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ("LCCI") restringió la facultad de vencimiento anticipado a lo pactado (e inscrito en el Registro) entre las partes en la escritura de constitución. Sin embargo, introdujo la salvedad de que, si el préstamo o crédito había sido concluido por una persona física, prestando garantía hipotecaria sobre su vivienda (o para la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial), se estaría a lo dispuesto en el artículo 24 de la misma ley que regula específicamente la cláusula de vencimiento anticipado[41].

Dado que la Disposición transitoria primera de la LCCI establece el efecto retroactivo del artículo 24 a contratos respecto de los cuales no se haya

---

38. Art. 693.2 LEC (Texto original, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en vigor desde el 8 de enero de 2001): Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.
39. Art. 693.2 LEC (Modificación derivada del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en vigor desde el 15 de mayo de 2013): Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.
40. Art. 693.2 LEC (Modificación derivada del artículo primero de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil): Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.
41. Art. 693.2 LEC (Redacción actual, derivada de la disposición final quinta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en vigor desde el 16 de junio de 2019) reproducido anteriormente.

ejercido esta facultad[42] y que muchas de las cláusulas de vencimiento anticipado fueron introducidas en contratos con consumidores antes de la entrada en vigor de la ley, la entrada en vigor de la LCCI ha supuesto la nulidad de la mayoría de ellas por no ajustarse a los límites del artículo 693.2 de la LEC.

Lo anteriormente expuesto se ha traducido en un número considerable de demandas meramente declarativas en las que se solicita la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y su expulsión del contrato. En un sorprendente número de casos, esta acción se ejercita respecto de préstamos vencidos en los que jamás se ha aplicado la cláusula ni se podría aplicar en el futuro[43].

Estas prácticas ejemplifican en qué la regulación actual de la condena en costas procesales es un motor de la litigación masiva en España. En efecto, resulta evidente que en algunos casos se utiliza la cláusula de vencimiento anticipado para iniciar pleitos cuya sola finalidad es el cobro de las costas procesales, agravando así el problema del atasco de la Justicia y perjudicando el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Para más inri, también se está utilizando esta técnica en relación con otras cláusulas, como la de intereses de demora, que también ha sido objeto de regulación en la LCCI[44].

Sin embargo, como veremos posteriormente, el tratamiento que están dando algunos tribunales a este tipo de demandas es esperanzador en la medida en que debería tener un efecto disuasivo y aliviar en parte la inmensa carga que soportan los órganos jurisdiccionales de nuestro país.

4.1.2. Fraccionamiento de demandas

La técnica del fraccionamiento o troceamiento de pretensiones en distintas demandas no reviste ninguna complejidad particular y su funcionamiento es mucho más intuitivo de lo que podría parecer.

Como bien es sabido, todo préstamo hipotecario contiene una multitud de cláusulas distintas que regulan distintos aspectos de la vida del contrato y de

42. Disposición adicional primera, apartado 4, de la LCCI: Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.
43. Entre otras tantas, SAP Alicante 108/2024, de 26 de febrero (Roj: SAP A 96/2024)
44. Art. 25.1 de la LCCI que limita los intereses de demora a tres puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio, y Art. 25.2 de LCCI que proscribe todo pacto en contra de éste límite

las obligaciones de las partes. La técnica que se expone consiste en poner una demanda por cláusula que se considera abusiva en vez de sustanciar todas las pretensiones en un único y mismo procedimiento en el que se enjuicie la validez de todas las cláusulas del préstamo45.

De igual modo, es habitual que varias de las acciones troceadas sean meramente declarativas por no haberse aplicado nunca la cláusula que quiere expulsarse del contrato.

Las pretensiones más comunes que se pueden fraccionar son las relativas a gastos hipotecarios46, a la nulidad de la comisión de apertura47, a la nulidad de la cláusula de interés de demora48 , a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado49, de reclamación de posiciones deudoras50, de la comisión por novación[51] o de la cláusula suelo[52].

Pues bien, como se puede observar, en relación con un solo préstamo, mediante el fraccionamiento de pretensiones, un consumidor podría interponer al menos siete demandas distintas, en muchos casos incluso más.

Sin duda no puede criticarse que haga uso de su derecho a que se expulsen del contrato las cláusulas abusivas, pero, sin embargo, es completamente reprobable este comportamiento que multiplica por siete la necesidad de recursos de la Administración de justicia y ralentiza muy considerablemente su funcionamiento.

---

45. VILA CHIRINOS, A. (2024, 18 de marzo). El atasco provocado en los juzgados de condiciones generales de la contratación, las costas y posibles soluciones. Diario LA LEY, Nº 10468, Sección Tribuna, 18 de Marzo de 2024, LA LEY
46. Cláusula que atribuye al prestatario la obligación de pagar la totalidad de los gastos de notaría, de registro, de gestoría y de tasación que fue declarada nula por la STS 35/2021, de 27 de enero (Roj: STS 61/2021) por la que los bancos deben devolver al consumidor la totalidad de los gastos de registro, gestoría y tasación así como la mitad de los gastos de notario
47. Comisión que se cobra al principio de la vida del préstamo sobre la que sigue habiendo hoy en día abundantes pronunciamientos, or ejemplo, la STS 816/2023, de 29 de mayo (Roj: STS 2131/2023)
48. Cláusula que regula el interés aplicado a las obligaciones vencidas incumplidas que no puede situarce por encima de los tres puntos porcentuales superiores al interés remuneratorio en virtud del artículo 25 de la LCCI y sobre la que se pronunció, por ejemplo, la STS 265/2015, de 22 de abril (Roj: STS 1723/2015)
49. Permite reclamar la devolución íntegra del préstamo si se produce un incumplimiento suficientemente grave
50. láusula que compensa al banco por las gestiones que tiene que llevar a cabo para reclamar deudas impagadas por los clientes, ha sido declarada abusiva cuando su aplicación es automática y no obedece a concretas actuaciones de la entidad bancaria, como se desprende de la STS 566/2019, de 25 de octubre (Roj:
51. Cláusula de análoga naturaleza a la de apertura que corresponde a un cobro por las gestiones efectuadas para realizar una novación del préstamo
52. Declarada nula por la STS 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013)

4.2. Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre condena en costas

En sus pronunciamientos jurisprudenciales de los últimos años, el Tribunal Supremo ha invocado sistemáticamente el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea para resolver los recursos de casación que se han planteado en relación con las problemáticas ya expuestas. Además, este *leitmotiv* argumental parece ser entonado por la Sala de lo Civil en relación con problemáticas jurídicas muy distintas entre sí, como son, por ejemplo, la condena en costas en el caso de que se plantee una seria duda de derecho[53] y la condena en costas cuando ha existido un fraccionamiento en varias demandas de las pretensiones relativas a un mismo contrato[54]. Dada la relevancia que ha adquirido este principio creado por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y, anteriormente, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) a la hora de entender la condena en costas en los procedimientos de litigación masiva, y particularmente en aquéllos relativos a cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores, deberá determinarse en primer lugar su extensión y contenido para analizarse posteriormente su innegable impacto en la jurisprudencia nacional sobre condena en costas.

4.2.1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento central de la ratio decidendi del Tribunal Supremo

La pertenencia de España a la Unión Europea ha supuesto la necesidad de llevar a cabo una integración del ordenamiento jurídico propio de la Unión con el ordenamiento jurídico español. Esta se ha llevado a cabo con el apoyo de principios de creación jurisprudencial que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha acuñado en célebres sentencias que ya son indisociables del principio general del Derecho de la UE que recogen. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia *Costa c. ENEL* de 15 de julio de 1964[55] inseparable del principio de primacía del Derecho de la Unión, o, de igual modo, de la sentencia *van Gend* en Loos de 5 de febrero de 1963[56] que consagró el principio de efecto directo. Ambas preceden al principio de efectividad que recogió el juzgador europeo en la llamada sentencia *Rewe I* con fecha de 16 de diciembre de 1976[57].

53. STS 472/2020 de 17 de septiembre (Roj: STS 2838/2020)
54. STS 842/2024 de 10 de junio (Roj: STS 3081/2024)
55. STJCE de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa c. Enel, asunto C-6/64
56. STJCE de 5 de febrero de 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa, asunto C-26/62
57. STJCE de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral c. Cámara de Agricultura del Estado

Esta resolución es absolutamente fundamental para comprender la jurisprudencia del Tribunal Supremo por recabar el principios tan trascendentales como el de autonomía procesal de los Estados miembros, el principio de equivalencia y el ya mencionado principio de efectividad[58].

En su apartado quinto, señala que, en virtud del principio de autonomía procesal, y a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario.[59] Sin embargo, en el mismo apartado quinto, el juzgador europeo establece dos límites al enunciado principio de autonomía procesal[60].

En primer lugar, considera necesario que las modalidades procesales nacionales permitan ejercer los derechos de los que gozan los justiciables en virtud del efecto directo del Derecho comunitario de una forma no menos favorable que la establecida para recursos parecidos de naturaleza interna (lo que conforma el principio de equivalencia).

En segundo lugar, impide que las mencionadas modalidades procesales estén articuladas de tal forma que el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho europeo sea imposible o excesivamente difícil en la práctica y encarga a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de proteger este ejercicio (lo que conforma el principio de efectividad)[61].

Aunque estos dos principios son esenciales para entender la doctrina del Tribunal Supremo en lo que concierne la condena en costas en litigios en defensa de consumidores frente a entidades bancarias, es imposible analizarla sin tener en cuenta el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas que ilustra perfectamente la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 21 de diciembre de 2016[62].

---

federado de Sarre, asunto C-33/76

58. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. & BENGOETXEA CABALLERO, J. (2014). Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Teoría y Realidad Constitucional, 33, 443-480. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4724079

59. STJCE de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral c. Cámara de Agricultura del Estado federado de Sarre, asunto C-33/76, apartado 5

60. MARTÍN FUSTER J.M. (2021). La protección del consumidor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la apreciación de oficio de la nulidad y la flexibilización de los principios procesales. Actualidad Civil, Nº 10, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Octubre-Octubre 2021, Wolters Kluwer (LA LEY 10322/2021)

61. Ibíd

62. STJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo et al., asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15

Este principio se deduce de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE[63] y, en su virtud, se considera que una cláusula abusiva nunca ha existido por lo que no puede tener efecto jurídico alguno frente al consumidor[64] como se desprende, por ejemplo, del apartado 57 de la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013[65], que establece la obligación de los jueces nacionales de dejar sin aplicación una cláusula abusiva de tal forma que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor.

También proscribe que el juez nacional modifique la cláusula en lugar de expulsarla y considera que el contrato, en principio, deberá subsistir más allá de la supresión de la cláusula abusiva en la medida en que tal persistencia sea posible de acuerdo con lo dispuesto en el derecho interno[66]. Además, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán extraer las consecuencias que el derecho nacional apareje al carácter abusivo de la cláusula de manera que el consumidor no quede vinculado por ella[67].

Definidos estos principios que constituyen el punto de partida del razonamiento del Tribunal Supremo, procede analizar la forma en que nuestro Alto Tribunal los ha aplicado en sus resoluciones relativas a la condena en costas en el marco de la litigación masiva en defensa de consumidores contra entidades bancarias.

4.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la condena en costas en la litigación en defensa de consumidores

Como ya se ha anunciado anteriormente, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sobre la condena en costas procesales en la litigación en masa se inspira marcadamente de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

---

63. Art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas
64. ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. (2017). Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016. Actualidad Civil, Nº2, Sección Protección de los consumidores / Estudio de jurisprudencia, Febrero 2017, Wolters Kluwer (LA LEY 1185/2017)
65. STJUE de 30 de mayo de 2015, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito contra Jahani BV., asunto C-488/11, apartado 57
66. En el mismo sentido, entre otras, STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S.A. c. Joaquín Calderón Camino, asunto C-618/10, apartado 65
67. STJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt c. Csipai, asunto C-472/11, apartado 27, que a su vez cita la STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira, asunto C-40/08, apartado 59. En el mismo sentido, ver STJUE de 30 de mayo de 2013, Erika Jórös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt., asunto C-397/11, apartado 41

Es absolutamente esencial, a la hora de entender el posicionamiento del Tribunal Supremo sobre esta materia, analizar su sentencia 419/2017 de 4 de julio[68] en la que acoge lo expuesto en la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*[69].

En efecto, en esta sentencia el Tribunal Supremo remodela el llamado principio de vencimiento atenuado o corregido[70]. En efecto, la regulación que hace el artículo 394 de la condena en costas en primera instancia incluye un elemento objetivo —el beneficiario de la condena en costas será el litigante vencedor— pero también establece dos correcciones que corresponden a criterios subjetivos.

La primera, cuando ha existido una seria duda de hecho o derecho (debiendo tenerse en cuenta la jurisprudencia recaída en asuntos similares, tal y como establece el párrafo segundo del apartado primero del artículo 394 de la LEC[71]), es la que se ve apartada, estableciendo un régimen puramente objetivo en cuanto a la condena en costas cuando la parte vencedora es un consumidor amparado por el contenido de la Directiva 93/13/CEE.

El Tribunal Supremo reconoce la existencia de serias dudas de derecho en relación con los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo hasta lo resuelto por el TJUE en su sentencia *Gutiérrez Naranjo*. Sin embargo, no aplica la salvedad al criterio objetivo de vencimiento que establece la LEC (a diferencia de lo que hace en su sentencia 123/2017, de 24 de febrero[72]) explicando que de aplicarse, se obligaría al consumidor a pagar íntegramente los costes de su defensa y representación en el litigio.

A ojos del Tribunal Supremo, esto podría ser contrario al principio de no vinculación que exige que se restablezca la situación de hecho y derecho que se daría de no haber existido la cláusula abusiva y también afectaría al principio de efectividad por disuadir a los consumidores de ejercer los derechos que el Derecho comunitario les confiere en virtud del efecto directo.

Por ello, determina que siempre que exista estimación de las pretensiones del demandante consumidor, deberán imponerse las costas a la entidad

68. STS 419/2017, de 4 de julio (Roj: STS 2501/2017)
69. STJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo et al., asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15
70. FUENTES DEVESA, R. (2021). ¿Se aplica el art 394 LEC en los litigios con consumidores? Comentario a la STS nº 35/2021, de 27 de enero. LA LEY mercantil, Nº 78, Sección CONSUMO / Opinión Legal, Marzo 2021, Wolters Kluwer
71. Art. 394.1 LEC, párrafo segundo: Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares
72. STS 123/2017, de 24 de febrero (Roj: STS 477/2017)

demandada, y ello con independencia de que la LEC introduzca una salvedad a su favor.

Además de haber extendido esta jurisprudencia al caso en el que el consumidor ve parcialmente estimadas sus pretensiones (aplicando el criterio de vencimiento a una parte que no ha vencido, o el criterio subjetivo de temeridad a una parte que no necesariamente ha adoptado un comportamiento que se enmarque dentro de este concepto), el Tribunal Supremo ha utilizado su razonamiento extraído de la sentencia *Gutiérrez Naranjo* para rechazar que se exceptúe la condena en costas en el caso de fraccionamiento de demandas[73].

A través de esta resolución, que es ciertamente sorprendente, el Tribunal Supremo parece bendecir un abuso procesal con tal de no vulnerar los principios de efectividad del Derecho europeo y el principio de no vinculación.

En realidad, esta resolución es coherente con lo que se estableció en la citada sentencia 419/2017, de 4 de julio, que desnudó por primera vez el artículo 394 de la LEC de sus criterios subjetivos para la imposición de costas, comenzando un camino hacia la condena automática cuando existe vencimiento de un consumidor frente a una entidad bancaria.

Esto es claramente problemático.

Cierto es, y la sentencia 419/2017, de 4 de julio, así lo recoge, que el principio de no vinculación exige que la cláusula abusiva no produzca ningún efecto respecto del consumidor. También es cierto que es debatible si éstos "efectos" tienen que ver con el equilibrio económico del contrato, la relación concreta entre las partes, o se deben entender de forma mucho más general, como hace nuestro Alto Tribunal incluyendo los gastos en los que se incurre para litigar.

Sin embargo, la consecuencia no prevista de la aplicación de este criterio reside en que en su virtud se extiende al consumidor, es decir, a la defensa letrada del consumidor, un cheque en blanco mediante el cual puede cometer todo tipo de abusos procesales sin que éstos tengan ningún impacto en la condena en costas.

73. STS 842/2024, de 10 de junio (Roj: STS 3081/2024) con cita a las SSTS 743/2022, de 2 de noviembre (Roj: STS 3933/2022); 784/2022, de 16 de noviembre (Roj: STS 4231/2022) y 1020/2022 de 22 de diciembre (Roj: STS 4855/2022)

Si solo subsiste el criterio objetivo (por la expulsión que ha realizado la jurisprudencia de las correcciones subjetivas cuando litigan consumidores), entonces el único criterio relevante es el vencimiento, sin que influya el comportamiento de la parte vencedora. Es decir: el fin justifica los medios.

Este criterio incentiva la contribución al colapso del servicio público de justicia mediante la interposición de demandas instrumentales para la obtención de la condena en costas.

En contra del criterio único de vencimiento ya se había posicionado el voto particular discrepante de los magistrados José Antonio Seijas Quintana, Ignacio Sancho Gargallo y Eduardo Baena Ruiz[74].

En él, se menciona que la propia sentencia Gutiérrez Naranjo admite que la protección del consumidor no es absoluta, tiene unos límites. La excepción al principio de vencimiento consistente en la constatación de serias dudas de hecho o de derecho no pone en entredicho el principio de efectividad a ojos de los magistrados firmantes. Esto se debe a que dicho criterio subjetivo se concibe como una facultad discrecional del tribunal que debe ser suficientemente motivada y que, por lo tanto, la vulneración del principio de efectividad no residiría en la existencia de una excepción al principio de vencimiento, sino a su aplicación frívola y arbitraria.

Consideran que una aplicación más restrictiva de esta facultad discrecional cuando se vean afectados consumidores salvaguardaría el principio de efectividad y que, por lo tanto, no habría ninguna necesidad de excluir el criterio subjetivo de seria duda de hecho o derecho de forma automática cuando la parte actora es un consumidor que ejerce una acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva.

Conservar un ápice del criterio subjetivo en la condena en costas habría permitido en la actualidad, poder apreciar que existe abuso procesal cuando se interponen múltiples demandas y que, aunque procede la condena en costas en el primero de los pleitos para respetar los principios de no vinculación y de efectividad, no es razonable imponer las costas en todos y cada uno de los pleitos se han instado con esa única finalidad.

Es por ejemplo el razonamiento que han adoptado algunas Audiencias Provinciales en relación con el fraccionamiento o troceamiento de pretensiones, en las que, los reproches a las tácticas que emplean ciertos

74. STS 419/2017, de 4 de julio (Roj: 2501/2017) – Voto particular

actores para obtener las costas sorprenden por una contundencia que merece ser reproducida a continuación[75]:

"9. Y así ha de ser, efectivamente, en condiciones normales; esto es, cuando el consumidor interpone una demanda en legítima defensa de sus intereses económicos para solicitar la restitución de cantidades indebidamente abonadas por aplicación de una cláusula abusiva predispuesta unilateralmente por el banco prestamista. Pero no encuentra aplicación dicha doctrina cuando el proceso se inicia de mala fe y en abuso de derecho, persiguiendo no la restitución de cantidades sino únicamente la declaración de nulidad de una o varias cláusulas hipotecarias- redactadas unilateralmente por el banco en forma estandarizada- con la finalidad exclusiva y espuria de obtenerla condena en costas del banco demandado.

10. No hay lesión del principio de efectividad de los derechos del consumidor cuando el único fin del proceso iniciado es la condena en costas, pues, como hemos dicho ya, es preciso evitar que la condena en costas constituya el único o principal fin del proceso."

Este tipo de resolución es claramente esperanzadora dado que, a través de la apreciación de la existencia de un abuso procesal, desincentiva el fraccionamiento de pretensiones en distintas demandas con la finalidad de cobrar las costas.

Se trata exactamente de lo que expone la sentencia que se reproduce también:

"Esta Sala viene resolviendo la controversia objeto de recurso, en el sentido de considerar que la conducta de la actora es de aquellas que contribuye a aumentar la litigiosidad de manera innecesaria, generando unos recursos que podían ser evitados. En un contexto de litigiosidad masiva, acerca de la nulidad de las cláusulas existentes en un préstamo hipotecario, la conducta de la actora contribuye a incrementarla, generando unos gastos e invirtiendo unos recursos perfectamente eludibles. Máxime cuando no hay razón objetiva para atisbar un interés legítimo en el justiciable, que puede en un único procedimiento obtener la tutela judicial de sus intereses.

Ahora bien, dicho planteamiento parte del hecho de que la actora mediante el previo procedimiento ya ha obtenido una sentencia favorable, con imposición

75. SAP Tarragona (Sección 1ª) 653/2021, de 6 de octubre (Roj: SAP T 1608/2021) y en el mismo sentido, SAP Salamanca (Sección 1ª) 396/2021, de 10 de junio (Roj: SAP SA 470/2021); SAP Salamanca (Sección 1ª) 267/2021, de 21 de abril (Roj: SAP SA 309/2021) o SAP Alicante (Sección 8ª) 130/2024, de 8 de marzo (Roj: SAP A 236/2024)

de las costas a la parte demandada. Mediante lo que se acaba de exponer, se evita la situación de abuso que supone el obtener sucesivas imposiciones de costas en una conducta cuyo interés es ajeno al interés del justiciable. En suma, la regla del principio del vencimiento en materia de costas cede ante una conducta determinante de abuso procesal."[76]

En esta línea, también es especialmente positiva la posición de la jurisprudencia menor respecto de las demandas relativas a la cláusula de vencimiento anticipado de contratos extinguidos en los que la cláusula nunca ha sido aplicada ni podrá serlo.

Han apreciado la falta de interés legítimo de estas demandas un gran número de Audiencias Provinciales[77], y por consecuente, han rechazado la imposición de costas a la parte demandada.

Desestimar este tipo de pretensiones, y neutralizar la desvirtuación del proceso civil en aras de la obtención de la condena en costas contribuye a reducir el atasco en los juzgados. En efecto, cuando resulte imposible lucrarse a costa del colapso de la Administración de justicia de nuestro país porque los tribunales no permitan este tipo de abusos procesales, entonces desaparecerán este tipo de demandas. Hasta entonces, resulta evidente que el Poder Judicial deberá seguir soportándolas. Mientras permita una instrumentalización del procedimiento civil para la obtención de costas, seguirá alimentando la peor cara de la litigación en defensa de consumidores y por consiguiente el atasco de la justicia.

76. SAP Asturias (Sección 1ª) 1794/2020, de 21 de octubre (Roj: SAP O 4174/2020)
77. Entre otras tantas, SAP Alicante 108/2024, de 26 de febrero (Roj: SAP A 96/2024)

5. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y DE ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y EL CONCEPTO DE ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

El 22 de marzo de este año se ha iniciado la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios[78].

Su exposición de motivos comparte una serie de diagnósticos que se han podido efectuar en este análisis, particularmente al inicio de su Exposición II del Proyecto en el que, aunque se hace referencia a *insuficiencias estructurales,* así como a un *déficit de recursos,* no se achaca el atasco de la Administración de justicia a estos dos factores, sino que se reconoce que *no parece que esta sea la causa principal de nuestros problemas crónicos, derivados más bien de la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público.*

En efecto, resulta inverosímil que el aumento de los recursos o la creación de juzgados especializados adicionales pudiera remediar la situación actual de la justicia español. Como ya se ha avanzado, el atasco de los juzgados está íntimamente ligado a comportamientos que perjudican el buen funcionamiento de la justicia, imputables tanto a algunos demandantes como a algunas demandadas.

Para remediar a los problemas crónicos del sistema, el Proyecto introduce una batería de medidas que afectan al ámbito civil y mercantil, entre las cuales han sido especialmente comentadas las relativas al uso de los métodos alternativos de resolución de controversias.

78. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 22 de marzo de 2024, Número 16-1, pág. 1, 121/000016, Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de os derechos e intereses de los consumidores y usuarios

Sin embargo, resulta evidente que esta reforma supone un cambio radical del régimen vigente en materia de imposición de costas, lo cual es profundamente relevante a efectos de este análisis.

En este sentido, la implementación de un nuevo criterio rector del pronunciamiento sobre costas y de la práctica de su tasación —el llamado concepto de "abuso del servicio público de justicia"— podría aportar una solución al problema endémico de la litigación masiva en España. Por ello, el Proyecto supone una oportunidad sin precedentes para desincentivar las prácticas que engrosan el atasco de los juzgados.

Resulta innegable que tanto el fraccionamiento de demandas como la interposición de demandas mero declarativas sin un interés legítimo (por ejemplo, cuando el préstamo se encuentra cancelado y la cláusula nunca ha sido aplicada) suponen claros abusos del servicio público de justicia.

En efecto, su sustanciación supone un gasto de recursos de la Administración de justicia que es absolutamente innecesario y que podría destinarse a cuestiones mucho más útiles.

Sin embargo, la definición del concepto de abuso del servicio público de justicia no se efectúa en detalle en la propia ley, sino que se deja en manos de los jueces y tribunales por tratarse de un concepto jurídico indeterminado[79].

Acudiendo a la exposición de motivos del Proyecto, podemos encontrar ciertas indicaciones de lo que constituiría un abuso del servicio público de justicia.

Entre ellas, se encuentra el hecho de haber acudido a los tribunales cuando podría haberse llegado a un acuerdo por tratarse de una materia ya resuelta con anterioridad (por ejemplo las cláusulas abusivas[80]). También, la exposición de motivos menciona los casos en los que las pretensiones *carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema*. Sin embargo, sobre este extremo, como para todo concepto jurídico indeterminado que la ley no se molesta en determinar, es imposible saber si el fraccionamiento de demandas, o las demandas meramente declarativas sin ningún interés legítimo, entrarían en esta categoría.

---

79. ACHÓN BRUÑÉN, M.J. (2023, 30 de enero). Problemas que va a suscitar la nueva regulación de las costas procesales prevista en la futura ley de medidas de eficiencia procesal. Diario La Ley, Nº 10218, Sección Tribuna, 30 de Enero de 2023, LA LEY
80. Ibíd

Dadas las últimas resoluciones del Tribunal Supremo en materia de costas[81], uno puede aventurarse a especular que, a menos que la ley explícitamente incluya estos supuestos, nuestro Alto Tribunal rechazará considerarlos como parte de este concepto jurídico indeterminado, favoreciendo el principio de efectividad y no vinculación.

Es difícilmente entendible que a la hora de implementar un cambio tan radical en la manera de concebir las costas en España, y teniendo en cuenta el impacto que tiene esta figura sobre la litigación en masa, el legislador no haga el esfuerzo de incluir ejemplos, explicar con cierto detalle qué se considera un abuso y señale prácticas que han sido una de las causas del atasco de la justicia, como se indica en este análisis. Dada la gravedad del problema, un concepto jurídico indeterminado y una remisión a lo que digan Sus Señorías es más que insuficiente y puede implicar perder la oportunidad de expulsar ciertas prácticas de nuestra cultura de la litigación.

81. STS 842/2024, de 10 de junio (Roj: STS 3081/2024)

6. CONCLUSIONES

A pesar de la vehemencia con la que en este análisis se han criticado algunas prácticas que emplean las partes actoras en procedimientos de declaración de abusividad de cláusulas predispuestas en contratos bancarios con consumidores, esto no debe interpretarse como un posicionamiento en contra de la llamada "industria" de la litigación masiva.

Como se ha mencionado en la introducción, la principal razón de ser de la litigación masiva es la cantidad de cláusulas abusivas que se encuentran en contratos bancarios con consumidores y que merecen ser expulsadas: basta con constatar la cantidad de estimaciones de este tipo de pretensiones para verse forzado a admitirlo.

Sin embargo, escondido entre el uso legítimo de las acciones de las que disponen los consumidores para hacer valer sus derechos, cosa absolutamente deseable en todo Estado de Derecho, existen numerosos abusos perpetrados por una minoría de actores.

Aunque podría parecer que las principales perjudicadas por esta circunstancia son las entidades bancarias que se ven forzadas a pagar condenas en costas artificialmente provocadas y obtenidas, no conviene engañarse: quienes sufren estos abusos no son los bancos, sino todas las partes procesales que acuden a la Administración de justicia y los profesionales que la conforman.

En la medida en que estas prácticas contribuyen al atasco de la justicia, sus efectos negativos se extienden a todos los consumidores que ven, por ello, como su procedimiento se eterniza. El abuso procesal de unos pocos dificulta el uso de un derecho legítimo de muchos. Por ello, es absolutamente primordial frenar este tipo de prácticas.

Sin embargo, las circunstancias actuales parecen demostrar que el legislador y nuestro Alto Tribunal no comparten esta urgencia.

El Proyecto de Ley Orgánica omite cualquier mención a la instrumentalización del proceso civil para obtener las costas procesales, cuando se trata de una instancia evidente de abuso de los recursos del servicio público de justicia. De este modo, se desaprovecha la oportunidad de poner fin a prácticas que han contaminado durante años la litigación en masa.

El hecho de que el Tribunal Supremo haya bendecido el fraccionamiento de pretensiones no es buena noticia. Esta circunstancia inevitablemente tendrá un *efecto llamada* que suponga un repunte de este tipo de prácticas. Al fin y al cabo, ¿quién en su sano juicio interpondrá una sola demanda cuando nuestro Alto Tribunal le permite cobrar múltiples veces las costas?

A nuestro juicio, el primer paso para solucionar el problema del atasco de la justicia es evitar la creación de pleitos vacíos de contenido con el fin instrumental de obtener condenas en costas. Los escasos recursos de la Administración de justicia deben destinarse a que toda persona que tenga un verdadero interés legítimo en recabar la tutela judicial pueda acceder a ella en plazos razonables.

Este objetivo puede alcanzarse de muchas formas: una reforma acertada de la ley, un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero quizás sea el momento de comenzar una reflexión colectiva en la abogacía española.

¿Acaso colaborar con la Administración de justicia no es un deber deontológico de esta profesión?

¿Podría alegarse que, por ende, contribuir a su colapso y degradación es contrario a los códigos que rigen el ejercicio de la abogacía?

¿Debe primar el deber de lealtad hacia el cliente? O, dicho de otro modo, ¿debemos contribuir a empeorar el estado de nuestro sistema de justicia con tal de defender a ultranza los intereses de nuestro cliente a través de la obtención de la mayor cantidad posible en concepto de costas?

La situación crítica del orden civil requiere que se inicie esta reflexión, que puede culminar en una reforma legislativa, en un cambio de jurisprudencia o, simplemente, en un consenso sobre una mejora de las prácticas en la litigación en masa. Lo que no se puede negar es que la situación actual no es sostenible.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Obras citadas

GASCÓN INCHAUSTI, F. (2024). Diez años (o más) en busca de una solución a la litigación en masa. La ley mercantil, nº 113 (mayo), 2024.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, A. (2013, 29 de abril). *Costas Procesales. Diario La Ley, Nº 8072, Sección Doctrina, 29 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-158, Editorial LA LEY*

FUENTES DEVESA, R. (2021). ¿Se aplica el art 394 LEC en los litigios con consumidores? Comentario a la STS nº 35/2021, de 27 de enero. *LA LEY mercantil, Nº 78, Sección CONSUMO / Opinión Legal, Marzo 2021, Wolters Kluwer*

VILA CHIRINOS, A. (2024, 18 de marzo). El atasco provocado en los juzgados de condiciones generales de la contratación, las costas y posibles soluciones. *Diario LA LEY, Nº 10468, Sección Tribuna, 18 de Marzo de 2024, LA LEY*

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. & BENGOETXEA CABALLERO, J. (2014). Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional, 33,* 443-480. **dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4724079**

MARTÍN FUSTER J.M. (2021). La protección del consumidor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la apreciación de oficio de la nulidad y la flexibilización de los principios procesales. *Actualidad Civil, Nº 10, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Octubre- Octubre 2021, Wolters Kluwer*

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. (2017). Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016. *Actualidad Civil, Nº2, Sección Protección de los consumidores / Estudio de jurisprudencia, Febrero 2017, Wolters Kluwer (LA LEY 1185/2017)*

ACHÓN BRUÑÉN, M.J. (2023, 30 de enero). Problemas que va a suscitar la nueva regulación de las costas procesales prevista en la futura ley de medidas de eficiencia procesal. *Diario La Ley, Nº 10218, Sección Tribuna, 30 de Enero de 2023, LA LEY*

CUBILLO LÓPEZ, I.J. (2022) Las costas en los litigios de cláusulas abusivas: jurisprudencia reciente y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea. *Práctica de Tribunales, Nº 154, Sección Tribuna Libre, Enero-Febrero 2022, Wolters Kluwer*

GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2018). La proposición de modificación del art. 394 LEC del vencimiento objetivo a la temeridad: un análisis crítico a la vista de la propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil y el Derecho comparado. *Práctica de Tribunales, Nº 134, Septiembre-Octubre 2018, Wolters Kluwer*

BONACHERA VILLEGAS, R. (2021). La condena en costas a favor del consumidor. *Práctica de Tribunales, Nº 148, Sección Tribuna Libre, Enero-Enero 2021, Wolters Kluwer*

MERINO JARA, I. Principio de efectividad: algunos ejemplos. *Revista Forum Fiscal, Nº 293, Sección Actualidad fiscal, CISS*

QUESADA LÓPEZ, P.M. (2022). La delicada compatibilidad con el Derecho europeo de la condena en costas en supuestos de satisfacción extraprocesal en materia de consumidores. *La Ley Unión Europea, Nº 108, Noviembre 2022, LA LEY*

DAMIÁN MORENO, J. (2022). El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022 (1). *Diario La Ley, Nº 10174, Sección Tribuna, 21 de Noviembre de 2022, LA LEY*

BUENOSVINOS GONZÁLEZ, H. (2020). La condena de costas procesales y la tasación de costas. *Estrategias procesales y defensa del consumidor frente a las entidades financieras,* edición nº 1, BOSCH, 2020.

MARTÍNEZ GARCÍA, A. & CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. & DEL MILAGRO ROMERO PÉREZ, M. & CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2013). La tasación de costas en la primera instancia del proceso civil de acuerdo con los recientes criterios de valoración del Tribunal Supremo. *Diario La Ley, Nº 8100, Sección Doctrina, 7 de Junio de 2013, Año XXXIV, Ref. D- 215, Editorial LA LEY*

7.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 13 de julio de 2023, *Cajasur Banco, S.A.*, asunto C-35/22

STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz c. CatalunyaCaixa, asunto C- 415/11, apartado 73

STJCE de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa c. Enel,* asunto C-6/64

STJCE de 5 de febrero de 1963, NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa,* asunto C-26/62

STJCE de 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral c. Cámara de Agricultura del Estado federado de Sarre,* asunto C-33/76

STJCE de 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral c. Cámara de Agricultura del Estado federado de Sarre,* asunto C-33/76, apartado 5

STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo et al.*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15

STJUE de 30 de mayo de 2015, *Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito contra Jahani BV.*, asunto C-488/11, apartado 57

STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito, S.A. c. Joaquín Calderón Camino,* asunto C-618/10, apartado 65

STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank Zrt c. Csipai,* asunto C-472/11, apartado 27

STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira,* asunto C-40/08, apartado 59.

7.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC 210/1992, de 30 de noviembre

STC 71/1991, de 8 de abril

STC 164/2003, de 29 de septiembre

STC 65/1994 de 28 de febrero

STC 105/1995, de 3 de julio

STC 122/1998, de 15 de junio

STC 203/2002, de 29 de octubre

STC 210/1992, de 30 de septiembre

STC 124/2002, de 20 de mayo

7.4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013)

STS 565/2024, de 25 de abril (Roj: STS 2040/2024)

STS de 4 de noviembre de 2008 (Roj: STS 6610/2008)

STS 4/1993 de 17 de noviembre (Sala especial del artículo 61 LOPJ)

STS de 11 de noviembre de 1935 (RJ 19352065)

STS de 3 de junio de 1940 (RJ 1940516)

ATS de 2 de septiembre de 2014 (Roj: ATS 7061/2014)

ATS de 19 de mayo de 2009 (Roj: ATS 6888/2009)

ATS de 19 de mayo de 2009 (Roj: ATS 7368/2009)

STS 320/1992 de 24 de marzo de 1992

STS 453/2015, de 10 de septiembre (Roj: STS 3225/2015)

STS 543/2015, de 20 de octubre (Roj: STS 4274/2015)

STS 720/2016, de 1 de diciembre (Roj: STS 5227/2016)

STS 123/2017, de 24 de febrero (Roj: STS 477/2017)

STS 377/2002, de 25 de abril (Roj: STS 2970/2002)

STS 785/2001, de 31 de julio (Roj: STS 6701/2001)

STS 985/1994, de 8 de noviembre

STS 667/1997, de 18 de julio (Roj: STS 5158/1997)

STS 131/2019, de 5 de marzo (Roj: STS 708/2019)

STS 64/1999, de 5 de febrero (Roj: STS 692/1999)

STS 661/2005, de 19 de julio (Roj: STS 4979/2005)

STS 506/2008, de 4 de junio (Roj: STS 2599/2008)

STS 792/2009, de 16 de diciembre (Roj: STS 8466/2009)

STS 705/2015, de 23 de diciembre (Roj: STS 5618/2015

STS 463/2019, de 11 de septiembre (Roj: STS 2761/2019)

STS 816/2023, de 29 de mayo (Roj: STS 2131/2023)

STS 35/2021, de 27 de enero (Roj: STS 61/2021)

STS 265/2015, de 22 de abril (Roj: STS 1723/2015)

STS 566/2019, de 25 de octubre (Roj: STS 3315/2019)

STS 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013)

STS 472/2020 de 17 de septiembre (Roj: STS 2838/2020)

STS 842/2024 de 10 de junio (Roj: STS 3081/2024)

STS 743/2022, de 2 de noviembre (Roj: STS 3933/2022)

STS 784/2022, de 16 de noviembre (Roj: STS 4231/2022)

STS 1020/2022 de 22 de diciembre (Roj: STS 4855/2022)

STS 419/2017, de 4 de julio (Roj: 2501/2017) – Voto particular

7.5. Resoluciones de audiencias provinciales

SAP Alicante 108/2024, de 26 de febrero (Roj: SAP A 96/2024)

SAP Tarragona (Sección 1ª) 653/2021, de 6 de octubre (Roj: SAP T 1608/2021)

SAP Salamanca (Sección 1ª) 396/2021, de 10 de junio (Roj: SAP SA 470/2021)

SAP Salamanca (Sección 1ª) 267/2021, de 21 de abril (Roj: SAP SA 309/2021)

SAP Alicante (Sección 8ª) 130/2024, de 8 de marzo (Roj: SAP A 236/2024)

SAP Asturias (Sección 1ª) 1794/2020, de 21 de octubre (Roj: SAP O 4174/2020)

7.6. Otras

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL. (2023, 20 de diciembre). El CGPJ prorroga el plan de especialización en cláusulas abusivas en 11 órganos judiciales de siete Comunidades Autónomas [Comunicado de prensa].

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL. (2024, 12 de junio). Los asuntos ingresados y resueltos por tribunales españoles aumentan un 20,8 y un 19,5 por ciento, respectivamente, en el primer trimestre de 2024 [Comunicado de prensa].

Boletín Oficial de las Cortes Generales, 22 de marzo de 2024, Número 16- 1, pág. 1, 121/000016, Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de os derechos e intereses de los consumidores y usuarios

La delimitación del delito de deslealtad profesional del profesional de la abogacía del artículo 467.2 del código penal en la jurisprudencia del tribunal supremo español

NATALIA MARÍA PEMÁN GRACIA

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Natalia María Pemán Gracia

Graduada en Derecho
Universidad de Zaragoza

Máster Universitario en Abogacía
Universidad de Zaragoza

Máster Universitario en Derecho Penal y Procesal Penal
Universidad Carlos III de Madrid

Tercer premio

XII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2024

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis de la delimitación e interpretación restrictiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el delito de deslealtad profesional del profesional de la abogacía tipificado en el artículo 467.2 del Código Penal, que castiga al abogado (o procurador) que perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados.

Junto a otras cuestiones relevantes en relación con el objeto principal, se aportan diversos criterios para ir acotando los perfiles del tipo delictivo objeto de estudio, en orden a evitar una interpretación excesiva y desmesurada del precepto que amplíe injustificadamente sus límites, al abrirse otras vías reparadoras más adecuadas y proporcionadas para aquellas conductas que no merecen una respuesta penal.

Palabras clave: deslealtad profesional, profesional de la abogacía, art. 467.2 Código Penal, perjuicio manifiesto, jurisprudencia, Tribunal Supremo, delimitación.

Abstract

This paper analyses the delimitation and restrictive interpretation in the case law of the Spanish Supreme Court of the offence of professional disloyalty of the legal profession as defined in Article 467.2 of the Criminal Code, which punishes the lawyer (or solicitor) who manifestly harms the interests entrusted to him or her.

In addition to other relevant questions in relation to the main object, it provides various criteria to delimit the profiles of the criminal offence under study, in order to avoid an excessive and disproportionate interpretation of the precept that unjustifiably broadens its limits, by opening up other more appropriate and proportionate remedial channels for those conducts that do not deserve a criminal response.

Keywords: professional disloyalty, legal practitioner, art. 467.2 Criminal Code, manifest prejudice, case law, Supreme Court, delimitation.

Listado de abreviaturas

art./arts.	Artículo/Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
Cit.	Cita
Coords.	Coordinadores
CP	Código Penal
DP	Derecho Penal
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española
Et al.	Y otros
etc.	Etcétera
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
p./pp.	Página/Páginas
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	siguientes
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
Vid.	Véase

Sumario

1. INTRODUCCIÓN **208**

2. EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN DEL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL DEL ABOGADO **211**

3. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA EN VIRTUD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DE LA CUALIDAD DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO **215**

3.1 Primera restricción: actividades propias, características y definitorias de la abogacía 215

3.2 Acotamiento en orden al bien jurídico protegido: el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia 216

3.3 Limitaciones en base a la naturaleza de la encomienda 219

3.4 Colegiados ejercientes como únicos sujetos activos idóneos del delito 220

4. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA EN VIRTUD DEL RESULTADO: PERJUICIO DE FORMA "MANIFIESTA" A LOS INTERESES ENCOMENDADOS **223**

4.1 Delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP como delito de resultado 223

4.2 Incriminación de las conductas más intolerables: carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal 223

4.3 Otras exclusiones: la no consecución del resultado deseado y el control de la disciplina del profesional de la abogacía 227

4.4 Concurrencia del plus de antijuridicidad: el efectivo perjuicio "manifiesto" 228

4.5 La naturaleza del perjuicio 234

5. TIPO SUBJETIVO **239**

CONCLUSIONES **243**

BIBLIOGRAFÍA **249**

ANEXO DE JURISPRUDENCIA **250**

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo se va a realizar un estudio jurisprudencial sobre cómo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español ha ido delimitando e interpretando restrictivamente el delito de deslealtad profesional del profesional de la abogacía tipificado en el art. 467.2 del Código Penal; tras una previa exposición de la propia evolución de la regulación legal del mismo y de sus precedentes legislativos.

Dicho artículo castiga en su párrafo primero, con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años, al abogado o procurador (si bien el trabajo va a centrarse únicamente en los profesionales de la abogacía) que, por acción u omisión, *"perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados";* e incluye en su párrafo segundo un tipo imprudente, por cuanto si los hechos fueran realizados por *imprudencia grave* se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

Si bien dicha conducta se encuentra tipificada como delito en nuestro Código Penal, han de acotarse sus perfiles y abogar por una interpretación restrictiva del tipo delictivo, entre otras razones que se irán exponiendo a lo largo del trabajo, porque, como es sabido, el Derecho Penal ostenta la condición de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, en virtud del principio de intervención mínima del mismo; sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de acudir en su caso a otras vías reparadoras, entre las que podemos encontrar la exigencia de la responsabilidad civil del Letrado ante el orden jurisdiccional civil o el régimen de responsabilidad de los profesionales de la abogacía previsto en el Título XI (arts. 119 y ss.) del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

En relación con todo ello, como se ha dicho, se van a hacer una serie de consideraciones previas sobre la propia evolución de la regulación legal del tipo delictivo en cuestión, así como del bien jurídico protegido por el mismo y las cualidades exigidas en cuanto al sujeto activo, junto con otro conjunto de matizaciones, lo cual no resulta en absoluto baladí, pues también nos va a servir para ir acotando sus perfiles.

Por otro lado, se tratarán otras cuestiones relativas al tipo objetivo del del delito previsto en el art. 467.2 CP, haciendo especial incidencia en el resultado (el perjuicio de forma manifiesta a los intereses que le fueron encomendados al

profesional de la abogacía) exigido en el mismo, y cómo ha de interpretarse este, incluida su naturaleza, para que la correspondiente conducta pueda efectivamente subsumirse en el delito de deslealtad profesional. Junto a ello, se expondrá muy brevemente, al exceder de los límites de este trabajo y merecer un análisis más profundo, sus relaciones concursales con otro tipo delictivo, concretamente el delito de apropiación indebida (art. 253 CP), en relación con ciertas conductas concretas.

Finalmente, se tratarán algunas cuestiones interesantes relativas al tipo subjetivo del delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP.

En cuanto a la concreta elección del tema, aun tratándose de una materia que a primera vista podría parecer más tradicional que otras (a pesar de que, como podrá verificarse, podemos encontrar relevantes pronunciamientos jurisprudenciales muy recientes en torno a la cuestión), me parece todavía interesante y necesario estudiar las repercusiones penales que pueden tener ciertas conductas cometidas por los profesionales de la abogacía en el ejercicio de su profesión, y, aun cuando existen otra serie de delitos en este ámbito (vid. arts. 461.2, 463.2, 465.1, 466.1, ó 467.1 CP), se ha preferido como objeto de estudio de este trabajo el tipificado en el art. 467.2 CP por cuanto considero que el mismo presenta determinadas cuestiones que merecen ser minuciosamente estudiadas, pues castiga una conducta que si no se interpreta correctamente puede dar lugar a serios inconvenientes prácticos. En este sentido, debe señalarse que si no se limita la interpretación de dicho precepto podríamos encontrarnos ante alarmantes excesos punitivos, ya que muy frecuentemente no será ni siquiera necesaria la respuesta del DP a la correspondiente conducta en cuestión del profesional de la abogacía, siendo preferible acudir, en su caso, a la responsabilidad disciplinaria o civil del mismo.

Además, considero que si bien otros de los delitos que puede cometer el profesional de la abogacía en el ejercicio de su profesión quedan mejor delimitados en nuestro Código Penal (por ejemplo, presentar a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces; destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en calidad de abogado; revelar actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, etc.), el relativo a *"perjudicar de forma manifiesta los intereses encomendados",* del art. 467.2 CP, merece un análisis en mayor profundidad, pues, como puede observarse, se trata de un tipo penal más vago e indeterminado, y que, por tanto, presenta una mayor problemática.

Bajo mi punto de vista, se va a ofrecer un enfoque (el de las posibles repercusiones penales en relación con los perjuicios irrogados a los clientes)

especialmente relevante y a tener en cuenta en el desempeño práctico del ejercicio profesional de la abogacía, siendo necesario a estos efectos conocer bien la materia en cuestión, pues tiene una indudable trascendencia práctica.

En suma, considero esencial aportar la disciplina penal al estudio del ejercicio práctico de la profesión de la abogacía, por el importante impacto que puede tener llegar a tener para quienes se dediquen profesionalmente a ella.

2. EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN DEL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL DEL ABOGADO

El Código Penal de 1973 castigaba en su art. 360 al *"Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión"*. Este artículo se ubicaba en el Capítulo Primero "De la prevaricación", del Título VII "De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" del Libro II del CP de 1973. Como pone de manifiesto la STS 1/1999, de 31 de mayo, en dicho precepto, actualmente derogado, se yuxtaponían dos -en rigor, tres- infracciones de distinta naturaleza y gravedad en que pueden incurrir abogados (y procuradores), cuales son el *descubrimiento de secretos* conocidos en el ejercicio de la profesión y la irrogación de perjuicio al cliente por abuso malicioso del oficio o por negligencia o ignorancia inexcusable. Sin embargo, con el CP de 1995, el descubrimiento de secretos realizado por un profesional ha pasado a ser un tipo autónomo definido en el art. 199.2 que se incluye, en el título X, entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; en tanto el hecho de perjudicar al cliente por un abogado o procurador se ha convertido en un delito de deslealtad profesional, previsto en el art. 467.2 CP, que forma parte de los delitos contra la Administración de Justicia a los que está dedicado el título XX.

Así pues, el CP actual en su art. 199.2, castiga al "profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona"; delito incluido en el Capítulo I "Del descubrimiento y revelación de secretos", del referido Título X del CP "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio". Por otro lado, es el art. 467.2 CP el que establece que: *"El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años"*. Señala la STS 392/2012, de 16 de mayo, que este tipo penal viene a describir lo que con impropiedad ha sido llamado en ocasiones la "prevaricación de abogados o procuradores", y se dice impropiamente porque la idea de prevaricación está indisolublemente unida a

la condición de función pública de quien la comete[1]. El delito tipificado en el art. 467.2 CP se encuentra ubicado en el Capítulo VII "De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional"[2] del Título XX "Delitos contra la Administración de Justicia" del Libro II del CP. Como indica el TS en la referida sentencia, este delito ha sido dividido en un tipo doloso y otro culposo, antes unificados por la misma pena y ahora diferenciados en los párrafos primero y segundo del art. 467.2, que establecen penas distintas para cada modalidad.

En suma, con el CP de 1995, han pasado a castigarse de forma autónoma y diferenciada, en diferentes títulos y protegiendo bienes jurídicos diversos, las conductas de *divulgación* de secretos por parte del profesional (en este caso, del profesional de la abogacía, y que afecta a la intimidad), y la de *deslealtad profesional* del abogado (que afecta a la Administración de Justicia). En relación con dicho cambio de regulación puso de relieve nuestro TS (STS 1/1999, de 31 de mayo) que la definición del delito en cuestión que ofrece el art. 467.2 es más precisa y respetuosa con el principio de legalidad que la del art. 360, por lo que aquélla deberá ser utilizada hoy para la interpretación del precepto derogado cuando el mismo deba ser aplicado, sin perjuicio naturalmente de que la norma vigente sea aplicada cuando resulte más favorable al reo[3]; como, de hecho, ha sucedido en diversas ocasiones[4]. Sin

1. De hecho, como se ha visto, esta conducta se tipificaba en el antiguo art. 360 del CP de 1973 en el capítulo de la prevaricación, dentro del título de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, tratándose por tanto de una prevaricación impropia, ya que dichos sujetos, abogados y procuradores, no tienen la condición de funcionarios públicos. A estos efectos, pone de manifiesto la STS 680/2012, de 17 de septiembre, que: "Algunos justificaban esa caracterización (como modalidad especial de prevaricación) argumentando que *pese a carecer de la condición de funcionarios públicos la actividad profesional de la abogacía se sitúa en un terreno de prestación de una potestad pública de primer orden como es la actividad jurisdiccional.* Eso explicaría que la infracción de ese deber profesional tenga un tratamiento penal explícito, a diferencia de otras profesiones liberales. Si los delitos contenidos en ese Título protegían sobre todo la función pública, esas tipicidades se justificarían precisamente por la *contribución de esas profesiones al correcto desenvolvimiento de una de las funciones públicas, la jurisdiccional, sobre la que pueden incidir y en la que desempeñan un papel de primer orden.* En una línea confluyente y bajo la vigencia del anterior Código Penal se identificaba como objeto de tutela de estos delitos el bien jurídico correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, a semejanza de la prevaricación judicial (SSTS 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973), frente a quienes situaban en una posición prevalente los intereses de los propios clientes".
2. En el mismo capítulo "de la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional" se encuentran tipificadas otra serie de conductas que pueden cometer los profesionales de la abogacía en el ejercicio de su profesión. Así, los delitos previstos en los arts. 463.2, 465.1, 466.1 y 467.1 CP. Además, encontramos otra conducta en el art. 461.2 CP que también puede ser cometida por el profesional de la abogacía en el ejercicio de su profesión, castigada en el mismo Título de los delitos contra la Administración de Justicia, pero en otro capítulo, concretamente en el del falso testimonio.
3. En virtud del principio de retroactividad favorable de la norma penal, reflejado en el artículo 2.2 CP: "No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena (...)".
4. Entre ellas en la propia STS 1/1999, de 31 de mayo, donde se argumentó que: "Todas las conductas comprendidas en el derogado art. 360 estaban sancionadas con penas de suspensión y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, teniendo la pena de suspensión, que en el presente caso sería naturalmente de la profesión de abogado, una duración que podría oscilar entre un mes y un día y seis años, según los arts. 30 y 42 CP 1973. Frente a esta previsión, el delito de deslealtad profesional por imprudencia grave se encuentra castigado, en el segundo párrafo del art. 467.2 CP 1995 con penas de multa de seis a doce meses e inhabilita-

embargo, en mi opinión, la conducta descrita en el art. 467.2 CP, aunque en menor medida que el derogado art. 360 CP de 1973, sigue siendo bastante vaga e indeterminada, pues nada se especifica (más allá de que sea *"manifiesto"*) del perjuicio que ha de producirse en los intereses encomendados, lo que puede dar lugar a interpretaciones desmesuradas del precepto, ampliando injustificadamente sus límites.

Así pues, una de las cuestiones más relevantes de este cambio la encontramos, como podrá comprobarse posteriormente, en que el actual tipo penal de deslealtad profesional del art. 467.2 CP exige que el abogado *"perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados",* a diferencia del antiguo art. 360 CP de 1973, que simplemente (y de forma todavía más imprecisa) requería para su aplicación que el abogado *"perjudicare a su cliente".*

Por otro lado, también resulta de especial importancia, y sobre lo que también se incidirá con posterioridad al tratar el tipo subjetivo del delito objeto de estudio, que el derogado art. 360 CP de 1973 exigía que el abogado actuase *"con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable";* sin embargo, el actual art. 467.2 CP no requiere dicho abuso malicioso del oficio, sino que se limita a establecer un tipo doloso en su párrafo primero, y uno imprudente en el segundo, exigiéndose en este último que la imprudencia sea *"grave"* (por lo cual quedarán excluidas del tipo las imprudencias que hayan de calificarse como menos graves o como leves). A este respecto debe señalarse que, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, hay que distinguir entre imprudencia grave, menos grave y leve: la primera (imprudencia *grave*) se da cuando se infringe el deber de cuidado vulnerando las más elementales reglas de diligencia exigidas en una actividad; en la imprudencia *menos grave* la divergencia entre el cuidado debido y la conducta realizada es menor, pero debe ser de cierta relevancia, porque tras la reforma de 2015 la imprudencia leve no está prevista para ningún delito, por lo que es atípica[5]. Por tanto, en relación con el tipo penal objeto de estudio (deslealtad profesional del abogado del art. 467.2 CP), únicamente pueden castigarse las infracciones del deber de cuidado que vulneren las más elementales reglas de diligencia exigidas en la actividad (en este caso, exigidas en el ejercicio profesional de la abogacía), pues el tipo imprudente solo castiga

---

ción especial para su profesión de seis meses a dos años. Prescindiendo de la pena de multa -que puede ser objeto de una prudencial individualización- es claro que la privativa de derecho establecida en la norma vigente es sensiblemente más suave que la de la norma derogada. Ello nos conduce finalmente a subsumir la conducta del acusado en el párrafo segundo del art. 467.2 CP 1995 y a considerarla constitutiva de un delito de deslealtad profesional por imprudencia grave".

5. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General,* 11ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 269.

la imprudencia grave, dejando fuera del mismo imprudencias menos graves y leves (de hecho, como se ha dicho, estas últimas ya no están previstas para ningún delito). Bajo mi punto de vista, resulta acertado excluir del tipo penal de deslealtad profesional del abogado del art. 467.2 CP la imprudencia menos grave, y a mayor abundamiento la leve, ya que considero que una respuesta penal a todo tipo de imprudencia del abogado que produjese perjuicios manifiestos a los intereses que se le hubieran encomendado resultaría desproporcionada y no estaría justificada, puesto que la misma debe reservarse únicamente para los supuestos más graves e intolerables (como más adelante se incidirá), y no para incriminar cualquier tipo de conducta negligente del profesional de la abogacía, para lo cual ya existen otros mecanismos extrapenales más adecuados y proporcionados; y por ello mismo, incluso puede llegar a ser cuestionable que se castigue penalmente esta conducta imprudente del abogado (aun por imprudencia grave), y no únicamente la dolosa.

3. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA EN VIRTUD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DE LA CUALIDAD DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

El art. 467.2 CP castiga al "abogado o procurador" que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados. Así pues, se trata de un tipo penal de deslealtad profesional donde se requiere como uno de sus elementos integradores que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial[6] (STS 1326/2000, de 14 de julio). Como se ha dicho, este trabajo va a centrarse en la deslealtad profesional del profesional de la abogacía, dejando a un lado todo lo referente al procurador (que también puede ser sujeto activo del mismo); aunque, lógicamente, muchas de las consideraciones que se pondrán de manifiesto a lo largo del mismo pueden ser extrapolables a estos otros posibles sujetos activos del delito de deslealtad profesional tipificado en el art. 467.2 CP.

3.1 Primera restricción: actividades propias, características y definitorias de la abogacía

Por lo que se refiere en concreto al "abogado", tal y como lo refiere el tipo penal objeto de análisis, han de hacerse importantes apuntes por lo que concierne a dicha cualidad del sujeto activo, consistentes, en primer lugar, en que, como pone de manifiesto la STS 680/2012, de 17 de septiembre: "Ese tipo, conocido como deslealtad profesional, es un delito especial, en cuanto requiere una determinada cualidad profesional del sujeto activo. Ahora bien, *eso no se traduce ineludiblemente en que todas las conductas llevadas a cabo por un letrado entren en el ámbito del precepto.* Es necesario que la causación de perjuicios se haya producido como consecuencia precisamente de su actuación como "abogado" y no en tareas ajenas a esa profesión o simplemente concomitantes. A esa deducción se llega desde la consideración del bien jurídico protegido, el devenir histórico del precepto y su

6. A estos efectos, debe señalarse que entre los delitos especiales se distingue a su vez entre delitos especiales impropios, que se corresponden con otro delito común, y delitos especiales propios que carecen de un delito común paralelo. Vid. SOLA RECHE, E. «El tipo del delito de acción doloso», *en Derecho Penal, Parte General, Introducción Teoría jurídica del delito,* Romeo et al. (Coords.), 2ª Edición, Comares, Granada, 2016, p. 124.
Por tanto, concretamente el delito de deslealtad profesional tipificado en el art. 467.2 CP se trata de un delito especial *propio,* al carecer de un delito común paralelo.

encuadramiento sistemático. Es indispensable no solo que el sujeto activo sea abogado, sino además que el comportamiento punible se haya producido en el marco de la relación profesional entre cliente y abogado; no cualquier relación profesional, sino aquella propia de la abogacía. *Cuando un abogado realiza actividades que no son características de tal profesión se sitúa fuera del marco del art. 467".*

3.2 Acotamiento en orden al bien jurídico protegido: el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia

A la anterior conclusión se llega pues en virtud del bien jurídico protegido por el delito en cuestión y el fundamento de su castigo, el cual le ha servido a nuestro TS para acotar las fronteras de lo punible. En este sentido se ha argumentado (en la misma STS 680/2012, de 17 de septiembre) que: *"El delito afecta a la Administración de Justicia.* No supone simplemente vulneración de deberes contractuales entre las partes; ni es una forma de subrayar penalmente la importancia social de unas profesiones. La afectación al funcionamiento de la actividad jurisdiccional es indirecta pero cierta por cuanto que la *deslealtad profesional de abogado y procurador menoscabarán o incluso anularán el derecho a la tutela judicial efectiva*[7]. El bien jurídico protegido no es puramente individual (intereses de los particulares ya protegidos por otros sectores del ordenamiento penal que tutelan patrimonio, honor, intimidad); ni lo es la función social de la Abogacía o la confianza institucional de que debe gozar. Subrayando la vinculación con el bien jurídico *"correcto funcionamiento de la Administración de Justicia"* se encuentra respuesta adecuada a la desigual reacción penal frente al quebrantamiento de las relaciones contractuales entre abogado-cliente y las que ofrece el Código (o con los tipos genéricos o a través de otros sectores del ordenamiento) frente a otras relaciones profesionales (gestores administrativos, notarios, arquitectos, sanitarios, asesores financieros, o incluso asesoramiento jurídico realizado desde la Cátedra v.gr). No se contempla prioritariamente el interés de la parte a una correcta asistencia técnica, lo que solo lejanamente podría afectar a la Administración de Justicia. Si fuese así no se entendería ese asimétrico tratamiento frente a otras profesiones. Ni, por supuesto, se está edificando la tipicidad sobre cualquier actividad profesional, cuando quien la realiza ostenta la condición de abogado en ejercicio. Esto no ha de llevar necesaria e inevitablemente a marginar del tipo penal las conductas de asesoramiento preprocesal, o extraprocesal. Pero sí a *buscar alguna suerte de vinculación con ese bien*

7. Derecho fundamental establecido en el art. 24.1 CE: *"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".*

tutelado que también se encuentra en supuestos de perjuicios causados por un Abogado o Procurador al cliente al margen de su estricta actuación procesal pero conectados con ella de forma indirecta (STS de 1 de abril de 1970 que admitió la tipicidad por actuaciones no procesales, lo que viene a corroborar la STS 709/1996, de 19 de octubre , aunque exigiendo en todo caso que se trate de actividades propias de abogados)". Dicha sentencia concluye que es necesario, en consecuencia, un encargo profesional, es decir que se le "encomienden unos intereses" -en la dicción del art. 467.2- precisamente en su calidad de abogado. Todo ello conllevó en el caso concreto a absolver a un acusado por el delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP cuya actividad desarrollada había sido la de un asesoramiento financiero, actividad encomendada por el cliente que nada tuvo que ver con las funciones específicas de la abogacía; pues, en definitiva, subraya el TS que una actividad extra-jurídica y al margen de lo que es asesoramiento jurídico no puede convertirse en delictiva por la mera condición de abogado del que la desenvuelve, ya que "se debe disociar la actividad de un abogado en el desempeño de esa profesión de otras actuaciones también profesionales pero no definitorias de la abogacía". En este mismo sentido, en el ATS 174/2020, de 6 de febrero, entiende la Sala que el consejo dado por el acusado a su cliente fue de tipo financiero y extrajurídico por lo que su acción no puede convertirse en delictiva por el simple hecho de ser abogado de profesión.

Esta cualidad del sujeto activo es puesta de manifiesto en otras sentencias, por ejemplo la STS 713/2022, de 13 de julio, que incide para la aplicación del delito del art. 467.2 CP en la intervención del acusado en las correspondientes operaciones en su condición de Letrado. En tal caso señala el TS que: "el ahora acusado en su calidad y condición de Abogado, recibió en su día el encargo profesional del denunciante consistente en que *mediara en la compra de una vivienda que quería adquiri*r (...)". El recurrente alegaba en su recurso que "los documentos suscritos lo fueron entre interesados en comprar y vender un inmueble, siendo esta circunstancia claramente extra-procesal", pero el TS hace hincapié en que el acusado actuó en el encargo por razón de su profesión de abogado y en razón de la misma: "el encargo de gestión en la compra del inmueble lo lleva a cabo, consta en los hechos probados, asumiéndolo en su condición de abogado y como intermediario"; y se refiere a esta gestión como "gestión de venta encargando la operación a un abogado por su condición de tal para que, amparado en su confianza por su profesión y por esta misma, pueda llevar a cabo la gestión de la compraventa inmobiliaria (...) la actuación profesional recabada por el perjudicado al recurrente lo fue por su condición de abogado, y así consta en los hechos probados: por razón de su profesión de Abogado, trabó contacto con Nazario, que había sido cliente suyo y quien estaba interesado en la compra de una vivienda en esta ciudad, *asumiendo el acusado, en dicha condición de Abogado y como intermediario, el encargo de*

buscar y adquirir una vivienda para aquel". Sin embargo, a pesar de dicha insistencia por parte del TS en considerar que el acusado había actuado en su condición de abogado, considero que una conclusión como la indicada en esta otra sentencia no se compagina bien con todo lo referido anteriormente, pues no se trata de una actividad (la de mediar en la compraventa de una vivienda) propiamente característica ni definitoria de la abogacía, ni se vería afectado en modo alguno el "correcto funcionamiento de la Administración de Justicia".

En este sentido, e incidiendo en dicho bien jurídico, se manifiesta, por ejemplo, la STS 237/2019, de 9 de mayo, al argumentar que: "En todo caso la gestión encomendada al acusado consistió, según dijeron en el acto de juicio oral, en recuperar los bienes, en el bien entendido que debía serlo de manera que no pudieran ser embargados de nuevo. Por lo tanto, se trataba de una gestión o asesoramiento ajeno al *"correcto funcionamiento de la Administración de Justicia"* pues no se trataba de proteger los intereses de sus clientes ante los Tribunales sino de una gestión que hubiera podido llevarla a cabo cualquier otro asesor económico, financiero o incluso cualquier otra persona acostumbrada en participar en procedimientos de subasta. Por lo tanto, en este caso *el hecho de que el acusado fuera además abogado en ejercicio no determinaría per se que su actuación estuviera sometida a la responsabilidad penal específica prevista en el art. 467.2 del C.P que en cambio no sería exigible a otras profesiones".*

Por lo que concierne al bien tutelado, a mayor abundamiento señala la STS 869/2022, de 4 de noviembre, que: "la específica finalidad de protección que justifica la tipificación de este tipo de conductas se encuentra en la *contribución de esas profesiones (abogacía y procura) al correcto desenvolvimiento de una de las funciones públicas, la jurisdiccional,* sobre la que pueden incidir y en la que desempeñan un papel de primer orden. La conducta desleal debe, por ello, lesionar manifiestamente los intereses encomendados debido al grave incumplimiento de los deberes profesionales, *comprometiendo, así, el funcionamiento de la Administración de Justicia basado en la idea de eficacia mínima de los derechos de las partes a la tutela judicial efectiva"*[8] .

8. Por el contrario, la STS 872/2023, de 23 de noviembre, refirió que el artículo 467.2 del Código Penal "protege la relación de confianza y el compromiso profesional que debe regir la actividad de asesoramiento legal entre abogado y cliente"; sin embargo, dicha conclusión no se compagina bien con la ubicación sistemática del precepto en el Titulo XX del Libro II de nuestro Código Penal (*"Delitos contra la Administración de Justicia"*), ni por tanto, con el fundamento señalado anteriormente, por lo que me parece más acertada la tesis ya señalada que concluye que "el bien jurídico protegido no es puramente individual (...) *ni lo es la función social de la Abogacía o la confianza institucional de que debe gozar",* sino el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia; tal y como se ha venido defendiendo hasta el momento.

3.3 Limitaciones en base a la naturaleza de la encomienda

Ha de señalarse que, como se expresa en la STS 973/2022, de 19 de diciembre, se incorpora todavía una mayor restricción en la definición de los contornos típicos de la responsabilidad penal del abogado que viene determinada por la naturaleza de la encomienda en cuyo ámbito se ha generado el incumplimiento que es fuente del perjuicio ocasionado. En relación con ello, si bien existen precedentes jurisprudenciales en la Sala de lo Penal del TS han considerado incluibles en el tipo penal funciones de asesoramiento preprocesal o extraprocesal[9] (por ejemplo la que acaba de referirse en la STS 713/2022, de 13 de julio, consistente en que el abogado medió en la compraventa de una vivienda, y otras de las ya mencionadas que admitieron la tipicidad para actuaciones no procesales pero sí propias de la abogacía) se argumenta en dicha STS 973/2022, de 19 de diciembre, que para que la deslealtad que origina ese perjuicio alcance significado penal será indispensable una visible proximidad al proceso jurisdiccional, de suerte que la actuación profesional del Abogado, aun cuando no se haya desarrollado en el proceso lo sea "para el proceso", pues es la proximidad a ese espacio de jurisdiccionalidad en el que los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías -cuya defensa instrumental ostenta el profesional de la Abogacía- se manifiestan en su plenitud[10].

A mayor abundamiento, la todavía más reciente STS 69/2023, de 8 de febrero, pone de manifiesto que: "No basta con ser abogado. Ni siquiera con haber sido contratado en razón de esa condición profesional. (...) El delito de deslealtad profesional se encuentra ubicado dentro de los *delitos contra la Administración de Justicia*. Exige, por tanto, una *referencia a una actividad procesal,* aunque no necesariamente requiere un proceso en marcha. No es la cualidad de abogado la que determina la tipicidad, sino singularmente que la deslealtad se produzca en referencia a la tutela judicial, derecho de rango constitucional que también indirectamente un abogado como actor procesal, puede lesionar". En virtud de lo señalado, en esta sentencia se concluye que: "Aquí, son intereses inmobiliarios los que se confían al acusado, sin referencia

9. *Vid.* STS 1135/2009, 20 de noviembre, en la que se señala entre los requisitos precisos para la concurrencia del delito previsto en el art. 467.2 del CP "una relación profesional del Abogado con el perjudicado derivada de la encomienda de intereses, *sin que sea preciso que ello ocurra en el marco de la defensa en un procedimiento judicial".*

10. "Así pues, esta forma de definir el ámbito del injusto comprendido en el art. 467.2 del CP hace entendible, por ejemplo, que los perjuicios derivados de la tardía y extemporánea redacción de una demanda o las consecuencias procesales asociadas a la prescripción originada por el indolente paso del tiempo que impide el acceso a la jurisdicción o la ejecución de lo resuelto, puedan tener, como regla general, pleno encaje en aquel precepto" (continúa indicando dicha STS 973/2022, de 19 de diciembre). De hecho, como se verá posteriormente, los casos de prescripción (junto con los de caducidad) constituyen uno de los supuestos de más fácil percepción del perjuicio manifiesto en los intereses encomendados al profesional de la abogacía exigido por el tipo penal de deslealtad profesional del abogado.

alguna al ejercicio específico de la abogacía concebida en la forma expuesta. *La tarea encomendada desarrollada por el acusado nada tiene que ver con las funciones genuinas de la abogacía.* La condición de abogado no añade penalmente nada a las obligaciones que pudiera tener cualquier otra persona dedicada a la actividad inmobiliaria". En mi opinión, esta restrictiva interpretación resulta mucho más acertada en virtud de su mejor vinculación con el bien protegido por el tipo delictivo (el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia), y sirve para dejar fuera del mismo conductas para las que una respuesta penal podría parecer inadecuada y desmesurada, y además desproporcionada en relación con otras profesiones en las que se llevase a cabo esa otra actividad (por ejemplo, inmobiliaria o de asesoramiento financiero) que no es definitoria ni característica de la abogacía, ya que, en su caso, al no cometerse por un "abogado" no se llegaría ni siquiera a plantear la posible aplicación del tipo penal objeto de estudio, no estando justificada tal desigualdad.

3.4 Colegiados ejercientes como únicos sujetos activos idóneos del delito

Por otro lado, y también por lo que se refiere a la cualidad el sujeto activo, ha sido matizado recientemente por nuestro Tribunal Supremo que ha de tratarse en todo caso de colegiados ejercientes, pues solo a estos corresponde en exclusiva la denominación de abogados. Así pues, la STS 973/2022, de 19 de diciembre, hace hincapié en que estamos ante una estructura típica que sólo tolera como sujeto de la acción a aquella persona que se dedica profesionalmente al ejercicio de la Abogacía. A esta conclusión llega en virtud de las exigencias derivadas del principio de legalidad[11], y subraya que estamos ante un concepto normativo cuyo alcance no puede determinarse prescindiendo de lo que nuestro ordenamiento jurídico entiende por "Abogado". Así pues, según el art. 4.1 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española: *"Son profesionales de la Abogacía quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes (...)".* Es decir, la incorporación al Colegio en calidad de ejerciente constituye uno de los presupuestos *sine qua*

11. Subraya el TS que: "La exigencia de una interpretación estricta del principio de legalidad se deriva, no sólo del mandato impuesto por el art. 9.3 de la Constitución sino de la *conveniencia de limitar, en la medida de lo posible, la fuerza expansiva del Derecho Penal,* ese incontrolado ensanchamiento del poder de castigar al alcance del Estado que está conduciendo a lo que se ha llamado, en expresión bien plástica, el declive inexorable del Derecho Penal. Son muchas las causas que están en el origen de esa multiplicación punitiva que no parece conocer límites. Entre aquéllas ocupa un lugar especial la vaguedad e indeterminación de los tipos penales" (STS 973/2022, de 19 de diciembre). Y, como se ha dicho, el delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP adolece de una notable vaguedad e indeterminación.

non para que el sujeto pueda reivindicar la condición de profesional de la Abogacía. De hecho, a mayor abundamiento, incide el apartado 2 del mismo art. 4 EGAE en que: "Corresponde en exclusiva la denominación de abogada y abogado a quienes se encuentren incorporados a un Colegio de la Abogacía como ejercientes"[12]. Incluso esta idea se puede ver reforzada, argumenta el TS, en el art. 8 del mismo EGAE, que, al referirse a los "colegiados no ejercientes", ni siquiera emplea el vocablo "Abogado"[13].

En definitiva, estas consideraciones conducen al TS de forma inexorable a negar que cuando el art. 467.2 CP castiga como autor de un delito de deslealtad profesional al "abogado" pueda incluirse al colegiado no ejerciente entre los sujetos activos de este delito[14]. Así pues, en virtud de esta interpretación, que como se ha dicho resulta obligada desde la perspectiva del principio de legalidad, rechaza nuestro TS (STS 973/2022, de 19 de diciembre) cualquier interpretación extensiva que ensanche artificialmente los límites de un tipo penal de tan graves consecuencias para quien haga del ejercicio de la Abogacía su profesión[15]. Junto a estas razones se suman otras, sobre las que se hará hincapié posteriormente, relacionadas con la consideración de la norma penal como instrumento de *ultima ratio.*

En conclusión, deben establecerse limitaciones en la interpretación del tipo penal de deslealtad profesional del abogado del art. 467.2 CP en relación con la

---

12. A diferencia de lo dispuesto por el derogado Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que en su art. 9.3 establecía que: *"No obstante, podrán seguir utilizando la denominación de abogado, añadiendo siempre la expresión "sin ejercicio", quienes cesen en el ejercicio de dicha profesión después de haber ejercido al menos veinte años"*. Sin embargo, como se ha visto, esto ya no sucede en el actual EGAE aprobado en 2021, donde, incide nuestro TS, el "Abogado no ejerciente" se convierte en "colegiado no ejerciente", por lo que ya no puede asociarse a la condición de abogado; así pues, si opta por la colegiación como no ejerciente, no podrá ser reputado como Abogado (en ningún caso).
13. Dicho artículo es el relativo a "otras categorías de colegiados", y en ningún momento emplea el término "abogado" para referirse a este tipo de colegiados, pues, como se ha subrayado, corresponde únicamente aquella denominación a quienes se encuentren incorporados a un Colegio de la Abogacía precisamente como ejercientes.
14. Todavía con mayor razón se había venido negando la posibilidad de considerar como sujeto activo de este delito a aquellos que no estuviesen ni siquiera colegiados. Así por ejemplo, en el caso referido en el ATS 1642/2016, de 17 de noviembre: "La condición de delito especial exige que el sujeto activo sea un abogado, para lo que se exige la colegiación en esa calidad ya que sólo es abogado quien pertenece al Colegio correspondiente con tal condición (y además, debería señalarse, en calidad de ejerciente). Es un elemento objetivo del tipo, cuya ausencia - en este caso, la eventualidad probable y fundada de falta de colegiación del acusado - determina la imposibilidad de apreciar la figura delictiva".
15. A diferencia de la conclusión radicalmente opuesta a la que se había llegado por la correspondiente Audiencia Provincial de instancia, que en base a una interpretación gramatical o literal del precepto, así como sistemática, había razonado que "el colegiado no ejerciente sí tiene aptitud para ser sujeto activo del delito de deslealtad profesional del artículo 467.2 del Código Penal". Sin embargo, el TS, aplicando lo ya expuesto al caso, concluye que los daños causados como consecuencia de la asunción del encargo de gestiones jurídicas por parte de un colegiado no habilitado para el ejercicio profesional de la Abogacía han de ser reparados por una vía distinta a la que ofrece el Derecho Penal: el incumplimiento contractual (art. 1544 del Código Civil) o la exigencia de responsabilidad disciplinaria como colegiado no ejerciente (art. 140 EGAE) representan las vías para hacer realidad cualquier pretensión reparatoria de esos daños.

cualidad del sujeto activo (partiendo de que estamos ante un delito especial propio), que ha de ser en todo caso un colegiado ejerciente (quedando excluidos los colegiados no ejercientes, que ni siquiera reciben la denominación de profesional de la abogacía, y, con mayor razón, los no colegiados); y de la naturaleza de la encomienda en cuyo ámbito se haya producido el perjuicio manifiesto para los intereses del cliente (partiendo de que hemos de estar ante una actividad propia, característica y definitoria de la abogacía), ya que, como inciden recientes pronunciamientos jurisprudenciales, debe de realizarse en una actividad, al menos, próxima al proceso jurisdiccional. Todo ello puesto en relación con el bien jurídico protegido por el delito: el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Lo expuesto nos servirá para excluir conductas en las que el correspondiente sujeto no ostente las referidas cualidades, o cuando nos encontremos ante un tipo de encomienda no propia ni definitoria de la abogacía, ni próxima al proceso, o en las que no se afecte en modo alguno al bien tutelado en cuestión.

4. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA EN VIRTUD DEL RESULTADO: PERJUICIO DE FORMA "MANIFIESTA" A LOS INTERESES ENCOMENDADOS

4.1 Delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP como delito de resultado

Una de las cuestiones más elementales del delito de deslealtad profesional del abogado tipificado en el art. 467.2 CP es la que tiene que ver con el resultado exigido por el mismo, y sobre ella versa gran parte de la jurisprudencia existente en torno a la interpretación restrictiva que ha de hacerse del tipo penal, la cual se va a ir poniendo de manifiesto. En primer lugar, ha de señalarse que, por lo que se refiere al perjuicio causado al cliente, si bien el antiguo art. 360 del CP de 1973 castigaba al abogado o procurador que (con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable) *"perjudicare a su cliente",* el actual art. 467.2 CP exige que el perjuicio de los intereses encomendados sea "manifiesto", por cuanto castiga al abogado o procurador que, por acción u omisión, *"perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados"*. Estamos pues ante un delito de resultado: es necesario "desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado" (STS 1326/2000, de 14 de julio), consistiendo el mismo en un perjuicio *"de forma manifiesta"* a los intereses que le fueron encomendados al profesional de la abogacía; siendo este uno de los elementos objetivos del delito en cuestión, como pone de relieve el TS en la referida sentencia al enumerar los elementos integradores del mismo, pues entre ellos está la "causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses que han sido encomendados al profesional".

4.2 Incriminación de las conductas más intolerables: carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal

Es precisamente en relación con dicho "perjuicio manifiesto" donde debe subrayarse que uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta en relación con el tipo penal previsto en el art. 467.2 CP es que en él se incriminan únicamente aquellas conductas más intolerables. Así ha sido puesto de manifiesto por nuestro TS (STS 1326/2000, de 14 de julio) que: "Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la *incriminación de aquellas conductas más intolerables,* desde el plano del ejercicio de las

profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, *por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal*[16], los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarán bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1995 haya adjetivado al "perjuicio" del art. 360 del CP 1973 la mención "perjudique de forma manifiesta" los intereses que le fueren encomendados. Solamente ese plus en la antijuridicidad puede integrar el tipo penal que interpretamos".

Ello ha llevado ineludiblemente a dejar fuera del actual tipo penal conductas en las que no se ha producido ese perjuicio manifiesto en los intereses encomendados al abogado, así, por ejemplo, en el caso de la referida STS 1326/2000, de 14 de julio, donde a pesar de la conducta efectuada por el abogado no se produjo el necesario "perjuicio manifiesto": según los hechos declarados probados el acusado había sido designado como Letrado de la víctima en un procedimiento penal, y le fue dado traslado de las actuaciones para formular escrito de acusación, sin que llegara a presentarlo en tiempo y forma oportunos, por lo que la acusación particular fue tenida por desistida; sin embargo, se celebró juicio oral en el que el MF mantuvo la acusación contra el acusado en dicho procedimiento, el cual fue condenado en sentencia. Considera el TS que no concurre en un caso como el relatado el "plus de antijuridicidad" que integraría en su caso el tipo penal interpretado (art. 467.2 CP): "Ni se produjo perjuicio por falta proposición de alguna prueba, ya que éstas se propusieron por el Ministerio Fiscal, ni por la penalidad impuesta, ya que el Tribunal condenó al autor del hecho, en la forma que el Derecho lo permitía, ni los perjuicios morales de la agresión se produjeron a la menor como consecuencia de la actuación del abogado acusado, sino del condenado en el juicio penal. Cierto es que hubo una actuación omisiva, que fue la falta de presentación de los escritos citados, y su misma inactividad profesional, pero ello constituye el primer elemento del tipo; ahora bien, *tal omisión no es suficiente para su integración penal,* si no concurren los elementos objetivos y subjetivos que se exigen en el mismo. Y si es cierto que hubo un perjuicio para

16. El principio de intervención mínima del DP, derivado de su carácter fragmentario (consistente en que de entre todas las acciones u omisiones que pueden resultar peligrosas o lesivas para los bienes jurídicos, el DP solo sanciona como delito aquellas que se consideran más graves o intolerables; siendo otros sectores del ordenamiento jurídico los que se ocupan de reprimir las formas de comportamiento contra los bienes jurídicos menos peligrosas o menos lesivas, o que se consideran menos graves e intolerables), deviene el uso limitado o restringido que en la práctica ha se hacerse del DP, de modo que constituya exclusivamente un recurso extremo, es decir, que sea operativo ocasionalmente y tan solo cuando resulte estrictamente necesario. Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.Á. «Los principios del Derecho Penal», en Derecho Penal, Parte General, *Introducción Teoría jurídica del delito,* Romeo et al. (Coords.), 2ª Edición, Comares, Granada, 2016, pp. 44 y 45.

los intereses de la defensa que tenía encomendada, tal perjuicio, en el caso sometido a nuestra consideración, en razón de que fueron satisfechos tales intereses por un órgano público, como es el Ministerio fiscal, no resulta "manifiesto", interpretado en el sentido de palpable, patente, palmario, u ostensible, ya que ese *perjuicio manifiesto justifica la intervención del Derecho penal* para corregir la desatención profesional del acusado, abriéndose otras vías reparadoras en caso contrario. Ningún perjuicio se ha determinado en el escrito de interposición de este recurso, (...), sino que no cumplió diligentemente con su obligación profesional".

Del mismo modo, la STS 279/2005, de 9 de marzo, pone de relieve que el art. 467.2 CP incide en que el perjuicio de la acción u omisión sea "manifiesto" en relación con los intereses que le fueron encomendados, y no considera que concurra dicho perjuicio manifiesto en un caso en el que, según los hechos probados, al Letrado de la parte demandante en un procedimiento civil se le indicó mediante providencia que en el plazo de 5 días instase el emplazamiento en un nuevo domicilio aportado, bajo apercibimiento de tenerle por desistida, pese a lo cual no vino a instarse nuevamente dicho emplazamiento, dictándose providencia en la que se tuvo por desistida a la parte demandante de la acción entablada contra la parte demandada, deviniendo firme dicha resolución. Si bien el TS pone de manifiesto que existió una omisión relevante del Letrado, argumenta que en el presente caso la acción frente a la parte demandada ha quedado imprejuzgada, consecuencia del desistimiento, lo que no supone renuncia al derecho y que no pueda volver a ser reproducida en nuevo juicio, pues el desistimiento afecta al proceso, no a la acción.

En definitiva, el mero no cumplimiento de forma diligente de la obligación profesional del abogado no implica *per se* que nos situemos ante el tipo penal en cuestión, sino que es necesario ese "plus de antijuridicidad" que conllevaría el haberse producido un perjuicio manifiesto (que el TS define como "palpable, patente, palmario, u ostensible") en los intereses encomendados al mismo[17], debiéndose incriminar únicamente aquellas conductas más intolerables en virtud del carácter subsidiario y de intervención mínima del DP, por lo que debe acudirse de lo contrario a otras vías reparadora[18].

17. Por ejemplo, en el caso de la mencionada STS 1326/2000, de 14 de julio, alegaba el recurrente que el abogado acusado "no cumplió diligentemente con su obligación, sino que fue negligente en su actividad profesional"; sin embargo, como se ha visto, no es suficiente con la negligencia en la actividad profesional, sino un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados al profesional de la abogacía, que en dicho caso no se había concretado pese a la inactividad del Letrado que dio lugar a que se tuviese por desistida a la acusación particular, pues el MF sostuvo la acusación contra el acusado en aquel juicio resultando este finalmente condenado a pesar de no haberse mantenido la acusación particular por la referida actuación del Letrado. Al no haberse producido ningún perjuicio manifiesto, dicha conducta del abogado, pese a ser negligente, no puede subsumirse en el tipo delictivo de deslealtad profesional del art. 467.2 CP.
18. Así por ejemplo, en la referida STS 1326/2000, de 14 de julio, se indica que se desestima el recurso (por no

Las SSTS 69/2023, de 8 de febrero y 322/2023, de 10 de mayo, inciden en la consideración de la norma penal como instrumento de *ultima ratio*[19], y concluyen que: "Desde este punto de vista, no es suficiente con detectar que la actividad en la que se sitúa el origen del perjuicio haya sido ejecutada por un profesional de la Abogacía. En efecto, una interpretación que conduzca a criminalizar todo acto de deslealtad profesional conduce a la desmesura en la interpretación del art. 467.2 del CP. La idea de que la deslealtad en el ejercicio de la Abogacía puede implicar, sin más, la exigencia de responsabilidad penal no se concilia con la necesidad de reservar un espacio aplicativo al régimen sancionador previsto en el EGAE por Decreto 135/2021, 2 de marzo, en sus arts. 124 a 126. Así pues, no cualquier clase de omisión de los deberes objetivos y subjetivos de cuidado que pudiera identificarse en la conducta del acusado determinaría la responsabilidad penal de éste a título de imprudencia grave. Sería indispensable para ello justificar que dicha actuación e infracción de deberes presenta una entidad relevante, significativa, superior a la no grave (o leve), justificadora de la intervención del ordenamiento penal, por reputarse insuficiente la que el propiamente corporativo (en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria[20]) o civil (en el marco del derecho de reparación) ofrecen".

En relación con ello, la STS 973/2022, de 19 de diciembre, parte de que es indudable que el tratamiento penal de la deslealtad del Abogado, por su proximidad al valor constitucional "justicia" que proclama el art. 1 de la CE, está más que justificado, a diferencia del régimen jurídico que es propio de otros incumplimientos profesionales; así la vigencia de los principios y derechos constitucionales que acoge el art. 24 de la CE no puede entenderse sin la relevante función que nuestro sistema procesal reserva al Abogado (el art. 542 de la LOPJ hace de éste un *cooperador de la Administración de Justicia*), y con mayor proximidad a la riqueza funcional del ejercicio de la Abogacía, el art. 1 del EGAE de 2021 recuerda que mediante su actividad profesional *"se asegura la*

poder subsumirse los hechos en el delito del art. 467.2 CP al no haberse producido un perjuicio manifiesto en los intereses encomendados al abogado), "sin perjuicio de que se ponga en conocimiento esta resolución por el tribunal "a quo" del Colegio de Abogados de Barcelona, a los efectos que procedan"; o en la STS 279/2005, de 9 de marzo, se refiere que aunque la conducta no sea constitutiva del delito en cuestión, ello lo es con independencia de la responsabilidad civil por daños y perjuicios en que pudiese haber incurrido el Letrado.

19. Este principio implica que no se justifica una reacción más grave cuando se puede conseguir el mismo o superior efecto con una reacción menos grave; por eso se recurre a las penas del DP, conforme a su carácter subsidiario, cuando otras formas de resolución del conflicto se tornan insuficientes o ineficaces; en definitiva, ante el menor poder inhibitorio de otras sanciones, que no serían adecuadas o que han fracasado en su función, se recurre a la pena como último remedio por su mayor potencial intimidatorio. Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.Á. «Los principios ...», cit., p. 45.

20. Concretamente es el Capítulo II del Título XI del EGAE el que establece las infracciones y sanciones correspondientes a los profesionales de la Abogacía, dividiéndose en infracciones muy graves (art. 124), graves (art. 125) y leves (art. 126), recogiéndose una serie de sanciones diferentes según el tipo de infracción cometida (art. 127).

efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas". Sin embargo, a pesar de todo lo señalado y en virtud precisamente de la consideración de la norma penal como instrumento de *ultima ratio,* la respuesta penal a los perjuicios causados a los intereses que le han sido encomendados al profesional de la abogacía impone, por consiguiente, algunas restricciones.

4.3 Otras exclusiones: la no consecución del resultado deseado y el control de la disciplina del profesional de la abogacía

En virtud de todo lo indicado, deben excluirse ciertas conductas del tipo delictivo objeto de estudio, tal y como además ha ido subrayando la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Junto a ello debe destacarse que:

- "Deben apartarse del delito aquellas gestiones que, formalmente correctas, no hayan sentido el efecto querido, lo que ocurre diariamente porque *todo juicio es un decir y un contradecir,* y en toda sentencia se rechazan unas posiciones defendidas por un letrado en relación con una de las partes, ya sea demandante o demandado, querellante o querellado, etc." (STS 392/2012, de 16 de mayo). Es decir, es más que evidente que aquella actividad del profesional de la abogacía ejecutada correctamente no puede ser objeto de ningún tipo de reproche, y mucho menos penal, únicamente por no haberse conseguido el resultado deseado por el cliente.
- Por otro lado, y en relación con el bien jurídico protegido referido al inicio del trabajo, la STS 307/2013, de 4 de marzo, señala que: "El tipo penal no puede integrarse por el modo cómo el letrado ejerce su encargo, salvo en casos límite, porque *no es función del derecho penal controlar la disciplina de trabajo de tal profesional,* sino la causación de un perjuicio a su cliente, desde la vertiente de colaborador con la Administración de Justicia, a tenor del bien jurídico protegido que ampara la sanción penal y la ubicación del precepto en la sistemática del Código Penal". Por ende, el DP no puede, como es lógico, servir para controlar la actividad profesional del abogado, debiendo acudirse a él únicamente en aquellos supuestos más extremos (como se ha dicho, las conductas más intolerables) donde se haya producido un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados, y en todo caso teniendo siempre presente el principio de intervención mínima del Derecho Penal y su consideración como instrumento de *ultima ratio.*

4.4 Concurrencia del plus de antijuridicidad: el efectivo perjuicio "manifiesto"

Por otra parte, encontramos otros casos donde sí se ha estimado que concurre ese *plus de antijuridicidad* que colma las exigencias de un perjuicio manifiesto; por ejemplo el resuelto en la STS 307/2013, de 4 de marzo, en el cual la acusada, abogada en ejercicio, recibió el encargo de iniciar ante los Juzgados el correspondiente procedimiento judicial mediante el cual, cada una de las integrantes de un matrimonio, pretendían adoptar al hijo biológico de la otra, y aunque la acusada no presentó ante el Juzgado la demanda al iniciar el referido procedimiento judicial, cada vez que las denunciantes le preguntaban acerca del mismo, les indicaba que ya estaba iniciado y que se encontraba pendiente de que las recibiera el fiscal para su posterior informe, llegando la acusada a citarlas en diversas ocasiones en el Juzgado y a anular posteriormente dichas citas, bajo el pretexto de dificultades de diversa índole del representante del MF que supuestamente debía recibirlas. Ante la desconfianza generada en las denunciantes, éstas decidieron comparecer personalmente ante el Juzgado e interesarse acerca del estado del procedimiento, siendo informadas de que no constaba ningún proceso de adopción iniciado en su nombre. Considera el TS que en este caso nos encontramos ante la existencia de un evidente perjuicio, concretamente un perjuicio moral (que, como se verá posteriormente, también queda incluido en este tipo penal), por la falta de iniciación del proceso, dada la materia sobre la que versaba el mismo, que supone ese plus de antijuridicidad.

La exigencia de ese plus de antijuridicidad es puesta de relieve en un caso muy particular que ha sido atendido por la jurisprudencia de nuestro TS, como es el supuesto de retención de cantidades o de autopago de los honorarios profesionales retenidos por el abogado. En relación con ello, la STS 392/2012, de 16 de mayo, señala que: "Es cierto que cuando solo se efectúa el autopago de la minuta profesional se había venido estimando por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que se está, más bien, ante un delito de apropiación indebida[21] (en tal sentido se pueden citar las SSTS 1749/2002; 150/2003; 117/2007, 1123/2007, ó

21. Nuestro TS ha considerado que no excluye el delito de apropiación indebida la "compensación" de las cantidades adeudadas por el cliente por la minuta del abogado, ya que "debe descartarse cualquier derecho de retención del querellado sobre las cantidades percibidas". En el caso de liquidaciones pretendidas por abogados que simplemente se apropiaron del dinero de sus clientes (bien procedentes de provisiones de fondos, indemnizaciones judiciales o pagos de terceros a ellos destinados) el TS mantiene una línea uniforme de interpretación que considera improcedente que con pretexto de tal liquidación se intenten retener unas sumas a las que no se tiene derecho por voluntad unilateral del letrado. En definitiva, esas cantidades no pueden ser aplicadas por un acto unilateral de propia autoridad a satisfacer las minutas que consideren que les deben ser abonadas, sino que deben ser entregadas en su integridad (al cliente), sin perjuicio de la reclamación que corresponda para hacer efectivo el pago de sus honorarios como Letrado (ATS 845/2012, de 27 de septiembre).

STS 92/2008). Más aún, la STS 1259/2003 en un caso de *exclusivo* autopago de la minuta efectuado por letrado que fue condenado en la instancia como autor de un delito de deslealtad profesional, casó la sentencia variando la calificación jurídica de deslealtad profesional a apropiación indebida. Retenemos de dicha sentencia el siguiente párrafo: "Aunque en una primera aproximación, la acción perseguida pudiera parecer subsumible en cualquiera de los dos tipos penales de referencia, puesto que en ambos se requiere la concurrencia del perjuicio, el segundo -la apropiación indebida- es más específico, ya que contempla una determinada manera de perjudicar, de entre las posibles al alcance de los Tribunales" y se termina haciendo referencia a la regla del art. 8.1º CP -principio de especialidad-". Sin embargo, continúa indicando la STS 392/2012, de 16 de mayo que: "En todo caso lo relevante y de aplicación al presente caso es que el recurrente *además de efectuar un indebido ius retentionis para hacerse pago de su minuta, perjudicó de forma relevante los intereses* de los querellantes que tenía encomendados en relación a las Diligencias Previas 5052/2006 que se tramitaban en el Juzgado de Instrucción nº 8 de Barcelona, con conocimiento y con consentimiento, lo que exterioriza el quebranto del deber de lealtad profesional, por lo que realizó, con toda claridad la acción típica del art. 467.2º CP". Por tanto, cuando además de la mera retención y autopago de los honorarios profesionales se perjudique manifiestamente los intereses encomendados podrá subsumirse la conducta en el delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP, que, como indica el TS en dicha sentencia, ha de desbordar la mera *ius retentionis* o autopago de la minuta. En el caso resuelto por esta sentencia dicho perjuicio manifiesto, concurrente además del mero autopago de la minuta, consistió en que: "omitió toda información a sus clientes del resultado de sus gestiones y del cobro de parte de la indemnización, y *presentó el escrito de renuncia al ejercicio de las acciones en las Diligencias Previas 5052/2006* del Juzgado de Instrucción nº 8 de Barcelona, con lo que se les derivó el *perjuicio de no poder intentar la continuación (...)"*.

En cambio, como se ha dicho, cuando no concurra ese otro perjuicio manifiesto en los intereses del cliente, más allá de la mera retención de cantidades o autopago de los honorarios profesionales, no estaremos ante un delito de deslealtad profesional, sino únicamente de apropiación indebida: "Aunque se apropiara indebidamente de esa cantidad de dinero, desde el momento que realizó correctamente las gestiones para las que fue contratado, no concurre en su actuación profesional como letrado ese plus de reproche preciso para hablar del perjuicio necesario para apreciar el delito de deslealtad profesional, razón por la que procede la absolución respecto del mismo, y ello porque en el delito de apropiación indebida queda abarcada la totalidad de la significación antijurídica de su proceder. El acusado realizó las gestiones que se le encomendaron con éxito; *no hubo, por tanto, para su cliente más perjuicio que ese apoderamiento ilegítimo de unas cantidades,* de ahí la subsunción de este

comportamiento en el delito de apropiación indebida, por lo que, de añadir también una condena más por el de deslealtad profesional, se incurriría, además, en un intolerable *bis in idem*" (reciente STS 207/2022, de 9 de marzo)[22].

Sin embargo, debe destacarse que entre los Acuerdos adoptados en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 16-12-2008, encontramos como primer asunto el relativo a posibles relaciones concursales del delito de deslealtad profesional con los delitos de apropiación indebida y estafa. Según dicho Acuerdo: "I.- El letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 del CP[23], comete delito de apropiación indebida. II.-La aplicación de la agravación prevista en el art. 250.7 del CP[24] se ajustará a las reglas generales. III.- Además cometerá un delito del art. 467.2, en *concurso ideal,* si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado". Por tanto, el delito de apropiación indebida se encontrará en concurso ideal con el de deslealtad profesional del art. 467.2 CP cuando con el mismo hecho se perjudicase (manifiestamente) a los intereses encomendados al profesional de la abogacía, pero ha de producirse en todo caso dicho perjuicio, más allá de la mera apropiación indebida (es decir, del apoderamiento ilegítimo de unas cantidades), para que pueda apreciarse también el delito de deslealtad profesional del abogado (en concurso ideal con aquel), pues dicho perjuicio manifiesto a los intereses del cliente es un elemento típico imprescindible de este. Y, junto a ello, cabe la posibilidad de apreciar un concurso real entre el delito de apropiación indebida y el de deslealtad profesional del art. 467.2 CP en los supuestos en los que ambas infracciones deriven de dos comportamientos distintos (STS 872/2023, de 23 de noviembre)[25].

---

22. Junto a todo lo anterior, ha de señalarse que la retención o apropiación de cantidades correspondientes al cliente y recibidas por cualquier concepto constituye además una infracción *muy grave* del profesional de la abogacía (art. 124.k EGAE), por la que, atendiendo a criterios de proporcionalidad, podrá imponerse disciplinariamente la expulsión del Colegio o la suspensión del ejercicio de la Abogacía por plazo superior a un año sin exceder de dos (art. 127.1 EGAE); y la compensación de honorarios con fondos del cliente que no hayan sido recibidos como provisión, sin su consentimiento, constituye una infracción *grave* del profesional de la abogacía (art. 125.q EGAE), por la que podrá imponerse disciplinariamente la sanción de suspensión del ejercicio de la Abogacía por un plazo superior a quince días sin exceder de un año o multa pecuniaria por importe de entre 1.001 y 10.000 euros (art. 127.2 EGAE).
23. Actualmente es el art. 253 CP el que tipifica el delito de apropiación indebida.
24. Dicha agravación se prevé actualmente en el art. 250.1.6ª CP, y consiste en que el delito de estafa o se apropiación indebida: *"Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional".* Y, en relación precisamente con el delito de apropiación indebida, argumenta nuestro TS que la mera relación de abogado y cliente, en dicho delito, no es suficiente para afirmar que concurra tal agravante específica, sino que se requiere algo más, que evidencie ese aprovechamiento de la credibilidad profesional (STS 964/2008, de 23 de diciembre). Por tanto, no cabe aplicar de forma automática siempre y en todo caso esta agravante específica de credibilidad profesional al delito de apropiación indebida únicamente por la mera existencia de la relación abogado-cliente, sino que ha de evidenciarse el aprovechamiento de tal credibilidad.
25. Así por ejemplo, en el caso resuelto en el ATS 597/2005, de 21 de abril, según los hechos probados el perjudicado (el cliente) entregó al acusado (abogado) dos cheques para pagar el principal, intereses y costas,

Por ello, cabe concluir, como así se hace por la reciente STS 872/2023, de 23 de noviembre que "La antijuridicidad inherente al comportamiento consistente en que el abogado se apropie de las indemnizaciones económicas que le fueron entregadas para transferir a su cliente, *desborda el bien jurídico que ampara el delito de deslealtad profesional,* para lesionar muy específicamente el patrimonio del beneficiario y, con ello, el ámbito del derecho objeto de protección por el tipo penal de la apropiación indebida. Lo expuesto determina que *cuando la única lesión que se genera al cliente es la patrimonial* y deriva directamente de la desleal apropiación por el letrado de unos fondos que pertenecían a su representado, el acto apropiatorio recoge toda la antijuridicidad de ambas conductas. No obstante, dado que ambos tipos penales requieren la concurrencia de un perjuicio, el artículo 253 CP muestra una mayor especificidad, al contemplar una determinada manera de perjudicar al cliente de entre todas las que se muestran posibles o al alcance de un abogado o procurador; lo que, en definitiva, determina la aplicación del primero de los delitos referenciados, y la exclusión del artículo 467.2 del Código Penal, de conformidad con el artículo 8.1[26] del mismo texto legal (SSTS 259/2003, de 3 de octubre ó 92/2008, de 31 de enero). En el presente supuesto, como sostiene la sentencia de instancia, la apropiación del dinero que se sanciona abarcó la significación antijurídica del delito de apropiación indebida y, por no haber generado para el cliente más perjuicio que el patrimonial, *no determinó ninguna otra lesión del bien jurídico protegido por el delito de deslealtad profesional,* justificando con ello la punición de los hechos enjuiciados conforme con el primero de los tipos penales, al reflejarse en el relato de hechos probados que la gestión letrada se llevó correctamente hasta la conclusión de los procedimientos judiciales cuya defensa le había sido encomendada (...)". Así pues, a esta conclusión se llega, acertadamente, en virtud del bien jurídico afectado por la conducta en cuestión (apropiación de

cuyos importes, sin embargo, no fueron depositados en la cuenta de consignaciones del Juzgado (sino que fueron incorporados a su propio patrimonio), de manera que el Juzgado acordó sacar a pública subasta la finca embargada, de lo que se enteró el perjudicado posteriormente, una vez adjudicada la misma. En base a ello, concluye el TS que el abogado "ha realizado dos acciones diferentes, entre las que no hay una relación de medio a fin, subsumibles en los tipos penales de apropiación indebida y deslealtad profesional, que concurren, no idealmente, sino realmente". Sin embargo, a mi juicio, no estamos ante dos acciones diferentes, sino ante un único comportamiento (no depositar los importes en la cuenta de consignaciones del Juzgado, incorporándolos a su propio patrimonio) que constituye ambos delitos, al haberse apropiado de esas cantidades y al haber producido un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados (por haber salido la finca a pública subasta y sido adjudicada), por lo que nos encontraríamos más bien ante un concurso ideal y no real. Y lo mismo sucedería, en mi opinión, en el caso descrito en la STS 649/2020, de 1 de diciembre, donde el abogado incorporó a su patrimonio provisiones de fondos solicitadas a la cliente y recibidas para el pago de procurador y periciales médicas que nunca llegaron a realizarse, por lo que la conducta del abogado, al no encargar ni, por ende, presentar los informes médicos en el procedimiento contencioso determinó que se perdiera la oportunidad de obtener una resolución de fondo sobre el asunto de responsabilidad patrimonial de la Administración por negligencia médica; en cuyo caso sí que se condenó por un delito de apropiación indebida en concurso ideal (no real) con uno de deslealtad profesional.

26. El art. 8.1ª CP recoge el principio de especialidad, al disponer que: *"El precepto especial se aplicará con preferencia al general".*

unas cantidades correspondientes al cliente), que sería en todo caso el patrimonio (protegido en el delito de apropiación indebida) y no el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (protegido en el delito de deslealtad profesional). Por ello, como puede observarse, la previa identificación del bien tutelado por el delito de deslealtad profesional, tal y como se ha realizado al comienzo del presente trabajo, es sumamente importante para ir resolviendo diversas cuestiones problemáticas que se pueden plantear en torno al mismo, en este casos sus relaciones concursales con otros delitos.

Por otro lado, podemos encontrar otro tipo de casos donde existe un evidente perjuicio manifiesto a los intereses encomendados al profesional de la abogacía, como es, en mi opinión, el supuesto aludido en el ATS de 14 de abril de 2005. En él el abogado defensor del acusado en un procedimiento penal decidió no aportar pruebas de descargo en un procedimiento penal por un delito de apropiación indebida (concurriendo el subtipo agravado de especial gravedad), y de su actuación cabe destacar que había una persona que estaba citada para comparecer como testigo de la defensa pero el propio abogado le dijo que no acudiese a dicho llamamiento, a cuyo efecto le ordenó que fuese a un complejo hospitalario solicitando atención; y del mismo modo no propuso para el acto de juicio oral las declaraciones de ciertos testigos que podrían haber tenido una gran importancia en el descargo de las acusaciones formuladas, tratándose en definitiva de elementos de descargo sumamente relevantes para la defensa del acusado, que hubiesen tenido importantísima eficacia para la defensa de quien luego resultara condenado (a la pena de 3 años y 9 meses de prisión y multa de 8 meses, con una cuota diaria de 18 euros e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a indemnizar a la correspondiente empresa en la cantidad de 478.393,48 euros, y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular). En un caso como el referido, el perjuicio a los intereses encomendados al profesional de la abogacía es manifiesto, al llegar el cliente del Letrado a ser condenado (en los referidos términos, que ponen todavía más de manifiesto la notoriedad del perjuicio) en un procedimiento penal por la incomprensible actuación de este, teniendo por tanto cabida, a mi juicio, en el tipo penal de deslealtad profesional del abogado.

Otros casos de existencia de un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados serían, por ejemplo, aquellos donde, debido a la actuación del letrado, se impide al cliente alcanzar un pronunciamiento jurisprudencial respecto a su pretensión (quedando, por tanto, claramente menoscabado en estos casos el derecho a la tutela judicial efectiva, sobre cuya protección se ha incidido anteriormente). Entre ellos encontramos el resuelto por la STS 833/2006, de 24 de julio, en el que el cliente contrató los servicios de abogado

del acusado, con el fin de reclamar la entrega de un trastero recibiendo de éste sólo excusas para justificar la tardanza en la tramitación del procedimiento, llegando a entregarle una fotocopia de una supuesta sentencia del Juzgado por la que se condenaba a la demandada a pagar al cliente la cantidad a acreditar en ejecución de sentencia, así como una fotocopia de una supuesta providencia, hasta que se enteró que el procedimiento nunca se interpuso. En este caso, alegada por el recurrente (el abogado condenado por delito de deslealtad profesional) indebida aplicación del artículo 467.2 CP, sobre delito de deslealtad profesional, en base al argumento de que no se han perjudicado "de forma manifiesta", como dicho precepto requiere, los intereses del cliente del acusado, concluye el TS, a mi juicio acertadamente, que resulta indudable la concurrencia de ese requisito típico del manifiesto perjuicio para quien estuvo pendiente de su reclamación de entrega de un trastero y, por ende, sin poder hacer uso de él o, *al menos, alcanzar un pronunciamiento judicial al respecto,* durante ese tiempo, por la inactividad del recurrente.

Junto a ellos, encontramos otros casos ciertamente similares, por su afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, donde debido a la conducta del abogado se imposibilita el derecho a recurrir una resolución judicial. Por ejemplo, cabe señalar el tratado en la STS 194/2015, de 31 de marzo, en el cual la recurrente había sido la abogada de la denunciante en unas Diligencias Previas en las que se había denunciado un hecho que pudiera ser constitutivo de un delito sexual; actuaba, pues, como tal abogada en defensa de los intereses de su cliente, y su conducta consistió, según los hechos probados, en no comunicar a su cliente que el Juez había acordado el sobreseimiento provisional de las actuaciones, transcurriendo el plazo previsto legalmente para la interposición de recurso (no recurriendo tampoco el MF la resolución judicial). En dicho supuesto argumentó el TS que el perjuicio consiste, precisamente, en la imposibilidad de interesar la continuación de las investigaciones mediante la interposición de los recursos pertinentes, imposibilidad que resulta de la actitud pasiva y desinteresada de la recurrente, que no realizó ninguna actuación procesal y ni siquiera comunicó a su cliente la decisión judicial. Así pues, se concluye que el perjuicio existe de forma clara cuando *se imposibilita a la parte el ejercicio del derecho que le asiste a recurrir una decisión judicial* exponiendo sus razones. Sin embargo, matiza el TS que es posible que pueda excluirse cualquier perjuicio típico en los casos en los que se acredite que, aun apareciendo éste inicialmente a causa de la imposibilidad de realizar una cierta actuación procesal, el planteamiento de ésta sería, en todo caso, tan arbitrario que resultaría *"absolutamente inaceptable",* pero no es lo que considera que ocurrió en este caso. Por tanto, en aquellos casos donde el planteamiento sí que pudiera calificarse de absolutamente inaceptable debe excluirse la existencia del propio "perjuicio", y por tanto la conducta no sería típica.

4.5 La naturaleza del perjuicio

Junto a todo lo anterior, cabe indicar que, por lo que se refiere a la propia naturaleza del perjuicio que exige el tipo penal, además de que el mismo sea "manifiesto", señala nuestro TS (STS 1326/2000, de 14 de julio) que el mismo ordinariamente es patrimonial (o puede tener una traducción en este orden), pero puede también ser moral. En el mismo sentido la STS 89/2000, de 1 de febrero, señala que la dicción legal del tipo no parece exigir necesariamente que el perjuicio haya de ser evaluable económicamente, pues basta que se trate de una desventaja, quebranto, daño o detrimento notorio de los intereses del cliente[27]. Del mismo modo, la STS 392/2012, de 16 de mayo incide en que el perjuicio (existente de forma manifiesta) no tiene que ser necesariamente económico. Así se ha incluido también dentro del concepto de perjuicio manifiesto "la comprensible angustia, inseguridad, desconfianza y desánimo por el transcurso del tiempo y en las legítimas expectativas que no se concretaban" (STS 897/2002, de 22 de mayo); pudiendo llegar a subsumirse en el tipo penal del art. 467.2 CP "la pasividad profesional prolongada consistente en la simple no presentación de una demanda judicial cuando se puede y debe hacer, con la idea de poner fin a un problema acuciante, con los consiguientes inconvenientes y molestias" (STS 916/2022, de 23 de noviembre). Sin embargo, considero que ha de recalcarse que los perjuicios morales han de constituir un perjuicio que pueda calificarse en todo caso como "manifiesto", no entrando dentro de dicho concepto cualquier "inconveniente" o "molestia", pues en otro caso no sería adecuada una respuesta penal al comportamiento del correspondiente letrado, reservada para las conductas más graves e intolerables.

Por otro lado, se ha señalado que el perjuicio no tiene por qué ser irreparable (STS 2173/2001, de 16 de noviembre).

Resulta muy interesante la STS 897/2002, de 22 de mayo, resumiendo la jurisprudencia del TS en torno a esta cuestión: "El precepto a aplicar no

27. Sin embargo, llama poderosamente la atención que dicha sentencia continúe indicando que "incluso, sería admisible a los efectos de interpretar los términos del precepto, la creación de un peligro concreto para los intereses de la parte de la que el Letrado asiste y defiende". Considero que dicha tesis no resulta en modo alguno admisible, pues es evidente que no nos encontramos ante un delito de peligro, sino ante un delito de resultado, en el que es absolutamente imprescindible la irrogación de un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados al profesional de la abogacía, no bastando un mero peligro concreto para los mismos. En aquel sentido, y con cita de dicha sentencia, se expresa la STS 916/2022, de 23 de noviembre: "Basta que se trate de una desventaja, quebranto, daño o detrimento notorio de los intereses del cliente en el ámbito de la Administración de Justicia e *incluso sería admisible la creación de un peligro concreto para los intereses de la parte a la que el letrado asiste y defiende".* Sin embargo, como se ha dicho, esta conclusión no resulta admisible, pues ha de existir en todo caso un efectivo perjuicio manifiesto a los intereses encomendados al profesional, y no la creación de un peligro concreto para los mismos, al encontrarnos ante un delito de resultado (consistente precisamente en dicho perjuicio) y no uno de peligro.

concreta la clase de daño, ni que el sufrido sea o no irreparable. Esta Sala tiene acuñado un concepto de perjuicio, que excede del patrimonial. No es necesario, a su vez, que se pueda cuantificar con criterios precisos[28]. Veamos algunas de las resoluciones de esta Sala que así lo establecen (...)". Por otra parte, en relación con el alcance del perjuicio y su interpretación como elemento configurador del tipo, continúa indicando la misma sentencia que: "1) Es necesario que la actuación profesional produzca el resultado de malograr los intereses encomendados. Consecuentemente deben excluirse como perjuicios económicos los basados en el cobro de honorarios, en cuanto no son los resultados que el tipo penal protege. 2) El perjuicio del interés encomendado es de fácil apreciación en supuestos de prescripción o caducidad[29], cuando el afectado se ve en la imposibilidad de reclamar ya el derecho, por haber decaído definitivamente su ejercicio por el transcurso del tiempo. 3) No es tan fácilmente detectable cuando se atribuye a una actuación profesional defectuosa o injustificadamente desacertada. En estos casos se produce una evidente dificultad de acreditar si el pronunciamiento judicial adverso es o no consecuencia de la deficiente actuación profesional".

Por otra parte, las SSTS 279/2005, de 9 de marzo, y 1135/2009, de 20 de noviembre, entre otras, inciden, como es lógico, en que el perjuicio ha de seguirse *necesariamente* de la conducta del Abogado, es decir, es *imprescindible* que el resultado perjudicial haya sido imputable *exclusivamente* al Letrado. De hecho, la segunda de las sentencias referidas concluyó la atipicidad de la conducta del acusado en base a que no constaba que el perjuicio se debiera exclusivamente a su actitud, ya que existían dudas de la

28. En el caso resuelto en el ATS 1616/2014, de 9 de octubre, el Tribunal valora el perjuicio moral sufrido por la perjudicada, por la inquietud y zozobra que presumiblemente ha sufrido durante la estéril espera a que el abogado planteara, primero su divorcio, que afecta a su situación personal, y después la reclamación por despido, que es sin duda una situación angustiosa para la vida de una persona, y por esa ansiedad y frustración de la víctima se fija una indemnización de 3000 euros. Argumenta el Tribunal Supremo que en lo que se refiere a los perjuicios morales, la ansiedad y estrés que la querellante debió sufrir *se infieren del propio devenir de las actuaciones,* y dado que el padecimiento del agraviado es lo que constituye el objeto de la indemnización, se considera adecuada su fijación, así como la cuantía, que dado el tiempo transcurrido y las consecuencias producidas, algunas de ellas como la caducidad de la acción, de naturaleza irreversible, no pude calificarse de desproporcionada.

29. Así por ejemplo, en el mismo supuesto que se acaba de referir, resuelto en el ATS 1616/2014, de 9 de octubre, donde el acusado se comprometió a presentar demanda por despido improcedente, una vez intentada sin efecto la conciliación, y sin embargo dejó caducar la acción; la perjudicada se puso en contacto con él en varias ocasiones, preocupada porque se les pudiera pasar el plazo, y comunicándole que sus antiguos compañeros de trabajo ya habían obtenido sentencias favorables y mayor indemnización, y el acusado se limitó a tranquilizarla y decirle que la justicia era lenta. En un caso como el referido, es evidente, y así lo entiende la Sala de lo Penal del TS, que la falta de la presentación de la demanda perjudica manifiestamente los intereses que le encomendaron: "resulta patente, no ya la desatención y abandono del letrado recurrente en relación a la diligente llevanza del asunto que la querellante le había encomendado, sino que con conocimiento de los perjuicios que su omisión iba a causar y con consentimiento, al menos con una indiferencia total, siendo cabal conocedor de las consecuencias, omitió presentar la demanda y permitió que caducara la acción de despido". En suma, en este tipo de supuestos el perjuicio manifiesto a los intereses encomendados es notorio, siendo fácilmente apreciable.

"exclusividad causal de su comportamiento". También cabe destacar a estos efectos lo resuelto en la STS 237/2019, de 9 de mayo: "(...) la primera solicitud presentada fue inadmitida por el Juzgado de lo Mercantil de Lleida al rechazar la acumulación de las solicitudes de concurso que se promovieron, y la segunda se inadmitió debido a los defectos procesales que presentaba. En cuanto a esta segunda añade el Tribunal que *se extravió por el propio Juzgado, de manera que hubo una grave e importante dilación, de más de cuatro años, desde su interposición hasta su resolución,* afirmando que "ahora bien, aunque hubiera sido exigible una mayor diligencia en el seguimiento y en la reclamación de aquel procedimiento también lo es el que esta desidia o falta de cuidado no es suficiente para derivar de ella una deslealtad profesional, penalmente relevante, puesto que *el motivo principal de aquella dilación fue debido al incorrecto funcionamiento del propio Juzgado, que precisamente extravió la solicitud de concurso voluntario.* Por lo tanto, aun cuando en este primer momento pudiera detectarse algún indicio que permitiera apreciar un deficiente ejercicio en la actividad profesional que desempeñaba el acusado como abogado, sin embargo no se observa una conducta intolerable ni un plus de antijuridicidad que precisamente conforman el concepto de deslealtad profesional que constituye la conducta típica de la que se derivaría una eventual responsabilidad penal". Es decir, cuando no es imputable el perjuicio únicamente al abogado, sino también, por ejemplo, al incorrecto funcionamiento del propio juzgado, se excluye la existencia de un delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP.

La STS 91/2016, de 17 de febrero, señala, como no puede ser de otra manera, que el perjuicio "manifiesto" se ha de interpretar en relación con la entidad del perjuicio, y que no se identifica a su vinculación *patente y notoria* con la actividad u omisión del letrado o procurador, sino, como se ha dicho, a la propia entidad del perjuicio ocasionado. Además, la misma sentencia, en cuanto al momento de consumación del delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP indica que este se consuma lógicamente cuando se produce la efectiva lesión. En base a ello, resulta muy interesante la conclusión a la que llega esta sentencia, pues la parte perjudicada había alegado que nos encontrábamos ante un delito continuado de deslealtad profesional del abogado, pero el TS pone de manifiesto que: "Los actos del Letrado, *aunque fueren plurales,* a través de los diversos escritos en las diversas fases del procedimiento, en deterioro de los intereses encomendados por el cliente en un mismo proceso, donde lógicamente el perjuicio se concreta en la sentencia que deviene firme (piénsese que pudiera darse el caso de que la actuación del profesional fuera perniciosa, pero aun así, la resolución fuere favorable para los intereses del cliente, colmando sus previas expectativas); en *modo alguno pueden integrar diversas infracciones delictivas* que aisladamente consideradas antes del pronunciamiento de la sentencia, colmen el tipo del

467.2; eventualmente integrarían meros actos de tentativa, pero las fracciones que integran de un mismo *iter,* en su adición no generan delito continuado, pues aún no se ha producido ni siquiera una infracción típica consumada (...) La actividad típica se configura por la acción u omisión del Abogado que perjudique (de forma manifiesta) los intereses que le fueron encomendados; y en autos *sólo media un perjuicio* para los intereses procesales encomendados en el litigio de menor cuantía referenciado; el que se produce con la sentencia definitiva; no es prorrateable el perjuicio a cada escrito o actuación de letrado, ni siquiera procesalmente es dable afirmar que todos y cada uno de los escritos y actuaciones profesionales del Letrado en ese proceso, fueran necesarios para determinar ese perjuicio; pero tampoco que cada acción conllevara una intensificación cuantitativa del injusto típico ni adicionara un escalón o incrementara el perjuicio manifiesto que luego acaeció; sino que toda la actividad del Letrado en el proceso de menor cuantía, en claro perjuicio de su cliente, integró la "acción" típica descrita, única normativamente, sin viabilidad de escisión en diversas unidades típicas de acción, pues no resulta posible colmar la conducta típica al menos dos veces, ni siquiera escindiendo naturalísticamente el comportamiento del Letrado, lo que imposibilita normativamente la concurrencia de un delito continuado".

Es decir, en aquellos casos donde se ha producido un único perjuicio a los intereses encomendados al profesional de la abogacía, y este se produzca, como ocurre en este caso, con la sentencia definitiva una vez deviene firme (momento en el que se entenderá consumado el delito, al ser en el que se produce la efectiva lesión), no es posible alegar la existencia de un delito continuado por el mero hecho de que el letrado haya llevado a cabo en ese mismo procedimiento diversas actuaciones, como puede ser la presentación de diversos escritos a lo largo de las sucesivas fases del procedimiento, pues todo ello integra la existencia de una sola infracción típica. Consecuentemente, en casos como el relatado no concurre un delito continuado. De forma similar, en la STS 137/2016, de 24 de febrero, se incide en que el delito se consuma cuando se produce efectivamente la lesión, y se argumenta que: "En el caso de nuestra casación existe una pluralidad de actos que evidencia la deslealtad, las provisiones de fondos, los actos de conciliación los sucesivos "trámites judiciales ... llegando a concurrir en los interesados y testigos...", los informes sobre la buena marcha de la causa judicial, incluso haber obtenido una sentencia favorable a sus intereses; las reclamaciones sobre la entrega de la sentencia, los requerimientos directos y por vía del Colegio de abogados... etc. hechos que van sucediendo desde 1998 hasta 2008, interponiendo la denuncia por estos hechos en mayo de 2009. No se trata de un delito continuado, ni de un delito permanente sino de una *pluralidad de actos que son los determinantes de la deslealtad típica cuya*

prescripción se inicia con el último acto"[30]. Diferente, por tanto, es el caso de la STS 125/2019, de 12 de marzo, en el cual según los hechos probados, y como destacó el MF, el acusado interpuso diez demandas civiles contra diversos medios de comunicación, que se repartieron ante distintos Juzgados, que se tramitaron independientemente en sendos procedimientos, y que se frustraron por el abandono o la mala actuación del recurrente, desistiendo de las pretensiones en unos casos, renunciando a la acción en otros o recibiendo sentencias desfavorables por su inaceptable actuación, pero en todos los casos con perjuicios de contenido económico para la víctima, como fueron la condena en costas en todos los procedimientos reseñados. Por todo ello en un caso como este, manifiestamente diferente a los relatados previamente, sí que concurre el delito continuado de deslealtad profesional del abogado.

30. En este mismo sentido, por lo que se refiere a la prescripción del delito de deslealtad profesional, señala la STS 341/2020, de 22 de junio, que: "hay que tener en cuenta que hay una pluralidad de actos que son los determinantes de la deslealtad típica cuya prescripción se inicia con el último acto, ya que la prescripción comienza cuando el delito termina, y en consecuencia el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico".

5. TIPO SUBJETIVO

Por último, cabe hacer un breve análisis sobre el tipo subjetivo del delito objeto de estudio, resaltando algunas de las cuestiones más relevantes a tener en cuenta. En primer lugar, debe destacarse que, si bien en el art. 360 del CP de 1973 se exigía que el abogado o procurador hubiera actuado *"con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable"*; el actual delito de deslealtad profesional previsto en el art. 467.2 CP distingue en sus dos párrafos un tipo doloso y uno imprudente (donde se castiga únicamente la "imprudencia grave"). Cabe señalar que en el art. 360 del CP de 1973 se preveía la misma pena en todos los casos, lo que indica nuestro TS (STS 1/1999, de 31 de mayo) que no dejaba de ser una extraña anomalía, mientras que en el actual art. 467.2 CP nos encontramos con dos tipicidades castigadas con penas diversas: la dolosa, para la que lógicamente se reserva una pena mayor, y la culposa que se integra *"si los hechos fueran realizados por imprudencia grave"*.

Por otro lado, también subraya el TS la distinta forma como ha sido definido el tipo doloso en la norma derogada y en la vigente, debido al empleo en el antiguo tipo penal del adjetivo *"malicioso",* no incluyendo el precepto vigente dicho término ni ninguno otro que se le parezca, a pesar de lo cual es evidente que el tipo descrito en él es de naturaleza dolosa puesto que el culposo aparece singularizado en el párrafo siguiente (art. 467.2 párrafo segundo). Así pues, concluye nuestro TS en la referida STS 1/1999, de 31 de mayo, que estas distintas definiciones del tipo doloso nos ponen de relieve que mientras en el previsto en el viejo art. 360 el dolo del autor de este delito tenía que ser directo -pues no otra cosa significa la *malicia*- en el previsto en el actual art. 467.2, párrafo primero, no es preciso que tenga aquella nota diferenciadora pudiendo ser también eventual. Por lo que se refiere al dolo eventual, este es caracterizado por nuestro TS (STS 916/2022, de 23 de noviembre) de la siguiente forma: "Habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un *peligro concreto elevado* para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando, asintiendo o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta"; y en relación con el delito de deslealtad profesional: "Las acciones y omisiones acometidas someten consciente y voluntariamente a la víctima-cliente a situaciones peligrosas, la frustración manifiesta de los intereses de defensa profesional encomendados, que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico ni lo prevea como consecuencia necesaria. Siendo así que el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, (...)

pues, en efecto, en el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado"[31]. Junto a ello cabe destacar, como así lo hace nuestro TS, que el dolo eventual es del todo equiparable al dolo directo o intencional en cuanto al merecimiento del castigo aplicable.

Por tanto, como se ha referido, para poder estimar la concurrencia del dolo eventual debe existir un *"peligro concreto elevado"* para el bien jurídico protegido en cuestión (en este caso para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia); y, en todo caso, es exigible en el autor la *conciencia o conocimiento del riesgo elevado* de producción del resultado que su acción contiene (STS 805/2021, de 20 de octubre). Es decir, en el mismo: "la intención no puede ser afirmada, pero se estima que obra con dolo (eventual) quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca, aceptándolo o resultándole indiferente" (STS 732/2006, de 3 de julio). Por tanto, no podrá estimarse la concurrencia de dolo eventual en cualquier caso, sino únicamente en aquellos en los que exista dicha elevada probabilidad y el sujeto activo la conozca y actúe a pesar de ello. A esta posibilidad de comisión del delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP con dolo eventual se alude en numerosas ocasiones. Así la STS 1326/2000, de 14 de julio, requiere entre los elementos integradores del tipo penal: un comportamiento doloso, en el que *debe incluirse el dolo eventual,* o bien un comportamiento culposo, en el que concurra imprudencia grave. Del mismo modo, la STS 392/2012, de 16 de mayo destaca entre los elementos del tipo en cuestión que es suficiente con un dolo eventual (y, por supuesto, la negligencia o culpa para la que el último párrafo del art. 467.2 prevé una respuesta menor si media una imprudencia grave)[32].

---

31. *Vid.* la referida STS 916/2022, de 23 de noviembre, en cuanto a la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente.

32. En dicho caso, el recurrente impugnó la aplicación en la sentencia de instancia del art. 467.2 CP, de deslealtad profesional, "por ausencia en su acción del dolo específico que vertebra tal delito", sin embargo, pone de manifiesto nuestro TS que el precedente legislativo del actual delito de deslealtad profesional referido a procurador o abogado está constituido por el art. 360 del CP de 1973, tal y como se ha explicado con anterioridad, que incluía en la definición del tipo la nota de "con abuso malicioso de su oficio", sin embargo, ha de subrayarse que tal nota no existe en el actual tipo, y esta omisión es relevante, porque actualmente es suficiente con el dolo eventual, sin que se requiera un dolo directo y reduplicado que en el antiguo art. 360 CP estaba presente en la exigencia de concurrencia de "abuso malicioso". En relación con dicho dolo eventual señala que: "En el presente caso resulta patente no ya la desatención y abandono del letrado recurrente en relación a la diligente llevanza del asunto que los querellantes le habían encomendado, sino que *con conocimiento de los perjuicios que su acción y también omisión iba a causar y con consentimiento, al menos con una indiferencia total que no le impidió continuar con su acción y omisión, siendo cabal conocedor de las consecuencias (...)".*

Además, debe destacarse que es necesario en todo caso una conducta dolosa o con imprudencia (que pueda ser calificada como grave) , por tanto, no basta con la mera producción de un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados al abogado. Así se refiere en la STS 194/2015, de 31 de marzo, que: "Por otro lado, el tipo requiere la conducta dolosa o bien la imprudencia grave. Por ello, el mero hecho de que transcurran los plazos previstos legalmente para ejercitar los derechos del cliente, lo que puede deberse a múltiples razones, *no resultaría típico si no concurre dolo o imprudencia grave*"[33] .

Por lo que se refiere a la propia imprudencia, ya se ha incidido al comienzo del trabajo en que la misma, para poder subsumir la correspondiente conducta en el tipo penal del art. 467.2 párrafo segundo CP, ha de poder ser calificada como "grave", es decir, que se trate de una infracción el deber de cuidado que vulnere las más elementales reglas de diligencia exigidas en el ejercicio profesional de la abogacía, al haberse excluido del tipo, acertadamente, la imprudencia menos grave y la leve (desaparecida esta última del CP con carácter general en 2015).

Un caso muy particular e interesante a efectos del estudio del tipo subjetivo es el que encontramos en la STS 322/2023, de 10 de mayo, en el que el cliente del abogado expresamente acepta la estrategia propuesta por este conociendo aquel el riesgo de imposición de las costas a su cargo. En este supuesto comienza el TS señalando que la circunstancia de que el cliente *conociera* la estrategia diseñada por su Letrado o la de que éste actuara siempre con el propósito de velar por los intereses de aquella no excluiría, per se, la existencia de dolo por lo que al artículo 467.2, primer párrafo CP respecta; sin embargo, en el caso resuelto por dicha sentencia, no es solo que el cliente del ahora acusado hubiera sido oportunamente informado por éste de la estrategia que, en defensa de sus derechos, aquel se proponía implementar y de las causas que la recomendaban, sino que, además, el cliente expresamente aceptó dicha estrategia "conociendo el riesgo de imposición de las costas a su cargo", lo que excluye rotundamente que el acusado actuara en manifiesto perjuicio de los intereses que le fueron encomendados, con conciencia de que dicho grave perjuicio podría llegar a producirse y, con indiferencia hacia el mismo (o juzgándolo altamente probable), lo aceptara para el caso de que llegara a producirse. En suma, el abogado informó de la decisión a su cliente, de las razones que la justificaban y de los riesgos que con ella se arrostraban; y éste la aceptó. Por ello, concluye el TS que no puede considerarse que el perjuicio económico efectivamente producido al cliente pueda resultar imputable a

33. Partiendo de que el propio art. 5 CP establece que: "No hay pena sin dolo o imprudencia". Por ello mismo, incide la STS 322/2023, de 10 de mayo, en que por descontado, no se trata, y no podría tratarse, de una figura delictiva desvinculada de cualquier aspecto subjetivo.

título de dolo, aun eventual, al acusado (abogado), pues no nos hallamos ante la asunción unilateral por parte del Letrado de un riesgo desproporcionado o sin fundamento alguno de que fueran manifiestamente perjudicial para los intereses de su cliente, desinformado de dichos riesgos o sin poder comprenderlos, resultado que aquel hubiera aceptado para el caso de que se produjera. Por otro lado, junto a ello, además de excluir la actuación dolosa (aun a título eventual) por parte del letrado, tampoco considera el TS que tal conducta pueda calificarse como una imprudencia *"grave"* del abogado (tipificada en el párrafo segundo del art. 467.2 CP): "en el caso, lo cierto es que la propia decisión de quien ahora recurre, asumiendo el riesgo de que le fueran impuestas las costas procesales de seguirse la estrategia diseñada por su Letrado, a cambio de los beneficios que con ella procuraba obtener: una respuesta más ágil a sus pretensiones, expulsa el posterior retraso en la presentación del escrito desistiendo del primer procedimiento, en los términos que han sido ya expuestos, del ámbito propio de la imprudencia grave"[34].

34. Un ejemplo de trascurso de plazos previstos legalmente para ejercitar los derechos del cliente en el que sí que concurriría dolo es el relatado en la STS 137/2016, de 24 de febrero, en el que el abogado aparentó haber interpuesto una demanda judicial, fingió la realización de un juicio y haber obtenido una resolución favorable a los intereses de los que le contrataron, por lo que se perjudicaron los intereses de los denunciantes, que vieron cómo transcurrió el tiempo sin haber podido interponer la demanda y reclamación que interesaron del abogado. Así considera el TS, acertadamente, que en este caso el abogado actuó con dolo al conocer perfectamente que no se había interpuesto demanda ni se había obtenido resolución favorable alguna.

CONCLUSIONES

I. El derogado art. 360 del CP de 1973 castigaba al abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión; yuxtaponiéndose así hasta tres infracciones de distinta naturaleza y gravedad en que podían incurrir dichos sujetos. Este precepto constituye el precedente legislativo del actual art. 467.2 CP de 1995, que castiga como delito de deslealtad profesional (entre los delitos contra la Administración de Justicia), al abogado o procurador que perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, y está conformado por un tipo doloso (párrafo primero) y otro imprudente (párrafo segundo); mientras que el descubrimiento de secretos realizado por profesional ha pasado, acertadamente, a constituir un tipo autónomo tipificado en el art. 199.2 CP, entre los delitos contra la intimidad (protegiendo, por tanto, un bien jurídico diverso a aquel).

II. El delito tipificado en el art. 467.2 CP, a pesar de que el TS considere que es más preciso y respetuoso con el principio de legalidad, continúa describiendo la conducta de perjudicar (aunque especifique que sea "de forma manifiesta") de un modo un tanto vago e indeterminado, lo que podría dar lugar a interpretaciones muy amplias del precepto. Por ello han de precisarse ciertas restricciones en orden a la delimitación del tipo penal en cuestión, en base a diversos criterios, pues de otro modo se ensancharían desmesuradamente sus límites.

III. En primer lugar, podemos realizar una interpretación restrictiva en virtud del bien jurídico protegido por el delito y de la cualidad de su sujeto activo. Así pues, si bien el delito de deslealtad profesional se trata de un delito especial (propio), por cuanto únicamente pueden ser sujetos activos del mismo los abogados y procuradores, por lo que se refiere concretamente al profesional de la abogacía eso no se traduce ineludiblemente en que todas las conductas llevadas a cabo por el mismo entren dentro del ámbito del precepto, pues el comportamiento ha de llevarse a cabo en la realización de actividades características y propias de la abogacía, no ajenas o concomitantes, quedando estas últimas al margen de dicho tipo penal. Por tanto, la actividad no puede convertirse en delictiva por la mera condición de profesional de la abogacía del que la desenvuelve, debiendo quedar fuera del tipo penal

actuaciones no definitorias de la abogacía (como puede ser, por ejemplo, un asesoramiento financiero). A esta conclusión se llega en virtud del bien jurídico protegido por el delito de deslealtad profesional del abogado (junto a su devenir histórico y su encuadramiento sistemático), lo que nos permite acotar las fronteras de lo punible: el delito afecta al "correcto funcionamiento de la Administración de Justicia". Ha de subrayarse que lo castiga este delito es una afectación al funcionamiento de la actividad jurisdiccional, aunque sea indirecta, por cuanto la deslealtad profesional puede menoscabar o anular el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la abogacía contribuye al correcto desenvolvimiento de la función pública jurisdiccional, y sobre ella puede incidir y desempeñar un papel de primer orden. En suma, lo que ha de comprometerse es el funcionamiento de la Administración de Justicia, basado en la idea de eficacia mínima de los derechos de las partes a la tutela judicial efectiva.

IV. Recientes sentencias han incorporado todavía una mayor restricción en la definición de los contornos típicos de este delito determinada por la naturaleza de la encomienda en cuyo ámbito se haya producido el perjuicio: es indispensable una visible proximidad al proceso jurisdiccional, es decir, que la actuación del profesional de la abogacía, aun cuando no se haya desarrollado en el proceso, lo sea "para el proceso". Por tanto, aunque no necesariamente se requiera un proceso un marcha, se exige algún tipo de proximidad a una actividad procesal, pues la deslealtad ha de producirse en referencia a la tutela judicial.

V. Por otro lado, y en virtud de las exigencias derivadas del principio de legalidad, el "abogado" para poder ser sujeto activo del tipo penal objeto de estudio ha de ser en todo caso un colegiado ejerciente, pues solo a estos corresponde en exclusiva la denominación de "profesional de la abogacía" (art. 4.1 y 2 EGAE). Así pues, la incorporación a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejerciente constituye uno de los presupuestos *sine qua non* para que el sujeto pueda ser considerado como profesional de la abogacía y, por tanto, sujeto activo idóneo de este tipo penal.

VI. Por otra parte, deben tenerse en cuenta ciertas limitaciones en virtud del resultado exigido por el tipo penal. A este respecto, si bien en el antiguo art. 360 CP de 1973 se exigía como resultado que el abogado o procurador "perjudicare a su cliente", el actual art. 467.2 CP exige, más estrictamente, que se perjudiquen "de forma manifiesta" los intereses que les fueren encomendados. Estamos pues ante un delito de resultado, y precisamente en relación con dicho resultado (perjuicio de forma

manifiesta), debe subrayarse que el tipo penal de deslealtad profesional del art. 467.2 CP incrimina únicamente aquellas conductas más intolerables, en virtud del carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho Penal. Solamente cuando concurra ese plus en la antijuridicidad se podrá subsumir la correspondiente conducta en el tipo penal en cuestión, lo que ha llevado ineludiblemente a dejar fuera del mismo aquellas que no han producido ese perjuicio "de forma manifiesta" en los intereses encomendados exigido por el tipo. Ese perjuicio manifiesto ha de interpretarse en el sentido de palpable, patente, palmario u ostensible, y es precisamente el que justifica la intervención del Derecho Penal, abriéndose otras vías reparadoras en caso contrario, tales como la responsabilidad disciplinaria del profesional de la abogacía (en virtud de lo dispuesto en el EGAE) o la responsabilidad civil ante la jurisdicción de dicho orden.

VII. Por todo ello, el mero incumplimiento de forma diligente de la obligacion profesional del abogado no implica per se la existencia de un delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP, siendo necesario aquel plus de antijuridicidad constituido por un perjuicio que se pueda calificar como "manifiesto". En definitiva, ha de incidirse en la consideración de la norma penal como instrumento de *ultima ratio,* en virtud del cual no es posible criminalizar todo acto de deslealtad profesional, siendo necesario reservar un espacio aplicativo al régimen sancionador previsto en el EGAE o al régimen de la responsabilidad civil del profesional de la abogacía.

VIII. Por otro lado, y como es evidente, deben quedar fuera del tipo penal objeto de análisis (y de cualquier tipo de reproche) aquellas gestiones que, siendo formalmente correctas, no hayan conseguido el resultado deseado por el cliente. Además, debe subrayarse que no es función del Derecho Penal controlar la disciplina de trabajo del profesional de la abogacía, debiendo acudirse a él en aquellos supuestos más extremos donde concurran los elementos que se han ido desarrollando.

IX. Podemos encontrar ciertos casos donde sí que se ha estimado que concurre ese plus de antijuridicidad que colma las exigencias de un perjuicio manifiesto. Y concretamente, dicha exigencia es puesta de relieve en el caso particular de retención de cantidades o autopago de honorarios profesionales retenidos por el abogado, pues cuando solo se efectúa ese autopago o retención nos encontramos únicamente ante un delito de apropiación indebida (art. 253 CP), sin embargo, cuando además del indebido *ius retentionis* se perjudiquen manifiestamente los

intereses encomendados estaremos además ante un delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP, que exige ese plus de reproche que debe desbordar la apropiación indebida de unas cantidades, pues de lo contrario toda la significación antijurídica de su proceder quedaría abarcada por el delito de apropiación indebida. Ello es lógico teniendo en cuenta que en dichos casos no se generaría al cliente más perjuicio que el patrimonial, es decir, no se produciría ninguna lesión del bien jurídico protegido por el delito de deslealtad profesional. En relación con ello, en virtud del primer asunto tratado en los Acuerdos adoptados en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 16 de diciembre de 2008, el delito del art. 467.2 CP se cometerá en concurso ideal con el de apropiación indebida si con el mismo hecho se perjudicara a los intereses que le fueron encomendados. También cabe la posibilidad de apreciar un concurso real entre el delito de apropiación indebida y el de deslealtad profesional del art. 467.2 CP en los supuestos en los que ambas infracciones deriven de dos comportamientos distintos.

X. Un grupo de casos donde podría estimarse la existencia de un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados está formado por aquellos donde, debido a la actuación del letrado, se impide al cliente alcanzar un pronunciamiento jurisprudencial respecto a su pretensión, o aquellos donde se imposibilita el derecho a recurrir una resolución judicial (a excepción de los supuestos donde el planteamiento pudiera calificarse de absolutamente arbitrario e inaceptable); quedando en estos casos claramente menoscabado o anulado el derecho a la tutela judicial efectiva.

XI. Por lo que se refiere más concretamente a la naturaleza del perjuicio, este además de ser manifiesto (lo cual ha de interpretarse en relación con la entidad del perjuicio), puede ser patrimonial pero también moral, por lo que no necesariamente ha de ser evaluable económicamente. El perjuicio no tiene por qué ser irreparable, ni es necesario que se pueda cuantificar con criterios precisos. Además, el perjuicio ha de seguirse necesariamente de la conducta del Abogado, es decir, es imprescindible que haya sido imputable exclusivamente al Letrado.

XII. El delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP se consuma cuando se produce la efectiva lesión. En aquellos casos donde se ha producido un único perjuicio a los intereses encomendados al profesional de la abogacía no es posible alegar la existencia de un delito continuado por el mero hecho de que el letrado haya llevado a cabo en un mismo

procedimiento diversas actuaciones, como puede ser la presentación de distintos escritos a lo largo de las sucesivas fases del procedimiento, pues todo ello integra la existencia de una sola infracción típica. En estos casos la prescripción del delito se iniciaría con el último acto.

XIII. Por lo que concierne al tipo subjetivo, si bien en el art. 360 CP de 1973 se exigía que el abogado o procurador hubiera actuado **"con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable"**, estableciéndose de forma anómala una única pena en todos los casos; el actual delito de deslealtad profesional previsto en el art. 467.2 CP distingue en sus dos párrafos un tipo doloso y otro imprudente (que incrimina únicamente la "imprudencia grave"), castigados con penas diversas. El tipo doloso de la norma vigente no incluye el término "malicioso" ni otro similar, por lo que, a diferencia del precepto derogado (en el que el dolo tenía que ser directo), en el art. 467.2 CP se admite el dolo en su modalidad eventual. El dolo eventual radica en el conocimiento o conciencia del peligro concreto elevado que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual el sujeto continúa realizando la conducta, aceptando el resultado (en este caso, el perjuicio manifiesto en los intereses encomendados) o resultándole indiferente. Por tanto, actualmente es suficiente con la concurrencia de un dolo eventual, pero en los citados términos: elevado índice de probabilidad de producción del resultado y conocimiento o conciencia del mismo que no impide la realización de la conducta. En cuanto al tipo imprudente, únicamente se incrimina en este delito la imprudencia "grave", quedando fuera del mismo la menos grave y la leve (desaparecida esta última con carácter general del CP); por tanto, ha de tratarse de una infracción del deber de cuidado que vulnere las más elementales reglas de diligencia exigidas en el ejercicio profesional de la abogacía.

XIV. En definitiva, conforme a todo lo expuesto, deben acotarse las fronteras de lo punible en relación con el delito de deslealtad profesional previsto en el art. 467.2 CP, de acuerdo a todos los criterios expuestos por la jurisprudencia de nuestro TS, que permiten evitar el ensanchamiento de los límites de un tipo penal que debe ser interpretado de forma restrictiva, y que únicamente podrá ser aplicado cuando concurran todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) tal y como han ido siendo explicados a lo largo del trabajo, pues no puede criminalizarse toda conducta del profesional de la abogacía que produzca perjuicios en los intereses encomendados al mismo. En base a todo ello, ha de descartarse una interpretación excesiva y desmesurada del precepto que amplíe injustificadamente sus límites, al abrirse otras vías reparadoras

más adecuadas y proporcionadas para aquellas conductas que no merecen una respuesta penal.

XV. Esta delimitación tiene importantes efectos prácticos, y una notable trascendencia en el ejercicio práctico de la profesión de la abogacía, que han de ser conocidos y tenidos muy especialmente en cuenta por las relevantes repercusiones que puede implicar, al constituir la respuesta penal la más grave de las que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, 11ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., y BOLDOVA PASAMAR, M. Á., (Coords.), Derecho Penal, Parte General, *Introducción Teoría Jurídica del Delito,* 2ª Edición, Comares, Granada, 2016.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

STS 1/1999, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:1999:3806)

STS 89/2000, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2000:615)

STS 1326/2000, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2000:5848)

STS 2173/2001, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2001:8941)

STS 897/2002, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3635)

STS 1259/2003, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:5965)

STS 279/2005, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1469)

STS 732/2006, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4036)

STS 802/2006, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4409)

STS 833/2006, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4579)

STS 431/2008, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2008:3992)

STS 964/2008, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:7500)

STS 1135/2009, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7193)

STS 392/2012, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3763)

STS 680/2012, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:5969)

STS 307/2013, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:2428)

STS 194/2015, de 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1429)

STS 91/2016, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:595)

STS 137/2016, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:640)

STS 125/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:749)

STS 237/2019, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1489)

STS 341/2020, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2835)

STS 649/2020, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:3999)

STS 805/2021, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3781)

STS 207/2022, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:904)

STS 713/2022, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3044)

STS 869/2022, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:3982)

STS 916/2022, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4391)

STS 973/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4845)

STS 69/2023, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:365)

STS 322/2023, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:1887)

STS 872/2023, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5074)

Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

ATS de 14 de abril de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:16392A)

ATS 597/2005, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2005:4752A)

ATS 845/2012, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:9974A)

ATS 1616/2014, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:8798A)

ATS 1642/2016, de 17 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:11082A)

ATS 174/2020, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:1258A)

XIII EDICIÓN

2025

TRABAJOS GALARDONADOS

Primer premio XIII Edición, 2025 254

LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LOS ESCRITOS E INFORMES ELABORADOS POR LOS ABOGADOS
Paula Refojo Otero

Segundo premio XIII Edición, 2025 294

ENTRE LA EDAD Y LA MADUREZ: REVISIÓN CRÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MENORES DE EDAD COMO AUTORES DE DELITOS GRAVES EN ESPAÑA
Fernanda Puente Córdova

Tercer premio XIII Edición, 2025 334

EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL LITIGIO ESTRATÉGICO. ESPECIAL MENCIÓN A LOS LITIGIOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
Paula Pérez García

La problemática de la propiedad intelectual sobre los escritos e informes elaborados por los abogados.

PAULA REFOJO OTERO

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA

Paula Refojo Otero

Universidad de Santiago de Compostela

Primer premio

XIII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2025

Resumen

La protección por medio de la propiedad intelectual de los escritos e informes elaborados por los profesionales de la abogacía es una materia que, pese a su trascendencia, no ha sido objeto de un tratamiento doctrinal y jurisprudencial exhaustivo. Se trata, además, de un tema de actualidad que ha motivado el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia en el mes de enero del año 2024 y, con anterioridad, de la Audiencia Provincial de Salamanca en el mes marzo del año 2017.

Habida cuenta de ello, el objeto del presente trabajo consiste en el estudio de las principales cuestiones que suscita esta materia, en especial, en relación con el nacimiento de la protección y las implicaciones de la utilización de los sistemas de inteligencia artificial; la autoría de la obra, así como la titularidad y el alcance de los derechos a que da lugar la propiedad intelectual.

Palabras clave: escrito, informe forense, propiedad intelectual, creación literaria o científica, forma de expresión, originalidad, autoría, inteligencia artificial, contribución humana relevante, cesión, límites.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN **258**

2. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL **259**
- 2.1. NORMATIVA APLICABLE 259
- 2.2. ANTECEDENTES 261
- 2.3. NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN 263
- 2.4. LAS IMPLICACIONES DE LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS ESCRITOS E INFORMES ELABORADOS POR LOS ABOGADOS 273
- 2.5. AUTORÍA, TITULARIDAD Y ALCANCE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL 282

3. CONCLUSIONES **288**

4. BIBLIOGRAFÍA **290**
- 4.1. OBRAS DOCTRINALES 290
- 4.2. PÁGINAS WEB 292
- 4.3. JURISPRUDENCIA 292

1. INTRODUCCIÓN

La profesión de la abogacía se erige como un pilar fundamental en el Estado social y democrático de Derecho. De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del artículo primero del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo (EGAE, en adelante) [1], su contenido viene constituido por la labor de asesoramiento, consejo y defensa de los derechos e intereses públicos y privados; en aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas. Tales funciones se ejercen a fin de salvaguardar la concordia, así como la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

En el desempeño de sus funciones, los abogados elaboran escritos muy variopintos entre sí: desde aquellos que, prima facie, se redactan extramuros de la vía administrativa y judicial (v. gr. dictámenes, contratos, requerimientos...); hasta los que se confeccionan en el seno de las actuaciones seguidas ante la Administración o ante los órganos jurisdiccionales (solicitudes en materia de jurisdicción voluntaria, demandas, contestaciones a la demanda, querellas, escritos de acusación y defensa, escritos de interposición de recursos; etc.).

De igual modo, en el ejercicio de la profesión, los abogados también protagonizan intervenciones orales tales como los informes o las conclusiones; entre otros.

Habida cuenta de ello, el objeto del presente trabajo consiste en examinar la salvaguardia de estas creaciones por medio de la propiedad intelectual[2], con especial atención a aquéllas que se elaboran en el marco de un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional. Asimismo, se identificarán y examinarán las principales particularidades de los escritos e informes elaborados en este ámbito y su incidencia en su protección por medio de los derechos de autor.

Se trata de una cuestión tradicional que, lejos de ser baladí y pese a no haber sido objeto de un análisis exhaustivo hasta la fecha, ha emergido con especial intensidad en la actualidad. Sin ir más lejos, la Audiencia Provincial de Valencia se ha pronunciado sobre esta cuestión en el mes de enero del pasado año 2024[3].

1. BOE núm. 71, de 24/03/2021.
2. A lo largo del presente trabajo se utilizará la expresión "propiedad intelectual" como denominación específica de los derechos de autor; a diferencia de lo que acontece en el derecho anglosajón e incluso en algunos tratados internacionales que otorgan esta denominación, de forma omnicomprensiva, a los derechos de a autor y a los que integran la propiedad industrial.
3. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:1).

2. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. NORMATIVA APLICABLE

El análisis de esta cuestión ha de principiar por la identificación, sin ánimo de exhaustividad, de las principales normas que configuran el régimen de la propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, son varios los convenios internacionales que disciplinan está cuestión. En este ámbito, el marco normativo de protección está conformado, fundamentalmente, por los siguientes instrumentos:

- El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas [4].
- La Convención Universal sobre los Derechos de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1971[5].
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996[6].
- El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, en adelante)[7].

En segundo lugar, en el seno de la Unión Europea se ha llevado a cabo una labor de armonización parcial en materia de derechos de autor. A tales efectos, se han promulgado trece directivas y dos reglamentos, con el propósito de aminorar las discrepancias nacionales y garantizar que la protección se dispense en grado tal que promueva la creatividad y la inversión en esta última[8]. Entre ellas, cabe destacar:

- La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los

4. Gaceta de Madrid, núm. 115, de 25/04/1933, págs. 618 a 623. BOE, núm. 81, de 04/04/1974, págs. 6885 a 6889.
5. BOE, núm. 13, de 15/01/1975, págs. 858 a 862.
6. BOE núm. 148, de 18/06/2010, págs. 52061 a 52089.
7. BOE núm. 20, de 24/01/1995, págs. 2206 a 2206.
España se encuentra entre los Miembros de la Organización Mundial del Comercio desde el 1 de enero de 1995. En su seno, se elaboró el Acuerdo sobre los ADPIC que constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece aquélla.
8. COMISIÓN EUROPEA, "Legislación de la UE en materia de derechos de autor", Web oficial de la Unión Europea, 15/11/2024, https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/copyright-legislation (consultada por última vez el 03/07/2025).

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva InfoSoc, en adelante)[9].

- La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Directiva MUD, en adelante)[10].

En tercer lugar, en el seno del derecho interno, la propiedad intelectual se regula, esencialmente, a través del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI, en adelante)[11]. Con todo, ha de considerarse la existencia de otras normas en la materia como son, en lo que aquí interesa, el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual (vigente parcialmente)[12] y el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto 611/2023, de 11 de julio (RRPI, en adelante)[13].

En suma, esta somera exposición normativa ha de clausurarse destacando que la única referencia a las creaciones elaboradas por los abogados como objeto de la propiedad intelectual se encuentra en la mención que el artículo 10.1.a) TRLPI efectúa expresamente respecto de los "informes forenses".

Habida cuenta de ello, el hilo conductor del presente trabajo estará constituido por dos grandes elementos: las disposiciones del TRLPI y la jurisprudencia dictada en esta materia. En cuanto a esta última, son especialmente relevantes la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017[14] y la ya citada SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024. Todo ello sin perjuicio de las menciones que, en su caso, resulten procedentes respecto de las demás normas y pronunciamientos.

---

9. DO L 167, de 22/06/2001, págs. 10 a 19.
10. DO L 130, de 17/05/2019, págs. 92 a 125.
11. BOE núm. 97, de 22/04/1996.
12. Gaceta de Madrid núm. 250, de 06/09/1880.
13. BOE núm. 166, de 13/07/2023.
14. ECLI:ES:APSA:2017:170.
La Audiencia Provincial resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia que desestima la demanda de infracción de los derechos de autor sobre un escrito de demanda, presentado sobre la base del supuesto de hecho que a continuación se expone.
La demandante suscribió un contrato de colaboración con el codemandado para la prestación de sus servicios profesionales como abogada. Con anterioridad al inicio de su relación profesional, la actora había elaborado un borrador de un escrito de demanda de un asunto propio relacionado con la violación del derecho fundamental a la igualdad en el reconocimiento de títulos universitarios extranjeros. Al respecto, la demandante solicitó al codemandado que ejerciese su defensa en el marco del procedimiento ordinario a que daría lugar aquél escrito iniciador. Este último, tomó como punto de partida la versión preliminar elaborada por aquélla para, en el lapso aproximado de una semana, obtener el escrito de demanda definitivo. Con posterioridad, la actora registró el antedicho escrito en el Registro de la Propiedad Intelectual como creación de doctrina científica.
En sede de apelación, el objeto del procedimiento se centra en delimitar si los escritos profesionales de los abogados forman parte del objeto de la propiedad intelectual y, en tal caso, si así ocurriese respecto del concreto asunto, si ha existido una vulneración, por plagio, de los derechos de autor existentes sobre la obra.

2.2. ANTECEDENTES

Con carácter preliminar al examen de esta materia desde la perspectiva de la legislación vigente, resulta apropiado hacer una breve mención al tratamiento que le ha dispensado la normativa precedente.

En este sentido, el TRLPI es fruto de la incorporación al ordenamiento jurídico español del contenido de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines[15]; en especial, con respecto a las disposiciones de la precedente Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI, en adelante)[16], hoy derogada por aquél.

A su vez, la LPI derogó la legislación vigente hasta el momento en la materia; legislación previa dentro de la cual resultan de interés las previsiones de la Ley de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual[17] y, en particular, lo dispuesto en su artículo 16 que, encabezando la rúbrica "Pleitos y causas"[18], acogía dos grandes ideas.

Por una parte, atribuía a las partes la propiedad sobre los escritos presentados a su nombre en el seno de un pleito o causa, cualquiera que fuese. No obstante, condicionaba el ejercicio de la facultad de publicación sobre los antedichos escritos a la obtención, con carácter previo, del permiso del órgano jurisdiccional sentenciador. Una vez la resolución por la que se decidiese la causa o litigio fuese firme, el tribunal concedería la correspondiente autorización; siempre y cuando la publicación no comportase, en sí misma, inconvenientes, ni ocasionase perjuicio alguno a las partes.

Por la otra, el indicado precepto consagraba de forma expresa la facultad de los profesionales de la abogacía de coleccionar los escritos o defensas que hubiesen autorizado; supeditando, de nuevo, su ejercicio, a la obtención de permiso por parte del tribunal y, cumulativamente, del consentimiento de la parte correspondiente.

Lo dispuesto en este precepto fue desarrollado en el artículo 12 del Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual, cuyo contenido es, en esencia, el que sigue.

---

15. DOCE núm. 290, de 24/11/1993, págs. 9 a 13.
16. BOE núm. 275, de 17/11/1987.
17. Gaceta de Madrid núm. 12, de 12/01/1879, págs. 107 a 108.
18. Este mismo rótulo acogía, junto con el artículo 16, otros dos preceptos (artículos 17 y 18). En su virtud, la publicación de copias o extractos de litigios fenecidos requería la preceptiva autorización por parte del órgano jurisdiccional sentenciador. La decisión de este último no era recurrible, y, si fuesen varios quienes hubiesen solicitado el permiso, el tribunal podía, en atención a las circunstancias concurrentes, concederlo a unos y a otros no; así como imponer las limitaciones que considerase oportunas.

En primer lugar, la antedicha disposición preveía que la utilización del derecho consagrado en los artículos 16 a 18 LPI correspondía tanto a las partes litigantes, como a sus letrados; a quienes se refería expresamente.

En segundo lugar, aludía a determinados elementos a los que habría de atender el tribunal sentenciador a la hora de decidir sobre el permiso solicitado; y que consistían en (1) el interés público o (2) el interés de las familias, o (3) lo dispuesto en el artículo 947 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal[19].

En tercer y último lugar, el referido artículo 12 del Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual consagraba la obligación de dar audiencia al Ministerio fiscal y a las partes interesadas para decidir sobre la concesión o denegación del permiso; siempre y cuando aquél fuese o hubiese sido parte en el pleito o causa de que se tratase.

Habida cuenta de que la LPI derogó íntegramente la Ley de 10 de enero de 1879, lo dispuesto en el artículo 12 de su Reglamento de ejecución en relación con el artículo 16 de aquélla, ha de entenderse carente de eficacia y de toda posibilidad de aplicación; aun cuando formalmente siga en vigor[20].

En suma, tal y como indica CADARSO PALAU[21], los preceptos examinados y, muy especialmente, el artículo 16 de la Ley de 10 de enero de 1879, supusieron la consagración, aún de forma indirecta y restringida, de la propiedad intelectual sobre los escritos e informes forenses elaborados por los profesionales de la abogacía.

De un lado, su reconocimiento era indirecto en la medida en que se articulaba por medio de la sola mención a una de las múltiples facultades correspondientes al autor sobre la obra.

Del otro, las limitaciones inherentes a esta consagración venían determinadas tanto por su coexistencia con el dominio que la parte ostentase sobre tales

19. Esta remisión ha de entenderse referida a la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal aprobada por Real Decreto de 16 de octubre de 1879. Al respecto, hemos de partir de lo establecido en su artículo 946, en cuya virtud se preveía la publicación de las sentencias en las que se declarase haber lugar o no al recurso de casación en la Gaceta de Madrid y en la Colección legislativa. Empero, el artículo subsiguiente preveía limitaciones en la publicación de estas resoluciones cuando se dictasen en causa seguida por cualquiera de los delitos, contra la honestidad y contra el honor, contenidos en los Títulos IX y X del Libro II del Código Penal de 1870. Las indicadas restricciones consistían en la supresión de los datos y las circunstancias que pudiesen revelar la identidad de las partes u otras personas involucradas; así como el órgano jurisdiccional que hubiese fallado el asunto. De igual modo, la Sala se encontraba expresamente facultada por este precepto para ordenar, en la propia resolución, su no publicación cuando, en atención a circunstancias especiales, apreciase que ello comportaría una ofensa a la decencia pública.
20. Recuérdese que el TRLPI únicamente derogó de forma expresa los artículos 22 a 40 del indicado Reglamento. En este sentido: CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", Revista Galega de Administración Pública, núm. 35, septiembre-diciembre 2003, págs. 73 y ss. (74).

21. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 74.

escritos[22], como por el control judicial que se preveía con carácter previo al ejercicio de la facultad referenciada.

2.3. NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN

Identificada la normativa aplicable y referidos sucintamente sus antecedentes inmediatos, el punto de partida de este análisis no puede ser otro que el estudio de los requisitos necesarios para el nacimiento de la protección por medio de la propiedad intelectual de las intervenciones orales y escritas efectuadas por los profesionales de la abogacía.

2.3.1. El objeto de la propiedad intelectual

El articulado del TRLPI se inicia con la proclamación del hecho generador de la propiedad intelectual en los siguientes términos: *"(l)a propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación"* (artículo 1).

Lo dispuesto en este precepto debe ponerse en relación con el contenido del artículo 10 del mismo texto legal. En virtud de su apartado primero, el objeto de la propiedad intelectual está constituido por *"todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro"*.

A continuación, para mejor comprensión de este concepto general, el precepto contiene una enumeración meramente ejemplificativa de creaciones que quedan incluidas en aquél. Así lo ha reconocido la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 253/2017, de 26 de abril de 2017[23].

Habida cuenta de ello, para que una creación pueda acceder a la protección que confiere la propiedad intelectual es imprescindible que concurran en ella, cumulativamente, dos grandes requisitos: (1) que se trate de una creación literaria, artística o científica y (2) que revista originalidad.

Con carácter previo al análisis de las antedichas exigencias, cabe destacar que únicamente resultan protegibles las creaciones humanas. Así viene a confirmarlo, aun indirectamente, el artículo 5.1 TRLPI, al proclamar que la autoría

22. La propiedad que la parte ostenta sobre los escritos presentados a su nombre no se circunscribe al soporte material, sino que alcanza su contenido inmaterial; en la medida en que es a ella a quien se reconoce expresamente la facultad de publicación, y quien ha de consentir el ejercicio de la facultad de colección por parte del abogado.

23. ECLI:ES:TS:2017:1644.
En particular, en el apartado primero de su Fundamento de Derecho Noveno, indica que "(e)l art. 10.1 TRLPI, que enumera una serie de tipos de obras protegidas objeto de la propiedad intelectual sin incluir la edificación o construcción, no tiene carácter exhaustivo sino meramente enunciativo (...)".

sobre la obra corresponde a la persona natural que la haya creado[24]. Esta cuestión se abordará con mayor detalle a propósito de la utilización de la inteligencia artificial en la preparación o elaboración de las intervenciones orales o escritas por parte de los profesionales de la abogacía.

2.3.2. La existencia de una creación literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte

La referencia que el artículo 10.1 TRLPI contiene respecto de las creaciones literarias, artísticas o científicas ha de entenderse lato sensu, puesto que, con ella, lo que se procura no es tanto catalogar las obras, como delimitar el ámbito de aplicación de aquélla[25].

Desde la perspectiva de este concepto general, los escritos elaborados por los abogados en el ejercicio de su profesión pueden pertenecer, en tanto que escritos científicos, al campo de la literatura y de la ciencia, simultáneamente. Según lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, *"obra literaria es cualquier creación que se represente por medio del lenguaje escrito, independientemente del formato, englobando distintos subtipos o subgéneros (novelístico, poético, periodístico, etc.)"*. Por su parte, las creaciones científicas comprenden tanto las ciencias naturales y exactas, como las ciencias humanas y sociales. A tales efectos, hemos de tener en cuenta que la profesión de la abogacía se encuentra presidida por la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídicas (*vid*. art. 1.2 EGAE).

Sentado lo anterior, procede analizar si los escritos e informes elaborados por los abogados en el ejercicio de la profesión son subsumibles en alguna de las categorías de obras a las que el artículo 10.1 TRLPI se refiere expresamente.

Al respecto, de conformidad con lo previsto en la letra a) del antedicho precepto, quedan incluidas en el concepto general de obra *"los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza"*[26].

En el seno de esta primera letra se contemplan las creaciones del lenguaje expresadas por escrito o de forma oral. De entre las categorías mencionadas

---

24. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 159 y ss. (160 y 161).
25. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 166.
26. Lo dispuesto en esta letra se corresponde con la primera parte de la previsión que contiene el artículo 2.1 del Convenio de Berna, en cuya virtud "(l)os términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza (...)".

expresamente, cabría plantearse el encuadre de las intervenciones profesionales de los abogados en el concepto de "informes forenses" e, incluso, en el más genérico de "escritos". En sentido estricto, la expresión "informe forense" hace referencia a la "*exposición oral que hace el letrado o el fiscal ante el tribunal que ha de fallar el proceso*"[27] y, en consecuencia, a un determinado contenido de la obra; sin que, por ello, queden excluidos aquellos alegatos que se manifiesten por escrito[28]. Muy al contrario, tal y como se ha indicado supra, el propio precepto efectúa mención expresa a los escritos; que ha de entenderse referida a toda "*carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso*"[29].

Por lo tanto, las creaciones elaboradas por los abogados en el ejercicio de la profesión quedarían incluidas, de forma implícita y según el caso, en las indicadas categorías de obras a las que se refiere la norma expresamente. Así lo ha entendido la jurisprudencia y, en especial, la Audiencia Provincial de Valencia que, en el apartado vigésimo cuarto del Fundamento de Derecho Cuarto de su ya citada Sentencia núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, afirma que el escrito de contestación a la demanda litigioso es merecedor de la protección que dispensa la propiedad intelectual, entre otras razones, "*porque la naturaleza del objeto examinado es perfectamente subsumible entre las previsiones del artículo 10.1.a) TRLPI, por asimilación a un "informe forense*". Ello porque, si bien es cierto que un escrito de contestación a la demanda es un acto procesal cuya elaboración está encaminada a su incorporación a un determinado proceso; no lo es menos que contiene el dictamen del profesional de la abogacía que lo suscribe y que se manifiesta en la exposición de los hechos de importancia para la decisión del caso y el examen del Derecho que sea de aplicación.

Empero, lo contrario no constituiría óbice para su salvaguardia por medio de la propiedad intelectual. Ello en la medida en que la letra a) del artículo 10.1 TRLPI contiene una referencia genérica a "*cualesquiera otras obras de la misma naturaleza*" y, más aún, en que, siendo subsumibles en el concepto general de creaciones literarias, artísticas o científicas, la antedicha enumeración resulta meramente ejemplificativa.

2.3.3. La originalidad

2.3.3.1. Las concepciones objetiva y subjetiva de la originalidad

No toda creación literaria, artística o científica tendrá, por el mero hecho de serlo, acceso a la protección que brinda la propiedad intelectual. Por el contrario, de conformidad con lo previsto el artículo 10.1 TRLPI, resulta imprescindible que

27. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 173.
28. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.
29. https://dle.rae.es/escrito (consultada por última vez el 03/07/2025).

sea original; requisito cuya concurrencia habrá de apreciarse en cada caso concreto.

Al respecto, hemos de partir de dos premisas elementales. Por una parte, la normativa reguladora de la propiedad intelectual (convenios internacionales, derecho derivado de la Unión Europea y derecho interno) no alberga una definición legal del requisito de la originalidad para la generalidad de creaciones objeto de aquélla[30]. Por la otra, el nacimiento de la propiedad intelectual es independiente del registro de la creación (*vid*. artículo 1 TRLPI); sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico prevea la inscripción facultativa de estos derechos por medio del Registro de la Propiedad Intelectual (vid. artículo 145.1 TRLPI)[31]. En todo caso, el registro de la creación no implica un control de su originalidad.

Por consiguiente, la jurisprudencia ostenta una posición nuclear en esta materia. En efecto, han sido los órganos jurisdiccionales quienes, a través de sus pronunciamientos, han delimitado el alcance del requisito de la originalidad exigido por la normativa reguladora de la propiedad intelectual. Se trata de una cuestión controvertida y compleja que, en la última década, ha sido objeto de una reformulación de gran calado; y a la que procede referirse, aun sucintamente, en relación con el tema que nos ocupa.

Tradicionalmente, los órganos jurisdiccionales españoles se han decantado por una concepción objetiva de la originalidad, en tanto que novedad, esto es, como cualidad de una creación que difiere de lo ya existente. A este respecto, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 542/2004, de 24/06/2004 en cuya virtud el requisito de la originalidad "*en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador*"[32]. Además, los defensores de esta tesis exigen la presencia de un cierto listón de originalidad, esto es, una relevancia mínima o altura creativa.

---

30. En cambio, sí se contempla respecto de determinadas creaciones; como es el caso de los programas de ordenador. En efecto, dispone el artículo 96.2 TRLPI que "El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor".

31. Así ocurre en el supuesto de hecho de la SAP SA núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, en el que la actora inscribió en el Registro de la Propiedad Intelectual los derechos de autor sobre el escrito de demanda por infracción del derecho fundamental a la igualdad en el reconocimiento de títulos universitarios extranjeros objeto del litigio (vid. nota al pie núm. 13).
La inscripción implica la presunción iuris tantum de existencia de los derechos registrados y de su pertenencia a su titular en la forma en que haya quedado delimitada en el asiento correspondiente (vid. artículo 145.3 TRLPI).

32. ECLI:ES:TS:2004:4443. En el mismo sentido, vid. apartado tercero del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 20/2020, de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:55).

Frente a esta concepción objetiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aboga por una noción de originalidad de marcado carácter subjetivo, por interpretarla como la ausencia de copia de una obra ajena (singularidad).

Habida cuenta de la labor de armonización parcial llevada a cabo en materia de derechos de autor en el seno de la Unión Europea, el antedicho órgano jurisdiccional ha intentado colmar las lagunas existentes por medio de sus pronunciamientos jurisprudenciales. En virtud de su doctrina de los "conceptos autónomos" se arroga la facultad de delimitar el alcance de aquellos términos u expresiones a los que se refieren los instrumentos legislativos de la Unión, sin ofrecer por sí mismos una definición, ni efectuar una remisión al derecho interno de cada Estado Miembro. Entre ellos, se encuentran las nociones de "obra" y "originalidad"[33].

En torno a estos dos últimos conceptos, el Tribunal de Justicia ha emitido una amalgama de pronunciamientos[34]. Al margen de la polémica que suscitan, en las líneas que siguen se pretende la exposición somera de las principales conclusiones alcanzadas con el propósito de analizar, acto seguido, sus implicaciones respecto de las creaciones elaboradas por los abogados en el ejercicio de su profesión.

Para empezar, la calificación de obra queda reservada a los elementos que expresan la creación intelectual de que se trate; lo que "*implica necesariamente la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad*"[35].

Para seguir, es igualmente imprescindible que el objeto de que se trate revista originalidad. Esta exigencia ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el sentido de requerir la existencia de una creación intelectual propia de su autor. A su vez, la creación será atribuible a su autor cuando constituya un reflejo de su personalidad. Para ello es necesario que, como manifestación de su capacidad creativa, este último haya elaborado la obra adoptando decisiones libres y creativas. A contrario sensu, el objeto carecerá de originalidad cuando su

---

33. GOTZEN, F., «Los "conceptos autónomos" en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos de autor», en CÁMARA ÁGUILA, M. P., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (Coords.), La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 27 y ss. (27, 29 y 30).

34. Entre ellos, cabe destacar los siguientes: Sentencia de 16 de junio de 2009, Infopaq, C-5/08, EU:C:2009:465, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, BSA, C-393/09, EU:C:2010:816, Sentencia de 4 de octubre de 2011, Premier League, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, Sentencia de 1 de marzo de 2012, Football Dataco, C-604/10, EU:C:2012:115, Sentencia de 2 de mayo de 2012, SAS, C-406/10, EU:C:2012:259, Sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, Sentencia de 12 de septiembre de 2019, Cofemel, C-683/17; EU:C:2019:721 y Sentencia de 11 de junio de 2020, Brompton, C-833/18, EU:C:2020:461.
En la actualidad, se encuentran pendientes de resolución los Asuntos acumulados C 580/23 y C 795/23 y el Asunto C 323/24, a los que han dado lugar las cuestiones prejudiciales planteadas respecto de los conceptos de "obra" y "originalidad" en el campo de las obras de arte aplicadas. En cuanto a este último asunto las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante.

35. Sentencia de 12 de septiembre de 2019, Cofemel, C-683/17, EU:C:2019:721, apartado 32.

configuración venga determinada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que impidan el ejercicio de la libertad creativa por parte de su autor.

En suma, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales la apreciación de la concurrencia de este requisito respecto de los asuntos concretos que a ellos se sometan y en los que sea una cuestión controvertida[36]. A tales efectos, han de tomar en consideración no sólo el resultado, sino también el proceso creativo en sí mismo considerado. Con ello, podrán determinar si su creador ha gozado de margen creativo en la elaboración de la creación y, en tal caso, si el proceso ha estado presidido por la adopción de decisiones libres y creativas expresivas de su personalidad. Recuérdese, en este punto, que la concepción subjetiva se basa en la protección de aquello que no es copiado; incluso si se asemeja a lo ya existente[37].

Por lo demás, este breve repaso por la evolución jurisprudencial en la materia pone de relieve la tensión existente entre las nociones objetiva y subjetiva de originalidad. Tal y como indica la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) en su ya citada Sentencia núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, la aplicación de cualquiera de estas concepciones con excesivo rigor comportaría importantes distorsiones.

De un lado, la valoración de la originalidad únicamente desde la perspectiva de la altura creativa puede provocar la confusión de esta exigencia con el requisito de la novedad y, más aún, con el valor del propio objeto. Con ello, se produciría la limitación infundada del acceso a la protección. En efecto, la aplicación de esta noción a las intervenciones, orales o escritas, propias de la abogacía arrojaría la conclusión de que "*(d)esde esta sola perspectiva, objetiva, resultaría infrecuente que un escrito procesal reuniese la altura intelectual suficiente como para considerarlo una obra susceptible de protección por ser una creación original*"[38].

Del otro, la formulación del carácter original de una creación en términos estrictamente subjetivos tendría como resultado un umbral de exigencia laxo, que permitiese el acceso a la protección que brindan los derechos de autor a la generalidad de creaciones.

---

36. La doctrina construida por el Tribunal de Justicia en torno al concepto de originalidad ha sido acogida por nuestros órganos jurisdiccionales. Buena muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 82/2021, de 16 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:497) y, en especial, lo expuesto en el apartado cuarto de su Fundamento de Derecho Tercero

37. *Vid*. Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 02/03/2017 en cuya virtud "*(d)esde la STJUE de 16 de julio de 2009 (Infopaq), doctrina científica y jurisprudencia tienden a aplicar un criterio débil de originalidad (reconocido en la legislación de la UE para programas de ordenador y bases de datos que el TJUE, en la sentencia citada, hace extensivo a obras literarias), en el sentido de considerar original toda creación propia de su autor (no copiada)*".

38. Apartado decimosexto del Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024.

2.3.3.2. La originalidad de los escritos e informes elaborados por los abogados

Sentado lo anterior, procede examinar la originalidad de los informes y escritos elaborados por los profesionales de la abogacía desde la perspectiva de la noción de originalidad construida por el Tribunal de Justicia.

En abstracto, el hecho de que los escritos e informes forenses, entre los que cabe incluir las intervenciones de los abogados, puedan revestir originalidad se deduce de la mención expresa que, en el marco de la enumeración ejemplificativa examinada supra, contiene el artículo 10.1 TRLPI[39]. La misma conclusión se extrae del examen sistemático de las creaciones que jurisprudencialmente se han considerado originales. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha calificado como tales el folleto de instrucciones para explicación del uso y utilidad de las mamparas para baño[40] o los anuncios publicitarios de un diario[41].

En otro orden de cosas, a efectos del objeto del presente trabajo resulta esencial la distinción entre las nociones de "idea" y de "obra". En efecto, las ideas, cuya libertad de utilización constituye un pilar fundamental en el desarrollo social, cultural, económico y científico; carecen de protección jurídica por medio de la propiedad intelectual, en la medida en que son escindibles de su forma de expresión[42]. Así lo proclaman expresamente el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor[43] y el artículo 9.2 del Acuerdo sobre los ADPIC[44]. Por el contrario, la propiedad intelectual salvaguarda "la concreta forma de expresión en que esas ideas concebidas por el autor se reflejan en la creación, esto es, en la obra"[45].

Precisamente por ello, carecerá de originalidad aquella creación cuya forma de expresión venga impuesta por su función técnica; en la medida en que, en tal caso, el margen para determinar la manera en que ese planteamiento se pondrá en práctica es tan escaso que propicia la confusión entre idea y expresión[46].

La aplicación de esta diferenciación entre idea y obra a la materia que nos ocupa implica, de entrada, la imposibilidad de tutelar por medio de los derechos

39. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.
40. *Vid*. Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:508).
41. Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 429/2002, de 13 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3347).
42. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 168.
43. Bajo el rótulo "Ámbito de la protección del derecho de autor", este precepto proclama que "La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí".
44. El tenor literal de este precepto es idéntico a la previsión del artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor. Por su parte, el artículo 96.4 TRLPI consagra esta misma idea en el marco de la regulación de los derechos de autor sobre los programas de ordenador.
45. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.
46. Sentencia de 11 de junio de 2020, Brompton, C-833/18, EU:C:2020:461, apartado 27.

de autor un determinado planteamiento de la estrategia procesal a seguir o la idea de basar la pretensión o la defensa objeto de la intervención en una determinada norma jurídica o en la conjugación de varias de ellas. En cambio, siempre que concurran las exigencias examinadas, se considerará obra y quedará tutelada como tal la concreta forma en la que se exprese el alegato en el escrito o informe de que se trate[47].

Partiendo de esta base, conviene destacar algunas particularidades propias del mundo de la Abogacía, a fin de dilucidar su incidencia en la originalidad de los escritos e informes elaborados en su seno.

En primer lugar, la práctica forense está marcada por las disposiciones normativas y los usos existentes en torno a la forma y a determinados contenidos. Buena muestra de ello es lo previsto en los artículos 399 y 405 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)[48] en relación con los escritos de demanda y de contestación; respectivamente[49].

En segundo lugar, en el ámbito forense, las posibilidades de alcanzar el fin perseguido con la pretensión o defensa ejercida por el profesional de la abogacía se encuentran influidas notablemente por la utilización de argumentos de autoridad y la aplicación de la doctrina admitida y consagrada por los juristas más autorizados ("*communis opinio*")[50].

En tercer lugar, tal y como se ha expuesto *supra*, la labor que desempeña el abogado está presidida por la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídicas. Precisamente, es en el campo de las obras científicas, cuyo fin primordial es la comunicación de información, donde se aprecia con mayor nitidez la distinción entre las nociones de "idea" y "obra". Existe unanimidad en la doctrina en torno a la exclusión del ámbito de protección de los derechos de autor de las ideas, la información y la investigación relacionadas con la creación científica de que se trate. En cambio, y aunque pueda parecer contradictorio, respecto de estas creaciones pertenecientes al campo de la ciencia, se salvaguardará aquello que carece de carácter científico y que consiste en la exposición en sí misma considerada de las ideas concebidas. Dicho en otras palabras, no se protegerán las ideas expuestas (contenido) sino la forma en que aparecen recogidas en la obra[51].

---

47. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.
48. BOE núm. 7, de 08/01/2000.
49. Apartado vigesimosexto del Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024.
50. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 77.
51. En la delimitación del alcance de la protección que brindan los derechos de autor, se ha venido distinguiendo entre el contenido y la forma de la creación; siendo únicamente esta última la que queda protegida en su condición de obra. Empero, no cabe desconocer que este planteamiento general no resulta aplicable por igual a todas las creaciones; máxime teniendo en cuenta que, respecto de algunas de ellas, ambas nociones se entrelazan de manera tal que es inviable su diferenciación, así como que, en otras ocasiones,

En consecuencia, dado que lo que se tutela por medio de la propiedad intelectual es la concreta exposición de las ideas; la originalidad habrá de referirse, como es lógico, a ella. Es por ello que ninguna de las antedichas singularidades constituye óbice para la salvaguardia de los escritos e informes que elaboran los abogados en el ejercicio de su profesión a través de los derechos de autor.

En la medida en que estas últimas quedan incluidas, de forma implícita, entre las creaciones del lenguaje expresamente mencionadas en el artículo 10.1.a) TRLPI, su originalidad reside en su composición y/o expresión, esto es, en las particularidades que pueda presentar la construcción, disposición y combinación discursiva. Tal y como indica CADARSO PALAU[52], a estos efectos resultan ilustrativas "*algunas de las operaciones en que la retórica clásica (no casualmente se habla de "arte retórica") descomponía la argumentación ("inventio", "dispositio", "elocutio")*".

Así lo ha reconocido la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 20/2020, de 16 de enero de 2020 en un ámbito tan cercano al que nos ocupa como lo es el de los estudios jurídicos. En el apartado tercero de su Fundamento de Derecho Segundo argumenta que "*esa exigencia de creatividad no justifica que, en un ámbito como el del presente recurso (estudios de Historia del Derecho), se asocie con el juicio que sobre la originalidad de las ideas expuestas pudieran hacerlos conocedores de la materia, sino con la forma en que son expuestas*", pues "*lo verdaderamente relevante es que, sin perjuicio de las pertinentes citas de las fuentes de las que se tomó este conocimiento, la forma en que se expuso difería de lo ya existente y no constituía un lugar común*".

De ahí que quepa plantearse la protección de aquellas partes de los escritos, en sí mismas consideradas, consistentes en una selección de pronunciamientos jurisprudenciales; respecto de las cuáles la labor del abogado consiste, principalmente, en la identificación y elección de las resoluciones a las que se hará referencia y, dentro de ellas, de los fragmentos que se incorporarán expresamente al documento; así como su disposición en un determinado orden. En efecto, su salvaguardia por medio de la propiedad intelectual tiene expreso

también se tutelan determinados contenidos.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, págs. 168 y 169.
Al respecto, el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid afirma, en el Fundamento de Derecho Séptimo Cuarto de su Sentencia núm. 116/2024, de 06/09/2024 (ECLI:ES:JMM:2024:102), respecto de un procedimiento ordinario seguido por la infracción de los derechos de autor por plagio de la tesis elaborada por la demandante en el ámbito de la Historia, lo siguiente: *"(s)e ha de tener en cuenta que estamos ante una obra científica relativa a hechos históricos, por lo que el relato de los mismos, en sí, no es original por lo que no está protegido por un derecho de propiedad intelectual. Es el previo estudio de los hechos históricos, las fuentes, la exposición de los datos y las conclusiones derivadas del estudio científico, entre otros aspectos, lo que determina la originalidad de la obra, es decir, de la tesis"*.

52. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 77.

fundamento en lo dispuesto en el artículo 12.1 TRLPI, en cuya virtud "*(t)ambién son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las analogías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, si perjuicio, en su caso de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos*". Este precepto se refiere a las obras de colección en un sentido amplio, como aquellas que se construyen tomando como punto de partida otras obras o elementos no protegidos por la propiedad intelectual, en las que la originalidad radica en los criterios de selección, así como en la forma en que se ordenen y dispongan. Entre ellas, encajan perfectamente las recopilaciones de disposiciones legales o resoluciones jurisprudenciales[53].

Sea como fuere, y sin perjuicio de este planteamiento general, los elementos trascendentes para valorar la originalidad de la creación han de identificarse respecto de cada caso concreto. Del mismo modo, las circunstancias concurrentes en cada supuesto y, en especial, la extensión o complejidad de la obra determinarán el margen creativo del que dispondrá el autor[54].

El tipo de creaciones que elaboran los profesionales de la abogacía son muy variopintos, y abarca desde los escritos de trámite que permiten un menor margen de libertad creativa; hasta aquellos otros que, por su naturaleza, permiten vislumbrar el estilo propio de su autor. En este sentido, especial mención merecen los informes orales, en los que no sólo entran en juego elementos, tales como la cadencia, los gestos, las pausas o la entonación de quien los refiere, que singularizan el alegato; sino que, además, su autor emplea cualidades personales, como son la voz o la imagen, merecedoras de protección por sí mismas y con independencia del carácter original que pueda revestir aquél[55].

Por lo demás, el acceso a la protección no se condiciona a que la obra esté acabada; siempre que lo ya ejecutado constituya una creación literaria, artística o científica original. Por consiguiente, los borradores de escritos elaborados por los profesionales de la abogacía podrán, en su caso, ser merecedores de la salvaguardia que brindan los derechos de autor[56]. Esta protección puede perdurar incluso tras la finalización de la obra, cuestión de suma importancia cuando en la elaboración de la creación han participado diversas personas. Del mismo modo, también quedarán protegidas las partes de una obra; siempre que cumplan las mismas exigencias aplicables a su totalidad[57].

---

53. MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., MINERO ALEJANDRE, G., "Artículo 12", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 212 y ss. (214).
54. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 173.
55. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 77.
56. En relación con la tutela del borrador de un escrito de demanda vid. Fundamento de Derecho Sexto de la, ya citada, SAP SA núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017.
57. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 170.

En esta misma línea, a estos efectos resultan intrascendentes aspectos tales como la calidad o el coste de la obra, o el esfuerzo invertido en su elaboración[58].

En suma, cabe clausurar este recorrido por la noción de la originalidad aplicada al objeto que nos ocupa, indicando que nuestros órganos jurisdiccionales han acogido que los escritos e informes elaborados por los abogados en el ejercicio de su profesión ostenten la consideración de obras protegibles a los efectos de la propiedad intelectual. A efectos ilustrativos, cabe referirse a la SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, que reconoce como tal un escrito de contestación a la demanda. Ello por cuanto, según lo expuesto en su Fundamento de Derecho Cuarto, el objeto es "*uno identificable con suficiente precisión, en cuanto expresado de forma objetiva y bien delimitada, que puede ser percibido de la misma manera*" y "*su elaboración es el resultado de un proceso de toma de decisiones sucesivas y complejas, desde el punto de vista sistemático y de expresión de contenidos, donde es perceptible el carácter del profesional que lo suscribe*".

2.4. LAS IMPLICACIONES DE LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS ESCRITOS E INFORMES ELABORADOS POR LOS ABOGADOS

2.4.1. Identificación de la problemática

Una vez expuesto que los escritos e informes elaborados por los abogados pueden ser salvaguardados por la propiedad intelectual, procede examinar, desde la perspectiva del derecho positivo, qué acontece cuando, en la elaboración de tales creaciones, se emplea la inteligencia artificial (IA, en adelante).

A tales efectos, hemos de tener en cuenta que, en el ordenamiento jurídico español, la propiedad intelectual se concibe como el mecanismo propicio para poner en valor la personalidad del autor, manifestada a través de su obra. La legislación existente en esta materia adopta una perspectiva personalista, desde la que ubica al creador en una posición nuclear puesto que, en esencia, aquello cuya salvaguardia se procura no es otra cosa sino los frutos dimanantes del cuerpo y alma de las personas[59]. En este sentido, el sistema de derechos de

58. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 171.
59. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, págs. 73 a 79.

autor pretende el respeto, la recompensa y la promoción de la creatividad humana. Partiendo de esta base, el nacimiento de la protección en relación con una obra exige, ineludiblemente, la autoría humana (*vid*. Artículos 1 y 5.1 TRLPI)[60].

El carácter antropocéntrico del Derecho de autor colisiona frontalmente con la posibilidad de que nazca esta protección en favor de los contenidos generados por la IA; en la medida en que manan de sistemas capaces de aprender, evolucionar y adoptar decisiones con los datos que le son proporcionados. Estos modelos, denominados softwares de aprendizaje automático ("*machine learning*"), han emergido como una tecnología transversal, susceptible de ser utilizada en la generalidad de sectores de la economía y de la sociedad y cuyo impacto en la elaboración y distribución de bienes, así como en la prestación de servicios, se prevé, irá en aumento en el futuro próximo[61].

En particular, las profesiones de índole jurídica y, en especial, la abogacía, no permanecen al margen de este fenómeno. Nada más lejos de la realidad, la elevada funcionalidad que los sistemas de IA albergan en este ámbito ha motivado la aparición de la denominada "inteligencia artificial jurídica".

2.4.2. Concepto y funcionalidad de la IA en el ámbito jurídico

El punto de partida de esta exposición no puede ser sino la conceptualización del fenómeno que nos ocupa. Al respecto, en el seno de la Unión Europea, se ha dictado el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (RIA, en adelante)[62]. El propósito de esta norma consiste en regular la puesta en venta y explotación de los sistemas de IA[63], entendiendo por tal todo "*sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales*" (artículo 3.1).

---

60. Igualmente, como manifestaciones del carácter antropocéntrico del Derecho de autor, vid. artículos 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (BOE núm. 103, de 30/04/1977).
61. OMPI , "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1), Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA), Segunda Sesión, 13/12/2019, pág. 1.
62. DOUE núm. 1689, de 12/07/2024, págs. 1 a 144.
63. FERNÁNDEZ ALONSO, P., "Abogacía del siglo XXI: Internet, Metaverso e Inteligencia Artificial en el ámbito penal", en ARROYO ABAD, C. y SALVADOR GARCÍA, M. (Coords.), Inteligencia Artificial y Derecho: Desafíos Éticos, Laborales y Judiciales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, págs. 42 y ss. (pág. 54).

En el marco de este concepto general, merecen especial atención los modelos de IA generativa. Con esta denominación se designa a aquellos modelos aptos para la generación flexible de contenidos (texto, imágenes; etc.). Estos sistemas se fundamentan en modelos de aprendizaje profundo (*deep learning*) que utilizan algoritmos denominados "redes neuronales artificiales", a través de los cuáles se simulan los procesos de adquisición de conocimientos y adopción de decisiones de los seres humanos. Los engranajes del sistema se ponen en marcha con la ingente cantidad de datos que los programadores proporcionan a la máquina ("*inputs*"); actividad que en la jerga informática se denomina "entrenamiento". Sobre la base de estas informaciones, el sistema identifica y codifica patrones que, ulteriormente, utiliza para comprender las peticiones formuladas por los usuarios ("*prompts*") y ofrecer una respuesta con nuevos contenidos ("*outputs*"). Los modelos de IA generativa constituyen, por su capacidad de aplicación a una amplia gama de tareas, el ejemplo prototípico de los modelos de IA de uso general[64].

Más concretamente, la expresión "inteligencia artificial jurídica"[65] designa los sistemas inteligentes y sus algoritmos que sirven a los profesionales del Derecho en el desempeño de los quehaceres que le son propios; tales como la investigación jurídica, la búsqueda y el análisis de jurisprudencia o la gestión de documentación[66]. Este planteamiento no es baladí, por cuanto implica que la IA generativa ha recibido un entrenamiento basado en información jurídica, con el propósito específico de asistir a los profesionales que integran el sector[67]. Al respecto, el éxito en la implementación de un sistema de IA por un abogado depende, significativamente, de la calidad de los datos de los que se nutra; que no sólo son proveídos por los programadores al desarrollar el sistema, sino también por el usuario al efectuar la petición de que se trate[68].

---

64. DELGADO MARTÍN, J., "Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia", diariolaley, 05/09/2024 https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/09/16/notas-sobre-el-uso-de-la-ia-generativa-por-profesionales-del-sistema-de-justicia (consultada por última vez el 09/07/2025). Considerandos 99 y 105 RIA.
65. En un sentido similar, se ha acuñado la denominación de "IA generativa legal". Sea cual fuere la expresión que se utilice, buena muestra de los sistemas que designan son las herramientas de IA impulsadas por la editorial Tirant lo Blanch, entre las que se encuentran "Conversa" y "Soft-IA".
66. https://prime.tirant.com/es/actualidad-prime/inteligencia-artificial-juridica-mejores-herramientas/ (consultada por última vez el 09/07/2025).
67. IRAZABAL, E., "La Inteligencia Artificial ya es inevitable para la profesión jurídica", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías (Consejo General de la Abogacía Española), 06/03/2023, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-inteligencia-artificial-ya-es-inevitable-para-la-profesion-juridica/ (consultada por última vez el 09/07/2025).
68. LOZANO, I., "La IA que ya está revolucionando la abogacía: las claves para no quedarte atrás", Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM), 14/11/2024, https://web.icam.es/la-ia-que-ya-esta-revolucionando-la-abogacia-las-claves-para-no-quedarte-atras/ (consultada por última vez el 09/07/2025).

Partiendo de esta base, entre las funciones que puede desempeñar la IA jurídica en relación con el ejercicio de la abogacía[69], merece especial atención al objeto del presente trabajo, la asistencia en la elaboración de escritos. Esta función se fundamenta en los modelos previamente almacenados y engloba la síntesis del contenido, la esquematización y extracción de ideas principales, la simplificación del lenguaje, la ampliación del texto cuando se precisa de un mayor detalle; la corrección ortográfica y gramática o incluso la elaboración de sugerencias de mejora[70].

En suma, es una realidad que los modelos de IA generativa producen textos a partir de los datos proporcionados por los programadores, al desarrollar el sistema, y por el usuario, al formular la petición. En el ámbito jurídico, existen múltiples manifestaciones de esta circunstancia[71].

---

69. Otra de las utilidades más distinguidas de los sistemas de IA generativa consiste en la automatización de tareas reiterativas. En efecto, estos modelos son capaces de procesar grandes cantidades de datos en un tiempo récord, por lo que son la herramienta apropiada para el examen de la documentación que se entrega a los abogados.
Asimismo, los modelos de IA jurídica resultan igualmente eficaces en la búsqueda de información y en la resolución de consultas. La amplitud de la capacidad de procesamiento que los caracteriza les permite identificar y filtrar las normas, así como los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales relacionados con una determinada materia; pero también examinar su contenido e incluso responder directamente a las consultas jurídicas que formule el usuario. Del mismo modo, algunos de estos sistemas incorporan funcionalidades que permiten extraer citas, visitar las referencias utilizadas para ofrecer cada respuesta e incluso obtener sugerencias inteligentes basadas en preguntas anteriores y patrones de búsqueda.
Por el contrario, el inconveniente primordial que presentan los sistemas de IA generativa en lo que concierne a los contenidos producidos, consiste en la formulación de respuestas falsas, incompletas o que manifiestan erróneamente basarse en una determinada fuente. Este fenómeno, que recibe la denominación de "alucinaciones", incita a la utilización de estos sistemas con mesura y bajo supervisión; máxime en un sector como el jurídico en el que los datos que se manejan ostentan una especial sensibilidad.
En todo caso, en el sector legal está tratando de combatirse esta distorsión por medio de lo que se conoce como "retrieval-augmented generation" (RAG). Esta técnica se basa en la incorporación, entre la petición efectuada por el usuario y la devolución de un resultado por parte del sistema, de dos pasos intermedios consistentes en la recuperación, que toma en consideración la documentación específica proporcionada por el usuario, y la generación.
En este sentido: JIMÉNEZ, I., "La revolución de la IA en la Abogacía", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías (Consejo General de la Abogacía Española), 16/05/2024, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-revolucion-de-la-ia-en-la-abogacia/ (consultada por última vez el 09/07/2025).
MORELL, J., "La IA generativa legal necesita mejorar", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías (Consejo General de la Abogacía Española), 11/06/2024, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-ia-generativa-legal-necesita-mejorar/ (consultada por última vez el 09/07/2025).
70. https://prime.tirant.com/es/actualidad-prime/inteligencia-artificial-juridica-mejores-herramientas/ (consultada por última vez el 09/07/2025).
71. Buena muestra de ello es lo previsto en el apartado primero del artículo 57 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE núm. 303, de 20/12/2023).
En virtud del indicado precepto, en el ámbito de la Administración de Justicia y, más concretamente, de la tramitación electrónica de procedimientos judiciales, ostenta la consideración de actuación asistida "aquella para la que el sistema de información de la Administración de Justicia genera un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal".
Sea como fuere, para que la versión preliminar generada por este modo llegue a constituir una resolución judicial o procesal será imprescindible la validación del texto definitivo por el operador de la Administración

2.4.3. Delimitación del objeto de la controversia

Tradicionalmente, la salvaguardia por medio de la propiedad intelectual de las obras originales creadas a través de la utilización de los programas de ordenador, ha sido, en términos generales, una cuestión pacífica. Esta afirmación es consecuencia de la aplicación clásica del software en el proceso creativo como un simple elemento de apoyo o herramienta al servicio del usuario; a quien pertenecía la condición de autor de la obra. Con independencia de su nivel de sofisticación, la naturaleza de los programas de ordenador no dejaba de ser la de un instrumento que se encontraba al alcance del creador para, bajo su control, facilitar la ejecución de la idea concebida.

Por el contrario, tal y como se ha expuesto supra, en la actualidad los sistemas de IA son capaces de generar contenidos aparentemente protegibles por medio de la propiedad intelectual, a partir de los datos proporcionados por los programadores y el propio usuario al efectuar la consulta. En estos supuestos están involucrados una pluralidad de elementos (el programa de ordenador, su algoritmo y el contenido resultante) por lo que conviene aclarar cuál de todos ellos se encuentra en el centro de la controversia[72].

Por una parte, es una cuestión indubitada que el programa de ordenador involucrado quedará salvaguardado por los derechos de autor; siempre y cuando revista originalidad, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor[73].

Por la otra, de conformidad con lo previsto en los artículos 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y 9.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y 96.2 TRLPI, el algoritmo[74] que permite al sistema la generación de contenidos no es susceptible de quedar protegido por medio de la propiedad intelectual.

Descartados los dos elementos precedentes, la problemática radica en el contenido generado por los sistemas de IA y su protección por medio de la

---

de Justicia competente (apartados 2 y 3 del indicado artículo 57). En este sentido: ALMONACID LAMELAS, I., "¿Puede una máquina redactar un escrito jurídico? Si y no...", EsPublicoBlog, 25/04/2025, https://www.administracionpublica.com/puede-una-maquina-redactar-un-escrito-juridico-si-y-no/ (consultada por última vez el 09/07/2025).
Igualmente a título ejemplificativo, Vid. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal) núm. 2/2024, de 4 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TSJNA:2024:38A); que se emite en relación con un procedimiento penal, en el que se presentó querella elaborada por el letrado de la acusación. El abogado empleó en su creación el sistema de IA, CHATGPT 3. Como consecuencia del empleo inapropiado de este último, el escrito rector incorporaba referencia errónea al Código Penal del ordenamiento jurídico colombiano, en lugar del español.

72. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., La propiedad intelectual..., cit., págs. 54 y 60.

73. Así lo proclaman los artículos 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 10.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y 96.2 TRLPI.

74. Según la definición que ofrece la Real Academia Española (RAE) algoritmo es el "Conjunto ordenado de operaciones matemáticas que permite hallar la solución de un problema". Vid. https://dle.rae.es/algoritmo (consultada por última vez 09/07/2025).

propiedad intelectual. En efecto, la controversia mana del hecho de que los indicados modelos trascienden la concepción del software como mero instrumento a disposición del usuario; para erigirse como una tecnología capaz generar productos con una intervención humana mínima. En ausencia de un creador humano a quien corresponda la autoría, esto es, cuando el contenido es generado por una máquina en lugar de una o varias personas; queda vedada la posibilidad de que aquél constituya el reflejo de la personalidad en el que la legislación en materia de propiedad intelectual fundamenta la protección de las obras originales[75].

Delimitado el objeto de la controversia, su estudio será abordado tomando como punto de partida la diferenciación entre los escritos e informes elaborados por los abogados con la asistencia de la IA y los contenidos generados por la IA; en los términos que a continuación se exponen[76].

Las creaciones literarias o científicas elaboradas por los profesionales de la abogacía con la asistencia de la IA engloban los supuestos en los que aquellos, en su condición de usuarios, emplean el sistema como una mera herramienta a su disposición; del mismo modo en el que tradicionalmente se han utilizado los programas de ordenador o de forma equiparable. Piénsese, v.gr., en el abogado que hace uso del modelo de IA a los solos efectos de buscar información y, a partir de los resultados obtenidos, elabora por sí mismo el escrito o informe de que se trate. En tales casos, si bien la IA participa del proceso creativo, la forma de expresión del escrito o informe resultante responde a la labor de creación efectuada por el abogado; que trasciende al eventual contenido generado por la IA y que, de concurrir las exigencias expuestas a propósito del nacimiento de la protección, podría llegar a constituir una obra protegible por medio de los derechos de autor. Por consiguiente, estos supuestos se mantienen al margen de la polémica que nos ocupa[77].

Por lo demás, la problemática inherente al contenido generado por la IA justifica la dedicación a esta cuestión de un apartado específico en el seno delpresente trabajo.

---

75. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., La propiedad intelectual..., cit., págs. 58, 63 y 73 a 79.
76. En su día, esta distinción fue apuntada por la OMPI en el borrador y la versión revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial. En esta última, se utilizan los términos "generado por IA" y "generado de forma autónoma por la IA" como sinónimos para designar "la generación de un producto mediante IA sin la intervención humana", entendiendo por "producto" las "obras, dibujos y modelos y marcas". Vid. OMPI , "Versión Revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 REV), Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA), Segunda Sesión, 21/05/2020, pág. 4.
77. La U.S. Copyright Office indica, en su informe titulado "Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability", lo siguiente: "Neither the use of AI as an assistive tool nor the incorporation of AI-generated content into a larger copyrightable work affects the availability of copyright protection for the work as a whole". Vid. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, enero de 2025, pág. 1.

2.4.4. Tratamiento de los contenidos generados por la IA. La contribución humana relevante.

Con ocasión del Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial, la OMPI afirmó que "*(l)as aplicaciones de IA pueden producir obras literarias y artísticas de forma autónoma*"[78]. En la versión revisada de este documento, la antedicha aserción fue suprimida, haciendo constar, en su lugar, que "*(l)as aplicaciones de IA tienen cada vez mayor capacidad para generar obras literarias y artísticas*"[79]. En todo caso, subsistió la mención a las obras generadas por IA, como homóloga de las generadas de forma autónoma por la IA, refiriéndose ambas expresiones, según el tenor literal de la versión revisada del documento, a la generación de obras "*sin la intervención humana*".

La autonomía total en la generación de contenidos por los sistemas de IA y la ausencia de intervención humana en su producción a las que alude la OMPI, han suscitado numerosas críticas en cuanto a su correspondencia con la realidad concurrente en el momento en el que los indicados documentos fueron publicados.

Hasta la actualidad, la generación de contenidos por los sistemas de IA parte de la intervención humana, en la medida en que exige el entrenamiento de la máquina por medio de las informaciones proporcionadas por sus desarrolladores. En el ámbito de la creación literaria, artística y científica, los inputs de los que se nutre el sistema consistirán, en su mayor parte, en creaciones humanas protegidas por medio de los derechos de autor[80]. Además, para obtener el producto es igualmente necesario el planteamiento de una consulta por parte del usuario. En definitiva, la intervención humana se verifica en distintas etapas del proceso de producción que llevan a cabo los sistemas de IA[81].

Sentado lo anterior, lo cierto es que, actualmente, los sistemas de IA son capaces de generar contenidos textuales, visuales o sonoros cuya apariencia se asemeja a la de las creaciones humanas tradicionalmente protegidas por los derechos de autor. En lo que concierne al objeto del presente trabajo, la expresión "contenidos generados por la IA" designa aquellos casos en los que el escrito presentado o el informe elaborado por el abogado consiste en el concreto producto generado por el sistema de IA; sobre la base de los datos proporcionados por sus desarrolladores y a la consulta formulada por aquél en su condición de usuario.

78. OMPI , "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI...", cit, pág. 5.
79. OMPI , "Versión Revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI...", cit, págs. 7 y 8.
80. En este sentido, vid. Considerando 105 RIA.
81. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., La propiedad intelectual..., cit., págs. 66 y 68.

De todo ello se deduce que son estos supuestos los que protagonizan la polémica. A tales efectos, la existencia de una contribución humana relevante en la generación de contenidos por parte de los sistemas de IA ha emergido como el criterio determinante de la protección de aquéllos por medio de la propiedad intelectual.

La "contribución humana relevante" constituye un concepto jurídico indeterminado, para cuya delimitación partiremos de tres grandes premisas. La primera de ellas consiste en la existencia de intervención humana, por mínima que sea, en el proceso de generación del contenido por el modelo de IA.

En segundo lugar, el entrenamiento del sistema resulta insuficiente para ser calificado, por sí mismo y respecto de los concretos contenidos que se generen, como una contribución humana relevante.

En tercer y último lugar, la concurrencia de una contribución humana relevante habrá de valorarse casuísticamente, según la intervención del usuario y, en concreto, en función de las características de las indicaciones ("*prompts*") y otras informaciones proporcionadas ("*inputs*") al plantear la consulta. En este sentido, debemos ofrecer un tratamiento diferenciado en función de que la actuación del usuario se limite a impartir al modelo una serie de instrucciones o, por el contrario, también suministre otros datos susceptibles de catalogarse como *inputs*.

En lo que concierne a la primera hipótesis, el abanico de indicaciones que el usuario puede dar al sistema, así como su complejidad es inabarcable[82]. En abstracto, los *prompts* tratan de describir el tema o la materia que el usuario pretende evocar. Según el caso, pueden caracterizarse por ser sencillos y concisos o, por el contrario, albergar un mayor grado de detalle; exigiendo la presencia de una amalgama de elementos en el producto resultante. Del mismo modo, puede que el usuario se limite a otorgar una primera remesa de indicaciones o que, una vez generado el contenido a partir de aquéllas, modifique las ya ofrecidas o adicione de forma sucesiva nuevas instrucciones, en un intento por perfilar el resultado y adaptarlo a su concepción[83].

Sea como fuere, lo cierto es que, en los sistemas de IA, que emplean ingentes cantidades de datos, los expertos en la materia siguen topándose con limitaciones trascendentes a la hora de determinar cuál es la influencia que un concreto dato o indicación suministrado al modelo tendrá sobre el contenido

82. Tal es su trascendencia y repercusión que se han acuñado las expresiones "prompts crafting" y "prompts engineering" para referirse al diseño de instrucciones dirigidas a los sistemas de IA que sean eficaces en el sentido de aproximarse en la mayor medida posible a la concepción del resultado deseada por el usuario. Al respecto, se está extendiendo la utilización de plantillas que sirven como reglas nemotécnicas. Asimismo, los sistemas de IA son capaces de mejorar los "prompts", corrigiendo su contenido o ampliándolo a fin de aumentar la calidad del resultado.
83. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 5 y 6.

generado. Asimismo, en ocasiones, el sistema de IA desatiende algunas de las indicaciones formuladas por el usuario e incluye elementos que exceden de lo plasmado por aquél en la petición. En esta misma línea, muchos de estos modelos poseen un componente de imprevisibilidad en sus contenidos; en la medida en que los resultados varían de una consulta a otra, aunque las indicaciones ofrecidas sean exactamente idénticas en ambas[84]. En definitiva, de todas estas consideraciones se deducen las siguientes conclusiones.

De un lado, la forma de expresión de los prompts en sí misma considerada quedará protegida por medio de la propiedad intelectual; siempre y cuando constituya una obra original. En tal caso, resulta indubitado que la autoría sobre la creación corresponderá al usuario que la ha elaborado.

Del otro, el estado actual de la tecnología no permite atribuir al usuario de un sistema de IA la autoría sobre los contenidos generados por este último, cuando aquél se limita a efectuar una serie de indicaciones (*prompts*); puesto que no determinan, ni controlan la forma de expresión del producto resultante[85].

En estos casos, en los que se aprecia la ausencia de autoría humana, la exclusión de los contenidos generados por la IA del objeto de la propiedad intelectual no es sino la consecuencia lógica de la fundamentación de esta última; pues, desde su origen, ha procurado la salvaguardia y el fomento de la creatividad humana[86].

Empero, puede alcanzarse un parecer diferente, por existir una contribución humana relevante, cuando el usuario, además de proporcionar indicaciones, aporta otro tipo de información ("*inputs*") al sistema de IA para la generación del contenido, como texto, imágenes, audios o videos; al margen de la eventual protección de estos últimos per se. Pensemos, *v. gr.,* en el abogado que, además de proporcionar indicaciones al sistema de IA que emplea, también le suministra una versión preliminar del escrito que pretende presentar, sobre la base de la cual se generará el contenido final; en cuyo caso nada impide que esa versión preliminar quede protegida por la propiedad intelectual; si concurren en ella las exigencias legalmente establecidas.

Frente a las meras indicaciones, que como regla general se refieren a la concepción ideal de quien las imparte, los inputs que suministra el usuario pueden

---

84. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 6 y 7.
85. Esta aserción prevalece con independencia del grado de detalle de las indicaciones, y del esfuerzo invertido en su adaptación sucesiva en función de los resultados obtenidos. Queda, pues, descartada la aplicación a estos supuestos de la denominada "autoría por adopción"; en la medida en que el nacimiento de la propiedad intelectual es independiente del esfuerzo empleado en la ejecución de su objeto y en que no existen motivos para sostener que las ulteriores revisiones de las indicaciones iniciales proporcionen un mayor control sobre el contenido generado. En este sentido: UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 13 y 17 a 20.
86. En efecto, desde la perspectiva del derecho positivo, no resulta viable proteger estos contenidos por los derechos de autor, como tampoco por ninguno de los derechos afines que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Vid. OMPI , "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI...", cit, pág. 5.

constituir una forma de expresión de su personalidad. En tal caso, de estar presentes en el contenido generado por el sistema de IA, podría llegar a sostenerse la salvaguardia de aquellos elementos de la forma de expresión del output en los que se perciba con nitidez el *input*; cuya autoría correspondería al usuario. En todo caso, quedarían excluidas de la propiedad intelectual las partes del resultado que excedan de la información proporcionada por el usuario. En suma, esta cuestión ha de valorarse en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso[87].

2.5. AUTORÍA, TITULARIDAD Y ALCANCE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Examinado el nacimiento de la protección, así como las implicaciones de la utilización de la IA en esta cuestión, procede adentrarse en el estudio de los aspectos que suceden a aquél, en especial, en lo relativo a la autoría, la titularidad de los derechos y su alcance; a cuya regulación el TRLPI destina buena parte de las disposiciones que integran el Libro I. Habida cuenta de ello, y de las limitaciones de extensión inherentes al presente trabajo, lo que se pretende en las líneas que siguen es la exposición de las principales particularidades que presentan los escritos e informes elaborados por los abogados en esta materia.

2.5.1. Autoría y titularidad de los derechos

2.5.1.1. La autoría de los escritos e informes elaborados por los abogados

Según lo indicado *supra*, la propiedad intelectual sobre una obra original corresponde al autor en virtud de su creación (artículo 1 TRLPI); ostentando tal condición la persona natural o física que la crea (artículo 5.1 TRLPI). La propiedad intelectual engloba una amalgama de derechos de carácter personal y patrimonial de los que es titular originario el autor, en cuya virtud ostenta "*la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley*" (artículo 2 TRLPI). No obstante, en la medida en la que se prevé la transmisión de los derechos de explotación (artículos 42 y 43 TRLPI), la autoría y la titularidad de tales facultades pueden divergir entre sí.

De todo ello se deduce que, en lo concierne al objeto del presente trabajo, ostenta la consideración de autor el abogado que elabora el escrito o informe de que se trate. El cliente carece de esta condición, por mucho que, en el ámbito forense, los escritos se presenten en su nombre y representación; y de que proporcione los datos e informaciones fácticas relevantes para la elaboración

87. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 22 a 24.

de la creación. Del mismo modo, dejando a salvo la valoración casuística que requiere esta cuestión, tampoco corresponde la autoría al profesional de la abogacía que otorga indicaciones a quien elabora el escrito o informe; en la medida en que las ideas quedan excluidas del objeto de la propiedad intelectual.

Con todo, el artículo 6 TRLPI consagra la presunción *iuris tantum* de autoría de la obra en favor de quien aparezca en ella como tal, a través de su nombre, firma o signo que lo identifique. Para que opere la presunción, el indicado precepto exige (1) que el nombre, firma o signo aparezca en la obra, (2) que tenga poder de identificación y (3) que el nombrado o significado aparezca como autor[88]. Pese a que en el ámbito forense los escritos que elaboran los abogados en el desempeño de su profesión son, como norma general, firmados también por los procuradores[89]; ello no les permite ampararse en lo previsto en el artículo 6 TRLPI, en la medida en que no aparecen como autores de la obra, sino que suscriben el documento en su condición de representantes de la parte. Por este mismo motivo, tampoco resulta de aplicación lo dispuesto en el antedicho precepto cuando es la propia parte quien suscribe el documento; dado que lo hace en condición de representado y asistido.

Por el contrario, la presunción que consagra el artículo 6 TRLPI podría operar respecto del abogado que, sin intervenir en la elaboración de la obra, asume la asistencia letrada de la parte en el asunto de que se trate y firma el escrito como tal[90]. En estos casos hemos de tener en cuenta que lo dispuesto en el artículo 6 TRLPI no expropia la condición de autor a quien elabora el escrito; sino que implica un desplazamiento de la carga probatoria en el eventual litigio a que dé lugar la autoría de la obra, que este último habrá de acreditar por los medios de prueba admitidos en Derecho.

---

88. CARRASCO PERERA. Á., DEL ESTAL SASTRE, R., "Artículos 5.º-7.º", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectua*l, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 105 y ss. (116 y 117).

89. Esta afirmación no es sino la cristalización del principio de postulación dual que rige, con carácter general, en el proceso. Véase, como manifestación prototípica de este principio, lo dispuesto en los artículos 23.1 y 31.1 LEC.

90. Esta situación acontece con frecuencia en las creaciones que se enmarcan en el mundo del periodismo, pero también en las que se elaboran en el desempeño de la abogacía.
En el seno de la propiedad intelectual se ha acuñado el término "autor fantasma" ("*ghostwriter*") para denominar al creador (autor) de una obra original que conviene con un tercero que sea este último quien figure como el autor de esa obra ante el público en general. En este sentido, véase NIETO CRUZ, A., La autoría fantasma, Escuela de Doctorado de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2024, págs. 16 y 17.

2.5.1.2. Titularidad y cesión de derechos

La intervención de varios abogados en el proceso creativo del informe o escrito de que se trate puede dar lugar, según las circunstancias concurrentes en cada caso y en lo que concierne a la protección del resultado global, a la existencia de una obra en colaboración (artículo 7 TRLPI) o compuesta (artículo 9.1 TRLPI); siendo la categorización de la creación una cuestión de vital importancia, pues determinará la titularidad de los derechos que sobre ella existan[91]. A título ilustrativo de la aplicación de estas categorías a las creaciones elaboradas por los abogados, cabe destacar que la Audiencia Provincial de Salamanca ha considerado, en su Sentencia núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, obra compuesta el escrito de demanda litigioso elaborado por el codemandado sobre la base de la versión preliminar alumbrada por la demandante, puesto que la autorización que esta última otorgó a aquél para hacer uso del escrito en la tramitación del procedimiento ordinario a que dio lugar "*implica una autorización para modificar ese texto en lo necesario dentro de esa relación más amplia de prestación de servicios de defensa letrada, encontrándonos así ante un supuesto de obra compuesta*"[92].

Mayor problemática suscita la categorización como obra colectiva (artículo 8 TRLPI)[93] de las creaciones alumbradas en el ejercicio de la abogacía. En particular, porque su existencia requiere de la presencia de una persona, natural o jurídica, bajo cuya iniciativa y coordinación se cree la obra; y que la edite y divulgue bajo su nombre. En este sentido, cuando la profesión se ejerce por medio de una sociedad profesional, es cuestionable que la obra pueda considerarse editada y divulgada bajo su nombre. Piénsese, *v. gr.*, en un escrito forense, el cual deberá ir suscrito por la persona física que asuma la asistencia letrada; sin perjuicio de la correspondiente indicación a la persona jurídica por medio de la cuál ejerce la profesión.

---

91. La obra en colaboración consiste en "*el resultado unitario de la colaboración de varios autores, lo cual requiere una actuación al mismo nivel, sin relación jerárquica o de subordinación, colaborando dos o más autores activamente en el proceso creativo" (Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017). Los derechos de propiedad intelectual sobre esta creación corresponderán a todos los autores en la proporción que ellos determinen.*
Por su parte, la obra compuesta es "una obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que correspondan a éste y de su necesaria autorización" (artículo 9.1 TRLPI). Así las cosas, "(l)a obra compuesta implica por tanto una transformación de una obra preexistente (art. 21 TRLPI) que debe contar con la autorización del autor o titular de derechos sobre ésta, dando lugar a una obra derivada (art. 11 TRLPI) resultante del proceso de transformación o modificación, sobre la cual compartirán derechos tanto el autor de la obra transformada como el autor de la obra resultante de la transformación u obra derivada" (Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017).
92. Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017.
93. Según lo dispuesto en el indicado precepto "*(s)e considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada*". Los derechos sobre esta obra pertenecerán, salvo pacto en contrario, a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

En otro orden de ideas, tal y como se ha indicado supra, las facultades patrimoniales que forman parte de la propiedad intelectual sobre una obra son susceptibles de cesión. Con carácter general la cesión habrá de ser expresa y formalizarse por escrito (artículo 45 TRLPI). Esta regla regirá la relación de arrendamiento de servicios común (ajena al ámbito laboral) que exista entre el abogado y la persona a quien asesore, aconseje o defienda. Así las cosas, en defecto de cesión efectuada por escrito, el abogado conservará los derechos de explotación en su integridad.

Cosa distinta es el dominio sobre el soporte material en el que se expresa la obra; que no otorga, por sí mismo, derecho de explotación alguno sobre esta última. Esta cuestión entronca con la obligación que, bajo determinadas circunstancias, tiene el abogado de entregar la documentación relativa a un asunto y, entre ella, los escritos que haya elaborado, a otra persona. Así ocurre cuando, en los procedimientos judiciales o administrativos, el cliente requiere al profesional para que le entregue copia de los escritos presentados y recibidos (artículo 48.5 EGAE). Asimismo, en el marco de una sustitución entre profesionales, el abogado sustituido habrá de poner a disposición del compañero sustituto la documentación relacionada con el asunto que tenga en su poder; así como suministrarle los datos e informaciones precisos (artículo 60.2 EGAE). Respecto de este último caso, la Audiencia Provincial de Salamanca, en el Fundamento de Derecho Séptimo de su ya citada Sentencia núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, razona que "*si un abogado quisiera utilizar el trabajo realizado por otro anteriormente (...) debería solicitar autorización (licencia). Otra cosa es que esa licencia se entienda concedida implícitamente si se concede la venia y se pone a disposición del nuevo abogado toda la documentación manejada, incluyendo escritos de demanda, contestación u otros escritos forenses*".

Retomando el estudio de la cesión, cabe señalar que el artículo 51.2 TRLPI consagra una excepción a la regla general de formalización de la cesión prevista en el artículo 45 del mismo texto legal. En virtud de aquel precepto se presume, en defecto de acuerdo escrito, que los derechos de propiedad intelectual existentes sobre la obra elaborada en virtud de una relación laboral[94] "*han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada (...)*". En lo que nos ocupa, lo dispuesto en este artículo se aplicará, en ausencia de pacto escrito y en las condiciones previstas en sus restantes apartados, a los escritos e informes forenses que el abogado elabore en virtud de una relación laboral común, en tanto que "*abogado de empresa*", o especial, en el marco del Real

94. Esta previsión opera en el plano objetivo, relativo a las obras creadas según las instrucciones del empleador o en el desempeño de las funciones encomendadas al trabajador.
En este sentido: RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Artículo 51", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 939 y ss. (941 y 942).

Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos[95].

2.5.2. Alcance de los derechos de propiedad intelectual

2.5.2.1. La información sobre la actualidad y otros límites inherentes a la profesión

Los derechos que integran la propiedad intelectual, y cuya titularidad ha sido estudiada en el apartado inmediatamente precedente, no son absolutos; sino que están sometidos a las limitaciones previstas legalmente (artículo 2 *in fine* TRLPI).

En lo que al objeto del presente trabajo concierne, el artículo 33.2 TRLPI prevé un límite que opera en relación con los informes declamados ante los tribunales. En su virtud, las indicadas creaciones, así como las conferencias, alocuciones y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, podrán ser reproducidas, distribuidas y comunicadas exclusivamente con el propósito de informar sobre la actualidad[96]. En todo caso, el autor conserva el derecho de publicación en colección de tales creaciones.

El fundamento de esta restricción mana de la libertad de información consagrada en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española (CE, en adelante)[97] y su finalidad consiste en garantizar que se informe sobre la actualidad. Por su parte, su objeto se circunscribe a las obras literarias orales que se hayan pronunciado en público, esto es, en un lugar al que el público en general pueda acceder potencialmente. Por consiguiente, su aplicación semeja incompatible con aquellos supuestos en los que el informe declamado ante el tribunal se enmarca en unas actuaciones cuya publicidad ha sido limitada; en la medida en que esta última restricción responde a la salvaguardia de otros derechos que se consideran primordiales en tales casos[98]. Asimismo, en lo que al objeto se refiere, la limitación afecta a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública existentes sobre la creación[99].

---

95. BOE núm. 276, de 18/11/2006.
96. A tenor de lo dispuesto en el indicado precepto, esta finalidad no se exige cuando se trata de discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas.
97. BOE núm. 311, de 29/12/1978.
98. Vid. Artículo 232.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02/07/1985); LOPJ en adelante. Asimismo, frente a la publicidad que, por regla general, caracteriza la fase de juicio oral en el proceso penal, véanse los límites establecidos en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE núm. 103, de 30/04/1977, págs. 9337 a 9343) y 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE núm. 243, de 10/10/1979, págs. 23564 a 23570), adoptadas en garantía del orden público, la seguridad nacional, los intereses de los menores o de la vida privada de las partes en el proceso; entre otras.
99. NAVAS NAVARRO, SUSANA, "Artículo 33. Trabajos sobre temas de actualidad", en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 2009, págs. 264 y ss. (271 y 272).

Por lo demás, esta restricción ha de entenderse en beneficio de los medios de comunicación social, pues son quienes cumplen con la finalidad informativa que subyace a aquélla; finalidad que determinará en qué medida será necesario el ejercicio de las facultades que consagra el artículo 33.2 TRLPI, siendo así que, en principio, podría abarcar la reproducción íntegra de la obra siempre que fuese imprescindible a tal fin[100].

En otro orden de ideas, tal y como expone CADARSO PALAU[101], existen determinados aspectos inherentes al ejercicio de la profesión de la abogacía que ponen coto a ciertos derechos de explotación y, en particular, a la divulgación y publicación de las obras originales elaboradas en su seno. Tales limitaciones pueden provenir de la salvaguardia de los derechos de la personalidad de las partes litigantes y, muy especialmente, de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar[102]. Del mismo, también pueden emanar de las obligaciones de reserva y confidencialidad que impone el derecho y el deber del secreto profesional del abogado; consagrado en los artículos 542.3 LOPJ y 21.1 LOPJ, entre otros preceptos.

2.5.2.2. El límite de la cita y su aplicación en el ámbito forense

Cabe finalizar esta exposición aludiendo a la frontera, en ocasiones borrosa, entre la cita y el plagio. El artículo 32.1 TRLPI proclama la licitud de "la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual (...) siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico". De este modo, sólo se permite hacer uso de tales obras en la medida en que esa utilización esté justificada por fines docentes o de investigación, y siempre incluyendo la referencia a la fuente y el nombre del autor de la creación.

No obstante, tal y como se expone en el apartado 28 del Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, "*la jurisprudencia de la Sala Primera ha advertido que en ningún caso resulta amparada por el derecho de cita la reproducción de una obra original cuando esta no se incorpora a la obra subsiguiente para satisfacer una finalidad de análisis, comentario o crítica, sino para su comunicación, lo que sucede de manera evidente cuando la reproducción cuestionada es muy extensa o íntegra (vid. STS, 1ª, núm. 724/2023, de 16 de mayo de 2023, ponente Ignacio Sancho Gargallo)*"[103].

---

100. LÓPEZ MAZA, S., "Artículo 31 bis-33", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 601 y ss. (686 y 687).
101. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit., pág. 79.
102. En este sentido, el apartado cuarto del artículo séptimo de la 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 14/05/1982) otorga el carácter de intromisión ilegítima a "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".
103. Véase, respecto del supuesto de hecho que motiva el pronunciamiento, lo dispuesto en el apartado 30 de su Fundamento de Derecho Cuarto: "(p)ues bien, en el presente caso sucede que, por un lado, no resulta

En el ámbito forense, las resoluciones judiciales incluyen, con frecuencia, fragmentos de los escritos presentados por las partes. En este sentido, aunque las resoluciones de los órganos jurisdiccionales están excluidas del objeto de la propiedad intelectual (artículo 13 TRLPI), nada obsta para que aquella inclusión comporte la vulneración de los derechos existentes sobre los escritos elaborados por los abogados. Piénsese en el supuesto en el que una sentencia incluye una cita muy extensa del escrito presentado por el letrado de alguna de las partes o que, aun siendo breve, no indica la fuente. En ambos casos, la cita no queda amparada por el límite previsto en el artículo 32.1 TRLPI.

amparado por el derecho de cita un acto de explotación como el cuestionado y que consiste en la reproducción parcial, pero extensa, de la obra de doña Lourdes por parte de doña María, sin ninguna finalidad crítica distinta de la de alcanzar el resultado final de una obra compleja mediante un uso no autorizado por la primera".

3. CONCLUSIONES

I. Los escritos e informes elaborados por los abogados en el ejercicio de la profesión forman parte del objeto de la propiedad intelectual, siempre y cuando constituyan creaciones literarias o científicas expresadas por cualquier medio o soporte. En particular, podrán, según las circunstancias concurrentes en cada caso, quedar subsumidas en las nociones de "escrito" e "informe forense" que contempla expresamente el artículo 10.1.a) TRLPI.

II. La originalidad de las creaciones a las que hace referencia la conclusión precedente habrá de valorarse casuísticamente y según el concepto de marcado carácter subjetivo desarrollado por el Tribunal de Justicia.

III. La utilización de sistemas de IA en la elaboración de los escritos e informes por parte de los abogados puede constituir un obstáculo al nacimiento de la propiedad intelectual sobre tales creaciones. Quedan al margen de esta afirmación los supuestos en los que el modelo de IA se utiliza como una mera herramienta. Por el contrario, los escritos e informes que consistan en el contenido generado por la IA quedan excluidos, en principio, de la protección que brinda la propiedad intelectual, por carecer de autoría humana, a excepción de aquellos supuestos en los que el abogado, en tanto que usuario del sistema, haya efectuado una contribución relevante en cuanto a los prompts e inputs proporcionados.

IV. Nacida la protección, la condición de autor de la obra corresponde al abogado que ha elaborado el escrito o informe de que se trate. Cuando en el proceso creativo han participado varias personas, la categorización de la obra (en colaboración, compuesta, colectiva...) determinará la titularidad de los derechos. En todo caso, las facultades patrimoniales que integran la propiedad intelectual son susceptibles de cesión que, con carácter general, habrá de efectuarse por escrito. No obstante, cuando el autor es un trabajador que elabora la obra en virtud de una relación laboral, opera, en favor de su empleador y salvo pacto en contrario, la excepción prevista en el artículo 51.2 TRLPI.

V. Los derechos que integran la propiedad intelectual sobre los escritos e informes elaborados por los abogados están sujetos a las limitaciones establecidas por la ley y, en especial, las relacionadas con la cita (artículo 32.1 TRLPI) y con la información sobre la actualidad (artículo 33.2 TRLPI); así como a algunas otras dimanantes de la profesión.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. OBRAS DOCTRINALES

ALMONACID LAMELAS, I., "¿Puede una máquina redactar un escrito jurídico? Si y no...", *EsPublicoBlog*, 25/04/2025, https://www.administracionpublica.com/puede-una-maquina-redactar-un-escrito-juridico-si-y-no/ (consultada por última vez el 09/07/2025).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 159 y ss.

CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", *Revista Galega de Administración Pública,* núm. 35, septiembre-diciembre 2003, págs. 73 y ss.

CARRASCO PERERA. Á., DEL ESTAL SASTRE, R., "Artículos 5.º-7.º", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 105 y ss.

COMISIÓN EUROPEA, "Legislación de la UE en materia de derechos de autor", *Web oficial de la Unión Europea*, 15/11/2024, https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/copyright-legislation (consultada por última vez el 03/07/2025).

DELGADO MARTÍN, J., "Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia", *diariolaley*, 05/09/2024 https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/09/16/notas-sobre-el-uso-de-la-ia-generativa-por-profesionales-del-sistema-de-justicia (consultada por última vez el 09/07/2025).

FERNÁNDEZ ALONSO, P., "Abogacía del siglo XXI: Internet, Metaverso e Inteligencia Artificial en el ámbito penal", en ARROYO ABAD, C. y SALVADOR GARCÍA, M. (Coords.), *Inteligencia Artificial y Derecho: Desafíos Éticos, Laborales y Judiciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, págs. 42 y ss.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., *La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021

GOTZEN, F., «Los "conceptos autónomos" en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos de autor», en CÁMARA ÁGUILA, M. P., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (Coords.), *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 27 y ss.

IRAZABAL, E., "La Inteligencia Artificial ya es inevitable para la profesión jurídica", *Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías* (Consejo General de la Abogacía Española), 06/03/2023, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-inteligencia-artificial-ya-es-inevitable-para-la-profesion-juridica/ (consultada por última vez el 09/07/2025).

JIMÉNEZ, I., "La revolución de la IA en la Abogacía", *Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías* (Consejo General de la Abogacía Española), 16/05/2024, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-revolucion-de-la-ia-en-la-abogacia/ (consultada por última vez el 09/07/2025).

LÓPEZ MAZA, S., "Artículo 31 bis-33", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017.

LOZANO, I., "La IA que ya está revolucionando la abogacía: las claves para no quedarte atrás", *Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid* (ICAM), 14/11/2024, https://web.icam.es/la-ia-que-ya-esta-revolucionando-la-abogacia-las-claves-para-no-quedarte-atras/ (consultada por última vez el 09/07/2025).

MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., MINERO ALEJANDRE, G., "Artículo 12", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 212 y ss. (214).

MORELL, J., "La IA generativa legal necesita mejorar", *Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías* (Consejo General de la Abogacía Española), 11/06/2024, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-ia-generativa-legal-necesita-mejorar/ (consultada por última vez el 09/07/2025).

NAVAS NAVARRO, SUSANA, "Artículo 33. Trabajos sobre temas de actualidad", en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 2009, págs. 264 y ss.

NIETO CRUZ, A., *La autoría fantasma*, Escuela de Doctorado de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2024.

OMPI , "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1), *Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA)*, Segunda Sesión, 13/12/2019.

OMPI, "Versión Revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 REV), *Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA)*, Segunda Sesión, 21/05/2020.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Artículo 51", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.

(Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 939 y ss.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *Copyright and Artificial Intelligence*, Part 2: Copyrightability, enero de 2025.

4.2. PÁGINAS WEB

https://dle.rae.es/escrito (consultada por última vez el 03/07/2025).

https://dle.rae.es/algoritmo (consultada por última vez 09/07/2025).

https://prime.tirant.com/es/actualidad-prime/inteligencia-artificial-juridica-mejores-herramientas/ (consultada por última vez el 09/07/2025).

4.3. JURISPRUDENCIA

4.3.1. Tribunal de Justicia

Sentencia de 16 de junio de 2009, *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465.

Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *BSA*, C-393/09, EU:C:2010:816.

Sentencia de 4 de octubre de 2011, *Premier League*, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631.

Sentencia de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798.

Sentencia de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco*, C-604/10, EU:C:2012:115.

Sentencia de 2 de mayo de 2012, *SAS*, C-406/10, EU:C:2012:259.

Sentencia de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899.

Sentencia de 12 de septiembre de 2019, *Cofemel*, C-683/17; EU:C:2019:721.

Sentencia de 11 de junio de 2020, *Brompton*, C-833/18, EU:C:2020:461.

4.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:508).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 429/2002, de 13 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3347).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 542/2004, de 24 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4443).

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 253/2017, de 26 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1644).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 20/2020, de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:55).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 82/2021, de 16 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:497).

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal) núm. 2/2024, de 4 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TSJNA:2024:38A).

4.3.3. Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APSA:2017:170).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:1).

4.3.4. Juzgados de lo Mercantil

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7, núm. 116/2024, de 06/09/2024 (ECLI:ES:JMM:2024:102).

Entre la edad y la madurez: revisión crítica de la responsabilidad penal de menores de edad como autores de delitos graves en España.

FERNANDA PUENTE CÓRDOVA

UNIVERSITAT POMPEU FABRA

Fernanda Puente Córdova

¡Universitat Pompeu Fabra

Segundo premio

XIII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2025

Resumen

El presente estudio pretende abordar la urgente necesidad de revisar el ordenamiento de responsabilidad penal de los menores en España, teniendo en cuenta el incremento de la violencia juvenil, lo que ha generado creciente preocupación social por la eficacia del sistema judicial para estos casos. Si bien el paradigma de protección integral del menor se establece con base en la Convención sobre los Derechos del Niño, que representa un avance jurídico indiscutible y su aplicación no puede convertirse en una garantía incondicionada frente a delitos graves. Esto conlleva a repensar el equilibrio entre protección, prevención y "sanción", siendo mi objetivo presentar una propuesta de flexibilidad en relación con la edad penal mínima y los criterios de imputabilidad aplicables a menores infractores.

De forma que, desde una perspectiva legítima, científicamente fundamentada y comprometida éticamente, este estudio, busca analizar críticamente el sistema actual de responsabilidad penal de menores de edad actual, y proponer una reforma que integre el criterio de discernimiento mental como eje determinante de la imputabilidad, estudiando así la evolución legislativa, los fundamentos constitucionales y los derechos humanos aplicables.

Asimismo, se formula una propuesta legislativa que contemple una revisión del umbral de edad penal mínima y la incorporación de evaluaciones periciales obligatorias, con el fin de avanzar a un sistema eficaz y ajustado a la realidad psicosocial de los menores implicados en delitos graves.

Palabras clave: responsabilidad penal, menores, evolución, interés superior, discernimiento mental, flexibilidad, propuesta legislativa.

Listado de abreviaturas

CP
Código Penal

LORPM
Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores

LOPJM
Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor

LOPIVI
Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

AEP
La Asociación Española de Pediatría

Fundación ANAR
Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo

DGAIA
Dirección General de Atención a la Infancia y adolescencia

OCDE
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Sumario

INTRODUCCIÓN **299**

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN ESPAÑA (2000–2025) **300**
1.1 Antecedentes normativos: Código Penal anterior a 2000 300
1.2 La Ley Orgánica 5/2000 y su impacto 301
1.3 Medidas de protección infantil: Derechos humanos del menor infractor y de la víctima 302

2. EDAD E IMPUTABILIDAD PENAL: MARCO JURÍDICO Y PSICOLÓGICO55
2.1 Análisis de la edad penal mínima 305
2.2 La noción de discernimiento mental y su relevancia jurídica 306

3. EVOLUCIÓN PSICOLÓGICA DEL MENOR INFRACTOR (2000–2025) **308**
3.1 Influencia de factores sociales y tecnológicos: salud mental y conductas disruptivas en menores 308
3.2 Redes sociales, videojuegos, música, cine y sus efectos conductuales 311

4. CASOS RELEVANTES Y ANÁLISIS PRÁCTICO **314**
4.1 Casos reales de menores infractores como autores de delitos graves 322
4.2 Reincidencia, impacto legal, mediático y social 317
4.3 Eficacia del sistema penal juvenil: opiniones doctrinales 318

5. REEDUCACIÓN, PELIGROSIDAD Y PROPUESTA DE REFORMA **320**
5.1 Reinserción vs. medidas punitivas 320
5.2 Derecho comparado: Alemania, Francia, Países Bajos e Italia 321
5.3 Propuesta: imputabilidad condicionada al discernimiento mental 323

CONCLUSIÓN **327**

BIBLIOGRAFIA **329**
LEGISLACIÓN 331
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL 332
JURISPRUDENCIA 333

Entre la edad y la madurez: revisión crítica de la responsabilidad penal de menores de edad como autores de delitos graves en España Fernanda Marisol Puente Córdova

INTRODUCCIÓN

Mediante el presente estudio pretendo abordar el incremento de delitos graves cometidos por menores infractores en las últimas décadas, siendo que ha generado un intenso debate jurídico, político y social en torno a la responsabilidad penal de los menores de edad, teniendo en cuenta a su vez la digitalización precoz, los cambios en los modelos familiares y el deterioro de la salud mental de los menores infractores. En este sentido, se presenta el enfrentamiento de la disyuntiva compleja siendo la necesidad de garantizar la protección integral de la infancia sin obviar la peligrosidad real de los comportamientos delictivos protagonizados por los menores infractores, de forma que llamo a cuestionar los fundamentos normativos de nuestro ordenamiento jurídico considerando que se encuentra anclado en un criterio cronológico rígido, presumiendo la inimputabilidad de los menores de 14 años y las medidas de la responsabilidad penal de 14 a 18 años.

Parto desde una preocupación legítima ya que la responsabilidad penal de los menores de edad se basa exclusivamente en la edad biológica como umbral de imputabilidad, siendo que no refleja las diferencias reales en el desarrollo cognitivo y emocional de los menores infractores, de forma que, este desequilibrio puede conllevar a respuestas disfuncionales pudiendo ser excesivamente benignas frente a conductas gravísimas, o pudiendo ser desconectadas de la finalidad educativa que inspira la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Por consiguiente, a través de un análisis crítico de nuestro ordenamiento jurídico y en base a un derecho comparado con otros países se busca argumentar la posibilidad de transitar hacia un modelo más flexible y ajustado a la realidad psicosocial de los menores infractores, de forma que se estudia el criterio de discernimiento mental siendo la capacidad individual para comprender la ilicitud del hecho típico, independientemente de la edad cronológica ya que no refleja necesariamente el grado real de discernimiento o peligrosidad del menor infractor.

En este sentido, el presente estudio pretende contribuir a un debate de actualidad mediante argumentos jurídicos y psicológicos, proponiendo una revisión legislativa, intentando buscar un equilibrio real entre el interés superior del menor, la seguridad colectiva y la protección de las víctimas, lo cual da a repensar las categorías tradicionales de la imputabilidad penal desde una perspectiva más flexible y fundamentada.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN ESPAÑA (2000–2025)

En este primer capítulo se pone de relieve la solidez de nuestro ordenamiento jurídico, y, a su vez quiero hacer referencia a los vacíos funcionales en contextos de criminalidad grave.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores, el tratamiento penal de los menores infractores se encontraba regulado por disposiciones fragmentarias objeto de constante debate, dado que presentaba una escasa especialización procesal. En este sentido, su entrada en vigor supuso un cambio estructural con un enfoque educativo y restaurativo, adaptándolo a las características psicosociales de los menores infractores.

En este sentido, a lo largo de la vida de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores se han presentado diversas reformas, siendo las más relevantes las introducidas por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, donde se ha perfilado el contenido y han aumentado las garantías procesales, manteniendo el criterio de edad cronológica para la imposición de medidas y así como para determinar la inimputabilidad del menor infractor.

1.1 Antecedentes normativos: Código Penal anterior a 2000

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, "LORPM"), los Tribunales de Menores o Tribunales Tutelares eran quienes actuaban con fines protectores, así como de reforma juvenil, sin garantías procesales, en este sentido, los menores estaban sujetos a un modelo tutelar desde el año 1948. En consecuencia y conforme a lo establecido en la STC 36/1991, 14 de febrero[1], se procedió a la

1. STC 36/1991, 14 de febrero. FJ 6.
"(...) Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 LTTM, en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el

aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento en los Juzgados de Menores, mediante la cual se introdujeron garantías procesales en los procedimientos de menores.

Cabe resaltar que la reforma otorgó al Ministerio Fiscal un papel central en el proceso, encargándole no solo la dirección de la investigación, sino también la protección de los derechos del menor y la iniciativa procesal, y se estableció un nuevo umbral de edad, excluyendo de responsabilidad penal a los menores de 12 años, quienes no podían ser sometidos a ningún procedimiento judicial.

Finalmente, el Código Penal de 1995 (en adelante, "CP") consolidó que los menores de 18 años no serán penados mediante el presente ordenamiento penal, sino conforme con la LORPM, que a su vez fijó la edad mínima de responsabilidad penal, pasando de ser 12 a 14 años, de forma que, en la actualidad, los menores de 14 años son inimputables penalmente recibiendo medidas de protección y no sanciones penales.

1.2 La Ley Orgánica 5/2000 y su impacto

Con la entrada en vigor de la LORPM se intentó establecer un punto de inflexión hacia un modelo restaurativo y educativo, adaptado a las características psicosociales de los menores infractores. En este sentido, se estableció un régimen especial para los menores, con un proceso penal juvenil separado, mediante la dirección de la investigación a cargo del Ministerio Fiscal.

Por consiguiente, la separación se enmarca en concretamente dos tramos a tenor de los artículos 9 y 10 de la LORPM (para delitos graves como homicidio y asesinato, realizándose la tipificación mediante los artículos 138 y 139 del CP):

i. 14 a 15 años, si un menor de este rango de edad comete un delito como los antes establecidos, tras la reforma del 2006 de la LORPM, la medida de internamiento en régimen cerrado será como máximo de 1 a 5 años, más hasta 3 años de libertad vigilada.

ii. 16 a 17 años, si un menor de este rango de edad comete un delito grave como los antes establecidos, tras la reforma del 2006 de la LORPM, el juez debe imponer internamiento en régimen cerrado de 1 a 8 años, más hasta 5 años de libertad vigilada al salir, pudiendo poner como ejemplo que en caso de un delito con resultado de muerte y alevosía cometido por un menor de 17 años podría conllevar a una medida de internamiento en régimen cerrado de

vacío producido. Afortunadamente el mencionado art. 40.2 b) de la CDN y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el art. 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia, en el proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea"

8 años más los 5 años de libertad vigilada, siendo que estas medidas se pueden prorrogar hasta que el menor cumpla 21 años como máximo, según lo establecido en el artículo 14 de la LORPM, pudiendo hacer referencia al caso de Sandra Palo (17 de mayo, 2003), donde los menores condenados por violación y asesinato cumplieron medida de internamiento de 4 a 8 años.

Cabe decir que, las medidas antes establecidas son sustancialmente más benignas que las penas para adultos tipificadas en el CP, siendo que a su vez el internamiento se ejecuta en centros específicos para menores, con personal técnico especializado. Asimismo, al concurrir casos como el antes establecido (Sandra Palo), se abre el debate con el fin de endurecer las consecuencias para menores violentos, sin embargo, la ley se ha mantenido en el enfoque rehabilitador, previendo asistencia psicológica y educativa, teniendo en cuenta la "inmadurez" de los adolescentes incluso en este tipo de delitos.

Por otro lado, se establece el régimen de inimputabilidad de menores de 14 años, siendo un umbral de inimputabilidad absoluta, teniendo como premisa de que el desarrollo madurativo del niño no le permite comprender la ilicitud de sus actos, esto quiere decir que si un menor de 13 años o menos comete un delito grave no se le puede incoar causa penal. En este sentido, el criterio ha sido respaldado mediante la doctrina jurídica internacional en términos generales, y, asimismo, se encuentra en constante debate en delitos de especial gravedad, ya que nos debemos remitir a las entidades de protección, adoptando medidas asistenciales, educativas o terapéuticas, que desde un punto de vista garantista podría considerarse adecuado. No obstante, genera una sensación de impunidad suponiendo inseguridad jurídica.

1.3 Medidas de protección infantil: Derechos humanos del menor infractor y de la víctima

El enjuiciamiento penal de menores se realiza mediante un equilibrio entre los intereses y derechos humanos, debiendo hacer referencia a estándares internacionales, en especial los derechos humanos del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en las Naciones Unidas en 1989, siendo ratificada por España en 1990, ya que se le constituye como el principal instrumento internacional en materia de derechos de la infancia, marcando un hito en el tratamiento legal de menores infractores, ya que reconoce su dignidad y necesidad de reinserción.

En este sentido, la Convención establece que los Estados deben adoptar un sistema especializado por los menores infractores, donde se prohíbe la tortura y penas crueles a menores, a tenor literal del artículo 37 de la Convención.

"Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles,

inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad"

Lo antes expuesto ha influenciado en nuestro ordenamiento, al descartar castigos irreversibles para los menores infractores, sin perjuicio de la gravedad de sus delitos. Asimismo, el artículo 40 de la Convención, reconoce el derecho del menor infractor a ser tratado conforme su edad, haciendo referencia a la reintegración del menor, estableciendo garantías procesales.

Por consiguiente, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, "LOPJM"), reconoce los derechos fundamentales de los menores, siendo inspirada bajo el marco jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que la ley ha reconocido la vulnerabilidad y necesidad de cuidados específicos por parte de la familia, el Estado y la sociedad, siendo a su vez objeto de modificaciones sustanciales mediante la Ley Orgánica 8/2015, donde reforzó la consideración del interés superior del menor como principio rector de toda actuación administrativa y judicial, estableciendo a su vez medidas de detección y corrección de situaciones de desamparo social.

Cabe decir que, en el ámbito penal la LOPJM no influye directamente, ya que reconoce el deber de las Administraciones Públicas de garantizar la integración social y protección de los menores no haciendo distinción entre los menores infractores, por lo que, es una base civil complementaria al tratamiento penal, siendo posteriormente consolidada por la LORPM.

Asimismo, la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, "LOPIVI"), ha reforzado el enfoque preventivo, por lo que establece protocolos obligatorios para la detección precoz de conductas violentas, siendo medidas de las entidades educativas, sanitarias y sociales.

Conforme lo antes expuesto, hay que hacer referencia a los derechos humanos de las víctimas menores de edad, considerando que, desde una perspectiva crítica, el ordenamiento jurídico español se ha centrado en la defensa y protección de los derechos de los menores infractores, dejando de lado a la víctima (sea adulta o menor, siendo que posee el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no desaparece por el hecho de que el agresor sea menor de edad), por lo que, es importante dar voz y asistencia también a los menores que han sido víctimas de estos delitos, incluso si el victimario es otro menor, ya que si bien se protegen los derechos procesales del menor infractor, también hay que proteger los derechos de la familia de la víctima menor de edad otorgando información, participación y reparación, siendo que el interés superior del menor agresor no debe anular el derecho a la justicia de la víctima menor, considerando que el interés superior del menor, principio consagrado en el

artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no hace distinción entre víctima o agresor, de forma que lograr el equilibrio entre los derechos del menor infractor y de la víctima es un desafío permanente, ya que no se trata de confrontarlos, sino de armonizarlos.

2. EDAD E IMPUTABILIDAD PENAL: MARCO JURÍDICO Y PSICOLÓGICO

Nuestro ordenamiento ha establecido la edad mínima para ser considerado responsable penalmente mediante un régimen exclusivamente cronológico, estableciendo que solo podrán ser enjuiciados aquellos menores que tengan más de 14 años al momento de cometer el hecho delictivo, este umbral objetivo evita someter al menor a valoraciones individuales de madurez psicológica, ya que considera la presunción de un insuficiente discernimiento para comprender plenamente la ilicitud de sus actos.

Cabe señalar que se ha mantenido la valoración individual únicamente cuando los menores infractores se encuentran por debajo del umbral de edad para ser considerados imputables penalmente. En este sentido, el legislador adopta un criterio biológico-objetivo, con un enfoque diferenciado respecto al sistema punitivo aplicable a los adultos, y reconociendo su flexibilidad mediante la adopción de la respuesta penal a las características evolutivas de los menores infractores que tienen la edad mínima establecida en la LORPM.

2.1 Análisis de la edad penal mínima

Como ya se ha mencionado, en España la edad mínima para que un menor pueda ser considerado penalmente responsable es de 14 años., siendo un criterio cronológico, ya que se presume una falta de madurez suficiente para comprender plenamente el alcance ilícito de los actos propios lo que implica la exclusión del menor infractor de la culpabilidad penal. En este sentido, el CP ha fijado la mayoría de edad en los 18 años, a tenor de lo previsto en el artículo 19 del texto legal, donde se remite a su vez a la LORPM con el fin de un proceso especial para los menores infractores.

Partiendo de esta premisa cronológica, puede afirmarse que nuestro ordenamiento jurídico mantiene el régimen punitivo sobre la base de un criterio biológico-objetivo en lugar de uno psicológico individual. En este sentido, el establecimiento de una edad mínima obedece a la idea de que las infracciones que han cometidos los menores carecen en general de relevancia penal y en los supuestos graves se ha considerado que se puede afrontar mediante el ámbito familiar o asistencial (como lo antes dicho sobre la protección de menores), sin necesidad de recurrir a un sistema sancionador. Cabe decir que, este modelo implica evitar la evaluación del discernimiento individual en cada proceso, dado que no se valora la capacidad real de comprensión del hecho delictivo por parte del menor infractor en el momento de imponer la medida.

Por consiguiente, en el derecho comparado, la mayoría de los ordenamientos convergen en un umbral similar, con ciertas variaciones, fijando un umbral entre 12 a 14 años, si bien hay países que establecen una edad mínima de 10 años como es el caso de Inglaterra y Gales, aunque este umbral ha sido objeto de críticas, dado que las tendencias internacionales en derechos humanos abogan por no fijar edades excesivamente tempranas.

En este sentido mediante la LORPM España ha fijado su edad mínima a 14 años ipso iure, donde sólo se permite enjuiciar penalmente a los menores infractores que tengan al menos 14 años al momento del hecho delictivo, por consiguiente, en caso de que los menores se encuentren por debajo de dicha edad, no existe imputabilidad penal alguna ipso iure, considerando de forma general una falta de discernimiento suficiente sin un previo estudio psicológico al menor.

2.2 La noción de discernimiento mental y su relevancia jurídica

El concepto de discernimiento mental, ya mencionado previamente, alude a la capacidad de la persona para comprender el carácter ilícito de su conducta y adecuar su comportamiento a dicha comprensión. En consecuencia, la aptitud cognitivo-volitiva constituye un presupuesto esencial para la imputabilidad penal en el caso de los menores de edad. Solo quien posee suficiente discernimiento y voluntad para cometer el hecho típico puede ser declarado penalmente culpable del mismo.

En este sentido, debe tenerse en cuenta el factor psicológico evolutivo del discernimiento en el menor, el cual se desarrolla durante la niñez y la adolescencia de forma altamente individual y variable. El proceso de maduración cognitiva es continuo, pero no todos los seres humanos lo experimentamos de igual manera ni al mismo ritmo.

Sin embargo, el legislador ha optado por fijar la edad mínima como un indicador sustitutivo de la probabilidad de que exista o no discernimiento. Así, nuestro ordenamiento reconoce una inmadurez relativa. Doctrinalmente, se ha debatido si cabe hablar de una imputabilidad disminuida o atenuada en los menores. Una parte de la doctrina entiende que la responsabilidad penal juvenil es sui generis, manteniendo una diferencia cualitativa respecto de los adultos, al considerar que la inmadurez del menor debe influir en la determinación del grado de culpabilidad exigible. Por otro lado, otra parte de la doctrina ha postulado la imputabilidad absoluta a partir de los 14 años, donde el menor infractor sería responsable en sentido estricto. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional se pronunció a favor un régimen legal especifico y diferenciado del régimen penal de adultos, donde no se exime de responsabilidad a los menores, sino que se adapta a un tratamiento punitivo específico.

Cabe señalar que nuestro sistema jurídico adopta la noción de discernimiento mental en ciertas situaciones, siempre que la edad del menor infractor sea entre los 14 a 17 años, he incluso prevé la aplicación de la LORPM a adultos de entre 18 a 21 años, atendiendo a su madurez, según lo dispuesto en el artículo 69 del CP y en relación con la exposición de motivos décima de la LORPM.

> *"La aplicación de la presente Ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, prevista en el artículo 69 del Código Penal vigente, podrá ser acordada por el Juez atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos. Estas personas reciben, a los efectos de esta Ley, la denominación genérica de "jóvenes".*

En este sentido, se mantiene una cierta "flexibilidad" para modular de la intervención en función de la madurez real del infractor, valorándose las circunstancias personales y evolutivas del menor infractor, a tenor de lo previsto en el artículo 7.3 de la LORPM con el fin de ajustar el contenido educativo al nivel de discernimiento individual de cada menor.

3. EVOLUCIÓN PSICOLÓGICA DEL MENOR INFRACTOR (2000–2025)

Desde la entrada en vigor de la LORPM hasta la actualidad, hemos vivido una transformación radical en la era digital. Frente a esta realidad, el legislador no puede permanecer ajeno. Si bien se han introducido reformas a la LORPM, seguimos acomodando procedimientos y sanciones sin profundizar en el estudio psicológico y cognitivo de los menores infractores, sean estos imputables o inimputables. No se tiene en cuenta que son sujetos en pleno desarrollo emocional, lo que ha provocado que en numerosos procedimientos la edad biológica pese más que el grado real de madurez del menor infractor. En consecuencia, se imponen medidas sin analizar en profundidad las causas reales de la conducta.

Desde mi perspectiva, sostengo que la valoración del discernimiento del menor debe constituir el eje central de todo procedimiento judicial. No se trata de eximir de responsabilidad, sino de adoptar un enfoque que combine medidas y rehabilitación, evaluando factores como la exposición temprana a contenidos violentos, la carencia de supervisión digital y el impacto del ocio infantil cada vez más sedentario. Solo así podremos orientar las medidas hacia una verdadera protección integral del menor, garantizando la eficacia de la medida impuesta.

En definitiva, el avance de la justicia debe ser equilibrado, colocando el interés superior del menor al mismo nivel que la seguridad colectiva. Es necesario reconocer que la era digital, junto con la mente en desarrollo de la infancia y la adolescencia, exigen respuestas más adaptadas a su realidad tecnológica y emocional.

3.1 Influencia de factores sociales y tecnológicos: salud mental y conductas disruptivas en menores

En las últimas dos décadas hemos experimentado transformaciones significativas en el desarrollo emocional y cognitivo. En este sentido, en el año 2000 se presentó el concepto de los nativos digitales, tal como lo expresó Marc Prensky (2001), al describir a la juventud criada desde temprana edad en entornos tecnológicos. Esta generación ha estado rodeada por dispositivos electrónicos e internet, lo que ha influido en su aprendizaje, socialización y procesamiento de la información.

Por consiguiente, el estilo de ocio infantil ha cambiado drásticamente. Desde los años 2000, los menores dedican cada vez más tiempo a actividades sedentarias frente a pantallas, dejando de lado las actividades físicas al aire libre.

Este cambio ha conllevado un incremento de la obesidad infantil, pero también se ha asociado con otras consecuencias físicas relevantes, como alteraciones posturales, miopía por sobreexposición a pantallas, fatiga visual, trastornos del sueño y entre otros. Estos riesgos físicos, sumados a las consecuencias psicológicas, como dificultades relacionales, baja autoestima y síntomas depresivos, pueden afectar gravemente la conducta y adaptación social del menor.

Asimismo, en el 2015 se presentó un estudio realizado por el Instituto Tecnológico Desconecta que posicionó a España a la cabeza de las estadísticas europeas respecto a la adicción a internet y al uso de dispositivos móviles "*España es el país con más adicción adolescente a Internet de toda Europa: un 21,3% de los adolescentes españoles son adictos a la red, frente al 12,7% de media europea*"[2]. También se mencionó la nomofobia, es decir, el miedo a no tener el móvil disponible, pues la mayoría de los jóvenes experimentan ansiedad cuando están desconectados y sienten la necesidad compulsiva de revisar las notificaciones constantemente. Así, el uso excesivo de internet puede alterar tareas cotidianas como el estudio, el deporte o incluso el sueño. Por ello, la salud pública ha advertido sobre el uso adictivo de redes sociales, considerando que debe incluirse entre las nuevas adicciones, al nivel de otras conductas compulsivas.

En cuanto al desarrollo cognitivo, el fácil acceso a la información supone una ampliación cultural de los menores, quienes desde edades tempranas han aprendido a manejar dispositivos que estimulan sus habilidades. Sin embargo, se presentan preocupaciones sobre los posibles efectos negativos. En este sentido, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España y Mobile Word Capital Barcelona, impulsaron un estudio sobre el impacto del aumento del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes, junto con expertos en la materia -Laura Cuesta Cano, Ignacio Guadix y Jorge Flores-, definiendo el estudio publicado por la Fundación ANAR "*Según el estudio publicado por la Fundación ANAR 2022, de todas las consultas atendidas con adolescentes y jóvenes, los casos de autolesiones se han multiplicado por 45,7 en esta década (con una tasa de crecimiento en los últimos 11 años de 4.468%) y la conducta suicida se ha multiplicado por 34,8 (tasa de crecimiento del 3.376%). Superando, de este modo, por primera vez, los problemas de salud mental a los de violencia. Muchos de los estudios que han abordado el uso excesivo de Internet lo han hecho desde la perspectiva del uso compulsivo, para lo que han desarrollado herramientas como la escala CIUS (Compulsive Internet Use Scale). También encontramos la Escala de Uso Problemático de Internet en adolescentes (EUPI-a)12, una herramienta adaptada al contexto cultural español y al lenguaje de adolescentes.*"[3].

2. Instituto Psicológico Desconect@. (2015). "*El uso del teléfono móvil en España*" p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF. < informe_moviles.compressed.pdf >
3. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España y Mobile World

En este sentido, la incorporación de la tecnología avanza rápidamente con la edad. Un 23,3% de los menores de 10 años ya disponen de un dispositivo móvil; a los 11 años un 45,7% igualmente ya cuentan con este. Así el INE 2023[4] muestra, como en dos, décadas hemos pasado de la excepcionalidad a la universalización del móvil en la infancia.

Todo lo antes expuesto, nos lleva a hablar sobre la evolución psicológica de la infancia y adolescencia ya que entre el 2000 y el 2025 se presencia un entramado de influencias tecnológicas y culturales sin precedentes. Los menores están madurando en un contexto altamente digitalizado, lo que conlleva ventajas, pero también un creciente deterioro de la salud mental juvenil. Las autolesiones y conductas suicidas han ido en aumento, de forma que, ante está alarma social La Asociación Española de Pediatría (AEP) emitió un comunicado en el que recoge cifras preocupantes: antes del 2020, se estimaba que el 18% de los menores se había autolesionado al menos una vez; que el 30% había tenido una ideación suicida y un 10% había intentado suicidarse, con un 2% que efectivamente requirió atención médica. Durante el COVID-19, estos datos empeoraron significativamente: la Fundación ANAR reporto en 2020 un 145% más de llamadas por intentos de suicidio y un 180% más por autolesiones. Ese año presentamos 14 niños menores de 15 años que se suicidaron y el doble en el 2019. Entre las causas más destacadas se encuentran: la falta de atención a trastornos como la depresión o el acoso, el aislamiento, el estrés académico y el impacto negativo de las redes sociales[5].

Estas conductas disruptivas constituyen un llamado de atención para nuestros sistemas educativos y a nuestro ordenamiento jurídico. Siendo que cualquier intervención judicial a un menor infractor debería contemplar el entendimiento a las causas multifactoriales detrás de la conducta.

Por tanto, debemos transitar hacia una visión jurídica más acorde con la psicología actual, situando el interés superior del menor y su estado madurativo como ejes centrales en la toma de decisiones judiciales y educativas.

Capital Barcelona (2024). "*Impacto del aumento del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes*" p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF < Impacto del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes

4. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores > Se observa que el 93,1% de los y las menores de 10 a 15 años usa ordenador, el 94,7% navega por Internet y el 70,6% utiliza teléfono móvil. Desglosado por franjas de edad, destaca que un 23,3% de los menores de 10 años ya tiene móvil propio; el 45,7%, con 11 años; el 72,1%, con 12 años; el 88,2%, con 13 años; el 94,1%, con 14 años; y el 94,8%, con 15 años.

5. Asociación Española de Pediatría (AEP) (2022). "*Posicionamiento sobre el aumento de autolesiones y suicidio en niños y adolescentes*". Publicado digitalmente. Formato PDF. < Microsoft Word - 20220126 Comunicado AEP Grupo Salud Mental de la Infancia.docx >

3.2 Redes sociales, videojuegos, música, cine y sus efectos conductuales

El impacto social y emocional que puede suponer el uso de las redes sociales se presenta en edades cada vez más tempranas, Al inicio de la era digital, el acceso a internet era limitado y bajo supervisión, pero en la actualidad el panorama ha cambiado radicalmente. Prácticamente todos los adolescentes, e incluso muchos niños, utilizan redes sociales a diario, lo que ha transformado su forma de relacionarse. Estas plataformas han creado espacios de pertenencia y expresión, donde los jóvenes interactúan mediante comentarios o publicaciones. Sin embargo, el uso excesivo puede generar efectos adversos en la salud mental, como sentimientos de aislamiento y ansiedad social, especialmente en una etapa donde los menores están construyendo su autoestima y pueden compararse con imágenes idealizadas, generando sentimientos de inferioridad o insatisfacción.

En este sentido, el uso ya generalizado de internet y las redes sociales, según datos del INE 2023, ha supuesto un cambio profundo en los hábitos y en la configuración de la personalidad niños y adolescentes. Estudios recientes donde se revelan que los menores hacen un uso intensivo y sin supervisión de internet y redes sociales, *"A este respecto, sus datos revelan que el 31,5% usa Internet más de 5 horas al día entre semana, el 58,4% duerme con el móvil o la Tablet en la habitación, conectándose el 21,6% de ellos/as a partir de las 12 de la noche (todos/casi todos los días), el 57,5% lleva el móvil a clase y un 6,7% lo utiliza durante las clases para fines no docentes (todos/casi todos los días). Asimismo, el 98,5% de las/los adolescentes está registrado en alguna red social y casi 2 de cada 3 cuenta con más de un perfil en una misma red social, que utilizan selectivamente para familia y conocidos o para el grupo de iguales. Esto implica que, con frecuencia, "los progenitores puedan llegar a tener una falsa sensación de control" (Andrade y col., 2021)."*[6]

Los menores actuales, nativos digitales, tienden a percibir de forma difusa la línea entre lo virtual y lo real. Esto ha generado riesgos que van desde aspectos "relativamente sutiles" hasta amenazas graves, destacando la exposición a contenidos inapropiados como el contacto con desconocidos potencialmente malintencionados, imágenes violentas o sexualmente explícitas, y discursos que fomentan el odio, incluyendo comunidades que incitan a la autolesión o al suicidio.[7]

---

6. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores >
7. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores > Los principales riesgos señalados abarcan desde el miedo a perderse algo en las redes (FOMO), hasta la

Por otro lado, los videojuegos han pasado de ser un entretenimiento minoritario para convertirse en una industria cultural central en la vida de niños y adolescentes. Su auge ha suscitado tanto preocupaciones como hallazgos relevantes sobre su influencia en el desarrollo cognitivo. Por consiguiente, se puede destacar el contenido violento que numerosos videojuegos presentan, generando debates sobre si exponer a menores a dicha violencia virtual aumenta su agresividad o insensibilidad, de forma que, algunos psicólogos han advertido que la exposición precoz sin la debida supervisión puede suponer normalizar la violencia como forma de resolver conflictos y asimismo insensibilizar a los niños y adolescentes al sufrimiento ajeno.

No obstante, el contenido violento no debe considerarse como el único factor determinante de conductas agresivas. Los factores familiares y sociales también son altamente influyentes. Por ello, una supervisión adecuada puede mitigar los riesgos del uso problemático de videojuegos y, en algunos casos, permitir beneficios cognitivos o educativos, como el aprendizaje de idiomas o el desarrollo del ingenio.

Asimismo, la música, el cine y otros contenidos audiovisuales contemporáneos han ejercido una influencia notable en la conducta de los menores, al transmitir valores, modelos de conducta y referentes culturales. En las últimas dos décadas, niños y adolescentes han estado expuestos a mensajes que han influido en sus actividades y comportamientos de múltiples formas, por ejemplo, el auge de la música urbana ha marcado las preferencias de la juventud española. Estudios como el realizado en 2023 por la Universidad de León[8] advierten que muchas letras de reguetón comercial reproducen estereotipos machistas y glorifican la cosificación de la mujer o incluso la violencia sexual. La escucha reiterada de este tipo de mensajes puede facilitar la interiorización de estereotipos negativos.

Ahora bien, es importante matizar que la influencia de la música no es homogénea. Muchos jóvenes disfrutan del ritmo y la moda sin necesariamente

---

exposición a determinados cánones estéticos; reducción de relaciones sociales; robo y difusión de información personal; acceso a información errónea (fake news); contacto con extraños; exposición a imágenes y contenido sexual explícito; exposición a contenidos de odio y/o violencia; ciberacoso; acoso sexual; grooming; chantaje y sextorsión; mensajes que incitan a autolesionarse e incluso a cometer suicidio, etc. (Andrade y col., 2021; ONTSI; 2023; Muppalla y col., 2023; OECD, 2023; UNICEF, 2023; ONU, 2023; Li y col., 2023). Según el último Informe de Seguridad Online de Microsoft, el 74% de los y las adolescentes reconoce haber experimentado alguno de estos riesgos en Internet.
Concretamente, las cifras relativas al acoso escolar continúan siendo preocupantes: 1 de cada 3 adolescentes podría estar siendo víctima de acoso escolar y 2 de cada 10 adolescentes podría estar siendo víctima de ciberacoso. Estas graves conductas se relacionan con otras conductas de riesgo online, como el sexting o el contacto con desconocidos, lo que evidencia la necesidad de mejorar la labor de prevención y priorizar la lucha contra el acoso escolar y el ciberacoso (Andrade y col., 2021).

8. Díez Gutiérrez, E. J., & Muñiz Cortizo, L. M. (2023). "Educación reguetón: ¿Educa el reguetón en la desigualdad?" Publicado digitalmente. Formato PDF. < Vista de Educación reguetón >

adoptar los contenidos de las letras. Algunos desarrollan un pensamiento crítico que les permite disociar el entretenimiento de la realidad.

En este sentido, la exposición temprana a contenidos violentos o sexualmente explícitos, como ocurre en ciertas series populares entre adolescentes -por ejemplo, *Élite*, *Euphoria* o *La Casa de Papel*-, puede contribuir a la desensibilización o a la normalización de conductas extremas. Estas producciones retratan delitos, drogas, sexo y estilos de vida transgresores que, si bien forman parte de la ficción, influyen en la percepción de la realidad en mentes en desarrollo.[9]

Cabe destacar que, a inicios de la era digital, las preocupaciones parentales se centraban en controlar el contenido al que accedían los menores. Hoy el desafío es mucho más complejo, ya que redes sociales, videojuegos, cine y series interaccionan entre sí, amplificando los riesgos.

De esta manera, lo anterior demuestra que no todos los seres humanos funcionan de igual manera: el discernimiento mental varía según cómo cada persona se adapta a la sociedad. En el caso de los menores, ahora más que nunca se requiere una guía clara y límites firmes. Sin embargo, existe un déficit de supervisión: solo un 36 % de menores ha recibido formación específica en ciberseguridad en su centro educativo[10]. Por lo que, es crucial la implicación activa de padres, docentes y profesionales sanitarios, para fomentar estrategias que permitan equilibrar los beneficios y los riesgos de la era tecnológica en la infancia.

---

9. Academia Americana de Psiquiatría Infantil (2025). "Los Niños y la Violencia en la Televisión" Formato digital. < Los Ninos y la Violencia en la Television >
Los niños que se exponen excesivamente a la violencia en la televisión tienden a ser más agresivos. Algunas veces, el mirar un sólo programa violento puede aumentar la agresividad. Los niños que miran espectáculos en los que la violencia es muy realista, se repite con frecuencia o no recibe castigo, son los que más tratarán de imitar lo que ven. Los niños con problemas emocionales, de comportamiento, de aprendizaje o del control de sus impulsos puede que sean más fácilmente influenciados por la violencia en la TV. El impacto de la violencia en la televisión puede ser evidente de inmediato en el comportamiento del niño o puede surgir años más tarde y la gente joven puede verse afectada aun cuando la atmósfera familiar no muestre tendencias violentas.

10. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores >
Destaca en la actualidad el escaso nivel de supervisión que parecen ejercer madres y padres, "no del todo conscientes de su papel como modelo en el uso de las pantallas, de la necesidad de acompañamiento y de establecer una buena higiene digital en el hogar": sólo el 29,1% de las familias ponen a sus hijos/as adolescentes algún tipo de normas o límites sobre el uso de Internet y/o las pantallas; sólo el 23,9% limitan las horas de uso y el 13,2% los contenidos a los que pueden acceder (Andrade y col., 2021)

4. CASOS RELEVANTES Y ANÁLISIS PRÁCTICO

Mediante el presente capítulo se aborda el tratamiento jurídico y social de los delitos graves cometidos por menores, poniendo especial atención a casos expuestos como homicidios o agresiones sexuales. En este sentido, bajo nuestra normativa vigente -la LORPM y el CP- se distingue entre menores inimputables y menores que responden penalmente, siendo un sistema que prioriza la reeducación y la reinserción del menor infractor.

No obstante, la creciente gravedad de algunos hechos delictivos que han sido protagonistas menores genera un debate profundo sobre la limitación que tiene nuestro ordenamiento penal, en este sentido, se estudia casos como el de Sandra Palo, "El Cuco", el menor que asesino a un docente en Barcelona, o los más reciente de Castro Urdiales y el abuso sexual que hubo en el colegio de Granada, ya que más allá de su trágico contenido, se pone en evidencia ciertas lagunas estructurales del sistema de protección a la infancia, el control parental y el entorno educativo. Muestran que determinados comportamientos han desbordado la capacidad del sistema para prevenir la reincidencia, proteger a las víctimas y garantizar una respuesta proporcional al daño causado.

Por consiguiente, se examina los principales problemas que afronta nuestro ordenamiento jurídico, como la reincidencia, la posible insuficiencia de las medidas actuales, los límites de la edad sobre le inimputabilidad penal. Se analizan las dos corrientes doctrinales que abordan el debate siendo la garantista centrada en la función educativa y la punitiva que reclama respuestas más severas ante delitos graves.

4.1 Casos reales de menores infractores como autores de delitos graves

En base la imputabilidad penal de los menores de edad se analizan casos paradigmáticos que han alimentado el debate y asimismo se demuestra la reincidencia de algunos menores infractores:

I. **Sandra Palo (2003):** En este caso, tres menores de 14 y 16 años fueron condenados con las penas máximas previstas en la LORPM siendo autores del delito de secuestro, violación y asesinato de una joven madrileña. Tuvieron varios años de libertad vigilada tras cumplir con el internamiento cerrado, sin embargo, quedó en evidencia que la reinserción no fue efectiva, ya que los

tres siguieron delinquiendo de forma reiterada, acumulando entre ellos treinta y siete reseñas policiales por distintos delitos posteriores[11].

Entre los tres menores se encuentra Rafael García "*El Rafita*" quien tenía 14 años cuando cometió el hecho delictivo. Quebranto la libertad vigilada y desde el 2009, cometió al menos trece delitos, entre los cuales un delito de robo y sustracción de vehículos, liderando una banda de aluniceros. Por consiguiente, Juan Ramón "*Ramoncín*" y Ramón Santiago ambos tenían 16 años cuando cometieron el hecho delictivo, siguieron el mismo camino, acumulando en conjunto veinticuatro delitos más tras cumplir su internamiento.

II. **Francisco Javier M.G, "El cuco" (2009):** En este caso, el menor de 16 años no fue condenado por homicidio, sino por encubrimiento del hecho típico, cumpliendo una corta medida en un centro penitenciario hasta alcanzar la mayoría de edad. Posteriormente, ya siendo adulto volvió a ser condenado por falso testimonio en relación con el mismo crimen, evidenciando las dificultades de reinserción.

III. **Alumno de 13 años, segundo de ESO, identificado como M.P.C (2015):** En este caso, el menor de 13 años asesinó al profesor sustituto de Ciencias Sociales a quien apuñaló mortalmente en el abdomen. Además, resultaron heridas otras cuatro personas: la profesora de Lengua, su hija y dos estudiantes más; a su vez hubo otro docente con lesiones leves. En este sentido, se declara la inimputabilidad penal por ser menor de 14 años de conformidad con el artículo 19 del CP y en base a la LORPM. El caso fue derivado a la Dirección General de Atención a la Infancia y adolescencia (DGAIA)[12] mediante el procedimiento de protección juvenil y atención terapéutica. Según confirmaron los Mossos d'Esquadra el menor manifestó que escuchaba voces lo que apuntaría a un posible brote "brote psicótico". Este caso reabrió el debate sobre las limitaciones del ordenamiento de responsabilidad penal de menores, con graves trastornos mentales, poniendo sobre la mesa la necesidad de integrar la psicopatología y el control escolar.

Cabe decir que, no se ha encontrado evidencia de que el menor haya vuelto a delinquir lo que sugiere que no hay registros públicos de reincidencia.

IV. **Hermanos adoptivos en Castro Urdiales (2024):** En este caso, Alberto de

---

11. Álvarez. M. J. (2013). "Los tres asesinos libres suman 37 delitos" Publicado digitalmente. < Los tres asesinos libres suman 37 delitos >
12. RTVE (2015). "*El juez archiva el caso del menor que mató a un profesor en Barcelona y lo remite a Infancia*". Publicado digitalmente. < https://www.rtve.es/noticias/20150505/juez- archiva-caso-del-menor-mato-a-profesor-barcelona-remite-a-infancia/1139521.shtml >
El objetivo de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia (DGAIA), organismo que se encarga de los asuntos conflictivos de menores, es el de "prevenir que estos casos se puedan repetir a través de un trabajo de mediación y reparación psicológica", indicó Santmartí.

15 años al momento del hecho delictivo y su hermano de 13 años asesinaron con vestigios de brutalidad extrema a su madre adoptiva. La madre presentaba ataduras; una bolsa en la cabeza y múltiples heridas provocadas con un arma blanca. Asimismo, fue hallada desnuda en el maletero presentando signos de agresión sexual, el Tribunal señalo que se trataba de un asesinato y agresión sexual con agravante de parentesco. Por consiguiente, al menor de 15 años se le impuso una medida de internamiento en régimen cerrado de seis años, más tres años de libertad vigilada.

Por otro lado, el hermano de 13 años fue declarado inimputable siendo derivado al procedimiento de protección juvenil con medidas educativas y de control.

El presente caso conllevo a debates sobre la edad mínima penal y la capacidad real de discernimiento. Las discusiones legislativas rodeaban con respecto al endurecimiento del ordenamiento de responsabilidad penal de menores de edad en los casos de delitos graves. Asimismo, es muy pronto para sacar conclusiones de reincidencia, sin embargo, es relevante tenerlo en cuenta para el presente estudio y propuesta.

V. Estudiantes colegio de Granada (2024): En este caso, no se ha informado la edad de los menores, sin embargo, se tiene la certeza que son menores de 14 años, pudiendo ser entre 3 a 12 años, es un caso de abuso sexual a una menor de edad alumna de un colegio público de Granada. Se declaró a los menores como inimputables de forma que se procedió al archivo del expediente penal y se derivó el caso a los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía.

Por consiguiente, en diciembre de 2024 se presentó una segunda denuncia relacionada con hechos similares, tratándose de otra víctima y los menores infractores parecían ser los mismos, lo que generó una alarma social, en este sentido, la Fiscalía Superior de Andalucía advirtió en su memoria anual el repunte de conductas sexuales violentas entre menores, muchas veces vinculadas al acceso sin supervisión de contenidos pornográficos y a la imitación de comportamientos observados en las redes sociales[13].

13. Valdecantos, D. (2024). "¿Por qué nadie detectó la agresión sexual que sufrió una niña por parte de sus compañeros en un colegio?". Publicado digitalmente.
<https://www.articulo14.es/violencia-contra-las-mujeres/por-que-nadie-detecto-la- agresion-sexual-que-sufrio-una-nina-por-parte-de-sus-companeros-en-un-colegio- 20241212.html>
La Fiscalía Superior de Andalucía alertó el pasado septiembre, en su última memoria, del aumento de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos por menores en el último año. En el informe se le atribuye este incremento al "consumo excesivo" de las redes sociales y de las páginas pornográficas por parte de los jóvenes. La fiscal superior andaluza, Ana Tárrago, expresó su "especial preocupación" por la situación de los menores, tanto en su papel de víctimas como de agresores, debido al acceso temprano a las nuevas tecnologías.

4.2 Reincidencia, impacto legal, mediático y social

Los delitos graves cometidos por menores de edad son poco frecuentes en España, pero no inexistentes y cada más frecuentes, por ejemplo, desde la entrada en vigor de la LORPM más de un centenar de menores fueron condenados por homicidio o asesinato en los primeros años de aplicación de la normativa penal[14].

En términos generales y conforme lo expuesto en los casos anteriores, la reincidencia delictiva entre los menores infractores es un factor relevante para tener en cuenta, ya que estudios recientes han demostrado que aproximadamente el 30% de los menores reingresan al sistema penal en los cinco años siguientes a concluir su primer procedimiento[15]. El estudio encargado por la Generalitat de Cataluña enfatiza que los factores históricos, como antecedentes familiares o violencia previa son determinantes en la persistencia delictiva. Se expresa que los jóvenes que delinquieron a edad más temprana de 14 a 15 años muestran tasas de reincidencia mayores casi de un 40% que los adolescentes de 16 a 17 años con un 28%[16].

Asimismo, los estudios sugieren que quienes cometen delitos más graves tienen mayor riesgo de reincidir al alcanzar la adultez, por ejemplo, el estudio antes mencionado encargado por la Generalitat de Cataluña del Departamento de Justicia catalán expresó que "*Las diferencias son estadísticamente significativas. Esto significa que el perfil de joven de cada programa es diferente y en función del programa que se le aplique en la causa base nos orientará en el porcentaje de casos que no cometan nuevos delitos, los porcentajes que cometan en el ámbito de la Justicia juvenil, y los que la carrera delictiva continuará hasta la justicia de adultos*."[17]. Esto refuerza lo expuesto a lo largo de este estudio, cada

---

14. Urra, J. (2024). "LEY DEL MENOR: UNA REFORMA NECESARIA". Publicado Digitalmente.
< Papeles del Psicólogo >
La Ley se denomina de Responsabilidad Penal, pues atribuye la misma a los jóvenes, no es cierto que desarme a la sociedad, desde su entrada en vigor (13 de Enero de 2001), 113 menores han sido condenados por delitos de homicidio o asesinato.
15. Europapress (2023). "Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros" Publicado digitalmente. < Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros >
Han presentado el estudio este miércoles sus autores, Marta Blanch y Roger Mancho, y el responsable del área de investigación del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Cejfe), Manel Capdevila, y han expuesto que la tasa de reincidencia durante los cinco años siguientes a salir del sistema de justicia juvenil es de media del 30,9%, una cifra que se mantiene estable en los últimos años y que es muy similar entre los menores españoles (30%) y los extranjeros (37,9%).
16. Europapress (2023). "Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros" Publicado digitalmente. < Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros >
17. Capdevila, M; Ferrer Puig, M. C Luque, R. (2005). "La reincidencia en el delito en la justicia de menores" p.

menor es diferente, la medida que se le imponga puede generar beneficios o desventajas dependiendo del discernimiento mental del menor infractor. Se reitera en la importancia de la flexibilidad a la hora de imponer una medida. Si bien no se minimiza la relevancia de la edad del menor infractor, sin embargo, el eje central debe ser la edad mental del menor infractor, así como factores externos a su entorno y no la edad cronológica.

En este sentido, si bien no existe una cifra única sobre cuantos menores reinciden tras la mayoría de edad, ya que depende de factores como la gravedad del hecho delictivo y de la medida impuesta, la evidencia es clara y apunta a que una parte no desdeñable continúa delinquiendo en la vida adulta.

Por consiguiente, la reincidencia ha motivado a un endurecimiento progresivo de las penas y medidas cautelares, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio de irretroactividad en el Derecho Penal, a tenor literal del artículo 2 del CP.

> *"Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario."*

Esto se refleja en las decisiones de la Sala Penal del Tribunal Supremo, donde se dictaron tres sentencias por recurso de casación en las que descarto la aplicación retroactiva de la Ley 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual al no considerarse más beneficiosa para el reo en cada caso concreto[18]. Esto lleva a pensar que actuamos tras el hecho. Tenemos evidencias claras que los menores tienen un factor evolutivo determinante, que no son los mismos que eran al momento de la entrada en vigor de la LORPM. Sin embargo, esperamos a que las estadísticas se eleven para realizar una reforma al ordenamiento jurídico, que, si bien servirán para futuros infractores, pero para los que han motivado la reforma no, debido al principio que se garantiza en el ordenamiento penal.

4.3 Eficacia del sistema penal juvenil: opiniones doctrinales

Mediante el derecho comparado, la edad mínima de responsabilidad penal y las penas para menores infractores varían dependiendo el país, -en su gran

121. Publicado digitalmente. Formato PDF. < La reincidencia en el delito en la justicia de menores. Manel Capdevila, Marta Ferrer, Eulàlia Luque >

18. Poder Judicial España (2023). "*El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley*". Publicado digitalmente. < El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley | CGPJ | Poder Judicial | Noticias Judiciales >

mayoría consenso en el enfoque resocializador-. En este sentido, la mayoría de los países analizados, la imputabilidad penal inicia entre los 13 a 14 años y teniendo ciertas flexibilizaciones dependiendo el caso.

En este sentido, nuestro ordenamiento se inspira en un enfoque educativo y rehabilitador, bajo la premisa de que los adolescentes poseen una mayor capacidad de cambio que los adultos. Sin embargo, como bien se ha establecido, este modelo ha sido objeto de múltiples debates al momento de presenciar casos de extrema violencia y gravedad. Por un lado, se defiende la filosofía de la ley vigente, destacando sus logros, señalando que endurecer las penas no garantiza mejores resultados. Se considera que la clave está en la reinserción, la cual se percibe como la vía más efectiva para el menor infractor, en palabras de educadores sociales "*castigar sin ofrecer alternativas reales de cambio no solo no resuelve el problema, sino que lo agrava*"[19]. En este sentido, se sostiene que la educación en valores y la inserción social son el único camino para evitar la reincidencia.

Por otro lado, una parte de la doctrina y psicólogos forenses cuestionan la suficiencia de la respuesta penal juvenil ante casos de extrema gravedad, como homicidios. En este sentido, se sostiene que, si bien el enfoque educativo es válido en términos generales, su eficacia puede resultar cuestionable cuando el delito cometido es particularmente violento. Cada delito grave cometido por un menor reaviva el debate legislativo y la opinión pública teniendo la percepción de que la LORPM puede ser "excesivamente benigna" especialmente cuando los actos cometidos son irreparables, en palabras del psicólogo Javier Urra -ex Defensor del Menor-, "*La ciudadanía ejerciendo su derecho estima que la norma es excesivamente benigna al menos con quienes cometen hechos irreparables como son los asesinatos y las violaciones*"[20]. Se señala la contradicción entre la gravedad del daño causado y las medidas que se imponen según la LORPM. Por más atroz que sea el delito, nuestro ordenamiento limita el internamiento, de forma que se genera indignación social y pone dudas sobre la capacidad disuasoria del sistema.

Mediante lo antes expuesto se concluye que la doctrina se encuentra dividida. La corriente garantista defensora expresa la finalidad de la responsabilidad penal de los menores de edad considerando que debe ser la reeducación. Sin embargo, la corriente más punitiva señala los posibles déficits del sistema ante delitos graves, poniendo énfasis en las medidas actuales considerándolas como

19. elDiario.es (2025). "*Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimientos de medidas judiciales*" Publicado digitalmente. < Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimientos de medidas judiciales >
20. Urra, J. (2024). "LEY DEL MENOR: UNA REFORMA NECESARIA". Publicado Digitalmente. < Papeles del Psicólogo >

respuestas blandas en relación con la gravedad del hecho delictivo. Esta percepción debilita la confianza en la justicia y poner en riesgo la seguridad ciudadana.

5. REEDUCACIÓN, PELIGROSIDAD Y PROPUESTA DE REFORMA

En el presente capítulo se examinan las medidas judiciales previstas en la LORPM evaluando su eficacia frente a delitos graves cometidos por menores y atendiendo a la creciente preocupación social. En este contexto, se parte de la tensión existente entre el enfoque educativo centrado en la reinserción y la rigidez del criterio cronológico, el cual se identifica como un factor limitante para garantizar una aplicación realmente ajustada al principio de culpabilidad.

En esta línea, se formula una propuesta esencial: sustituir el umbral fijo de los 14 años por un criterio basado en el discernimiento, fijando la edad mínima en los 10 años para una posible responsabilidad penal, siempre que un informe pericial psicológico acredite una madurez suficiente por parte del menor. Esta propuesta se fundamenta en el análisis del derecho comparado, especialmente en los sistemas que aplican pautas de valoración individualizada de la madurez. Asimismo, se exploran vías para adaptar dichas garantías y la flexibilidad procedimental al sistema español, con el objetivo de establecer mecanismos más precisos y, a la vez, garantistas, que permitan conjugar la protección del menor y la tutela de las víctimas con la proporcionalidad y eficacia de las medidas. Todo ello en el marco de un contexto social y tecnológico en constante evolución y transformación.

5.1 Reinserción vs. medidas punitivas

Como bien ya se ha abordado, la responsabilidad penal de menores en España se fundamenta en un enfoque claramente educativo y resocializador, orientado a la reinserción social. En este sentido, la LORPM en su tenor literal expresa que las medidas aplicables a infractores juveniles no pueden ser represivas, sino preventivo especiales. Además, se destaca que, a diferencia del Derecho Penal de adultos, en el proceso de menores debe primar el principio del interés superior del menor, siendo orientado por nuestra Constitución en su artículo 25.2 y en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este enfoque rehabilitador entra en tensión cuando los menores infractores han cometido delitos graves como homicidios, asesinatos o agresiones sexuales. La exposición de motivos de la LORPM parte de la convicción de que, en general, las infracciones cometidas por menores de 14 años son irrelevantes penalmente, motivo por el cual se remiten a la jurisdicción civil para la imposición de medidas de protección. No obstante, No obstante, como se ha expuesto en el capítulo tres, la realidad actual muestra incidentes de violencia juvenil cada vez más graves, lo que genera una creciente alarma social, ya que se ha

evidenciado la aparición de conductas delictivas graves protagonizadas por menores inimputables. La Fiscalía General del Estado informó que en el año 2021 se archivaron 8.433 diligencias de investigación a menores infractores cuya edad era menor a los 14 años siendo precisamente inimputables[21] -razón de su archivo-, donde se incluyen casos de delitos sexuales muy graves, lo que supone una crítica a nuestro ordenamiento percibiéndolo como excesivamente laxo.

Si bien en la doctrina se ha destacado el contraste sobre el interés superior del niño y las garantías procesales en la STC 36/1991, de 14 de febrero, que reconoce la prioridad del interés superior del menor, pero advierte que este debe conciliarse con las garantías del proceso y con los intereses de la sociedad, y en la STC 60/1995, de 17 de marzo, donde establece que el proceso penal de menores debe preservar la presunción de inocencia y otras garantías procesales, sin dejar de lado la necesidad de una intervención proporcional y educativa. Sin embargo, persiste el debate sobre si, ante conductas de elevada peligrosidad, las medidas actuales son realmente disuasorias y proporcionadas a la gravedad del hecho delictivo.

Un aspecto para tener en cuenta es como los menores conciben la ley y la transgresión, ya que por un lado se benefician de un marco legal garantista. Hay observaciones que sugieren que ciertos menores infractores actúan con la sensación -e incluso con el conocimiento- de su impunidad al saber que las consecuencias legales serán leves si son menores de edad.

En definitiva, la evolución mental de los menores y la aparición de casos de extrema gravedad que han sido protagonizados por menores inimputables obliga a una revisión crítica de nuestro ordenamiento jurídico actual desde un enfoque preventivo, especializado y reforzado. No se trata únicamente de endurecer las medidas, sino de dotar al sistema de recursos suficientes que le permitan actuar con mayor agilidad y eficacia, garantizando tanto la protección del menor infractor como la de las víctimas, y preservando el interés público.

5.2 Derecho comparado: Alemania, Francia, Países Bajos e Italia

Mediante el derecho comparado se busca entender la perspectiva de otros países con el fin de poder realizar una propuesta de mejora y que nuestro

21. Grupo Parlamentario VOX (2025). "Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, para rebajar la edad penal y sancionar con más firmeza y eficacia los delitos cometidos por menores." p. 3. Publicado digitalmente. Formato PDF. < 122/000175 Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, para rebajar la edad penal y sancionar con más firmeza y eficacia los delitos cometidos por menores >

ordenamiento jurídico encuentre una armonía equilibrada entre los derechos de los menores infractores y los derechos de las víctimas.

i. **Alemania:** La edad penal mínima es de 14 años, sin embargo, se aplica el criterio de discernimiento, de forma que la Ley de Justicia Juvenil alemana "Jugendgerichtsgesetz" no da por hecho que todo menor de 14 años sea irreprochable. En este sentido, para saber si un menor de 14 a 17 años es responsable penalmente el Tribunal debe examinar individualmente la madurez y capacidad para comprender el significado del hecho delictivo. Por consiguiente, si la pericia revela inmadurez en el menor infractor, se le aplican medidas educativas en lugar de una sanción penal. Cabe decir que, incluso los jóvenes de 18 a 20 años pueden, en ciertos casos, ser tratados como menores en caso de que su madurez sea equiparable a la de un menor.

ii. **Francia:** La edad penal mínima es de 13 años, siendo que la Ley establece una presunción simple de discernimiento a esa edad, queriendo decir que los menores de 13 años son presumidos incapaces de comprender sus actos de forma que no pueden ser declarados culpables (salvo excepciones probadas). Se considera que no tienen discernimiento y por tanto no hay sanción penal, solo medidas educativas civiles. En este sentido, el Tribunal evalúa el discernimiento del menor en cada caso ya que se le considera inimputable si no entiende el carácter ilícito de su conducta, siendo que de 16 a 17 años el Tribunal aplica el principio de "excuse de minorité", en casos muy graves se permite imponer la pena de los adultos en su totalidad, de forma que el sistema francés combina medidas educativas con la posibilidad de penas de prisión en centros juveniles si el hecho es muy grave y el menor es mayor de 16 años. Actualmente, los menores infractores de entre 13 a 18 años quedan bajo la jurisdicción especializada con sanciones atenuadas y medidas educativas. Se reserva la prisión juvenil como último recurso.

iii. **Países Bajos:** La edad penal mínima es de 12 años, en este sentido, los menores de 12 años se derivan a servicios sociales. Asimismo, de 12 a 17 años se aplica la Ley de Justicia Juvenil teniendo penas máximas relativamente bajas, incluyendo programas como "Halt" para faltas leves. En el 2014 se introdujo el derecho penal adolescente, con el fin de tratar jóvenes de 16 a 22 años, estudiando el caso individualizado bajo criterios evolutivos siendo que en casos extremadamente graves cabe la posibilidad de ser transferido a la jurisdicción de adultos pudiendo enfrentar el menor infractor penas más altas. Por otro lado, Holanda cuenta con un sistema de evaluación psiquiátrica para menores peligrosos, lo que permite el internamiento prolongado en clínicas hasta que dejan de representar un riesgo.

iv. **Italia:** La edad penal mínima es de 14 años, el Código Penal italiano en sus artículos 97 y 98 declara inimputable al menor de 14 años e impone que los menores de 14 a 18 años sólo sean condenados si se comprueba que tenían la

capacidad de entender y de querer cometer el hecho. En este sentido, los menores infractores son tratados en Tribunales especializados y reciben medidas esencialmente pedagógicas con posibilidad de internamiento solo si hay completa peligrosidad.

Conforme lo antes expuesto se puede determinar que el derecho comparado muestra que la regla general es la educación y reinserción. Exigen discriminar la madurez real del menor, respaldando la idea de criterios de imputabilidad basados en el discernimiento y de regímenes educativos adaptados a cada edad. Existen matices, por ejemplo, como Francia y Países Bajos que permiten en circunstancias muy graves equiparar las consecuencias a las de un adulto. Por otro lado, en España, Alemania e Italia, nunca juzgan a un menor en la jurisdicción ordinaria de adultos prefiriendo graduar la severidad dentro del sistema para menores infractores.

Un aspecto por resaltar es el tratamiento de menores victimarios y el tratamiento de las víctimas, ya que los países analizados contemplan la reparación de las víctimas y el interés público, sin sacrificar los derechos fundamentales del menor infractor. Por consiguiente, si bien la severidad de la respuesta penal a homicidios o asesinatos de menores difiere según el país como Francia o Países Bajos que permiten excepciones, todos comparten el marco de derechos humanos que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

5.3 Propuesta: imputabilidad condicionada al discernimiento mental

En la actualidad nuestro ordenamiento vincula la imputabilidad penal de los menores estrictamente a la edad cronológica -menores de 14 años inimputables-. Sin embargo, la teoría del delito señala que la imputabilidad supone una capacidad subjetiva, esto es que el sujeto comprende la ilicitud del hecho delictivo y que se pueda determinar que la conducta ha sido acorde a ese conocimiento. Algunos sectores doctrinales han considerado que la imputabilidad de los menores debe ser un concepto modulable según el grado de madurez.

En este sentido, propongo una reforma a nuestro ordenamiento jurídico, que introduzca un criterio de discernimiento mental para la imputabilidad de los menores, siendo en cierto aspecto desvinculada del límite rígido de 14 años. Los cambios descritos desde la entrada en vigor de la LORPM y hasta la actualidad, con respecto al desarrollo y comportamiento de los menores de edad han planteado las presentes reflexiones, ya que desde la psicología evolutiva se determina cómo ha afectado a la imputabilidad penal y a la valoración de la peligrosidad de los menores infractores, donde se ha considerado que en las

últimas décadas los menores han estado expuestos de forma más amplia a la violencia. Bajo esta propuesta, un menor con un desarrollo psíquico especialmente avanzado podría responder penalmente, teniendo en cuenta que cronológicamente sigue siendo un niño, por lo que, la pericia psicológica debe acreditar la capacidad de entendimiento sobre el acto y su conducta, denotando la terminología real de la imputabilidad ya que esta se refiere a la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito de sus actos.

Como se ha demostrado, no todos los seremos humanos nos desarrollamos al mismo ritmo. De hecho, el estudio del discernimiento mental ya se realiza siempre que se encuentre en la edad cronológica que establece la LORPM. En estos casos, los jueces de menores cuentan con el auxilio de profesionales de la psicología que evalúa no solo el conocimiento intelectual de la norma, sino también el control inhibitorio de factores como la presión social. De forma que, esta lógica debería extenderse también a los menores de 14 años actualmente inimputables.

La aplicación de este criterio de discernimiento individual, pretendo que se extienda a la inimputabilidad de los menores de 14 años, en la práctica a su vez podemos ver este modelo en Alemania.

Inspirarme en estos modelos, propongo que la reforma contemple mecanismos garantistas, de modo que solo se permita el enjuiciamiento penal de un menor si un informe pericial concluye que posee un grado suficiente de madurez para asumir la responsabilidad penal. Esto permitiría respetar plenamente el principio de culpabilidad en sentido estricto.

Asimismo, se plantea rebajar la edad mínima de imputabilidad penal a 10 años, teniendo en cuenta la psicología evolutiva en la que actualmente nos encontramos. Esta medida ira acompañada con salvaguardas periciales y adaptaciones garantistas. La propuesta implicaría la modificación de la LORPM con el fin de fijar ese umbral mínimo en 10 años el tramo más bajo de aplicación de la ley, por otro lado, y en mención a las adaptaciones garantistas estableceríamos que los menores de 10 años seguirían bajo el régimen civil de protección, y que los menores de 10 a 13 años quedarían sujetos a la responsabilidad penal solo si cuentan con informe pericial que acredite madurez suficiente.

La edad propuesta se basa en la comparación con modelos internacionales, donde países como Suiza o el Reino Unido fijan la imputabilidad penal a partir de los 10 años, mientras que otros, como Alemania y Francia, la sitúan entre los 12 y 14 años, con matices según cada caso.

En España, el debate legislativo sobre la rebaja de la edad penal se reactivó en abril de 2025, cuando el Grupo Parlamentario VOX presentó una proposición para fijar la justicia juvenil desde los 12 años. No obstante, la propuesta que aquí

se formula va más allá, al introducir criterios de discernimiento y salvaguardas específicas, respetando el principio de intervención mínima del Derecho Penal (última ratio), que establece que la respuesta penal debe limitarse a las infracciones más graves y a los bienes jurídicos más relevantes.

De forma que, se puede hacer referencia a la subsidiariedad de este principio donde no existe otra vía menos lesiva para el infractor, y, asimismo, el Derecho Penal debe sancionar a conductas punibles debiendo diferenciarlas a las de mayor gravedad, en este sentido, el principio de intervención mínima se ve reflejado en la Exposición de Motivos de la LORPM donde se establece el uso flexible del mismo, por lo que cabe reflexionar en cada hecho delictivo cometido por el menor infractor. Se justifica jurídicamente la reducción de edad a los 10 años mediante un marco flexible, donde la pericia psiquiátrica o psicológica actuaría como filtro imprescindible, pudiendo garantizar que solo serán enjuiciados aquellos menores infractores realmente discernientes, asimismo, se propone incluir garantías procesales especiales, donde se debe incluir el derecho la defensa especializada e individualizada a fin de cumplir con el real entendimiento de la madurez del menor infractor.

En este sentido y en base a todo lo expuesto en el presente escrito, quiero hacer referencia a la necesidad de amparar y proteger los derechos fundamentales de las víctimas y el interés público, por lo que, pretendo equilibrar los derechos de las víctimas con los derechos del menor infractor. Se pone mayor atención a la peligrosidad infantil, considerando que al bajar la edad permite que la potestad punitiva sea efectiva, pero sin renunciar a la reinserción del menor y al fin reeducador.

Nuestra propia doctrina, así como los instrumentos internacionales, pueden respaldar esta flexibilización. Aunque la LORPM fijó en su momento la edad mínima en 14 años, los estudios psicosociales recientes sugieren una anticipación del desarrollo madurativo en los menores. La Convención sobre los Derechos del Niño recomienda una edad mínima no inferior a los 12 años, pero no impide un modelo mixto, en el que se fije una edad mínima penal de 10 años, con presunción de inimputabilidad que pueda ser superada mediante informe pericial. Esto permitiría mantener una orientación educativa y adaptada a la realidad evolutiva de los menores, por lo que, iría acompañada con las medidas de reeducación ya establecidas en nuestro ordenamiento, manteniendo siempre la orientación educativa.

Pudiendo lograr un marco proporcional y adaptado a las circunstancias individuales de cada caso. Se responde a la peligrosidad real sin tener que sacrificar los derechos fundamentales del menor infractor. Asimismo, la reforma nos permitiría la identificación temprana de violencia infantil en base a la salud mental del menor infractor, pudiendo abordar antes su reinserción con el tratamiento adecuado.

CONCLUSIÓN

Durante el presente estudio se ha demostrado que el ordenamiento de responsabilidad penal de menores se ha construido sobre una base garantista y protectora. Sin embargo, presenta importantes vacíos cuando se enfrenta a delitos graves protagonizados por menores de edad, ya que se fundamenta en un criterio rígido de edad cronológica para delimitar la imputabilidad penal. Esto resulta insuficiente desde un punto de vista jurídico y psicológico, comprometiendo la eficacia de la normativa vigente frente a la creciente violencia infantil. En consecuencia, dicho criterio se revela obsoleto e injusto, al ignorar el grado real de madurez y discernimiento del menor infractor.

En este sentido, cabe formular una pregunta fundamental: ¿un menor de 13 años y 4 meses puede ser consciente de la gravedad del hecho delictivo cometido, a diferencia de otro que ha cumplido 14 años en el mismo año natural? Si bien la pregunta puede resultar incómoda, alude directamente a una limitación de nuestro ordenamiento jurídico que no refleja la realidad actual. Hoy en día, la infancia y la adolescencia han cambiado significativamente: la mayoría de los menores acceden desde edades muy tempranas a contenidos violentos y estímulos sexuales explícitos, lo que puede generar conductas antisociales promovidas a través de redes sociales, videojuegos y contenido audiovisual, en los que se banaliza la maldad humana.

En este contexto, debe considerarse también la función de la supervisión parental respecto de los menores, culpa in vigilando. La intervención familiar y escolar desde edades tempranas constituye una herramienta clave para prevenir conductas disruptivas. La maldad humana no es monopolio del adulto, también puede manifestarse en menores. Los casos y estadísticas demuestran que algunos menores poseen la capacidad de planear y ejecutar delitos con un grado de conciencia y voluntad que resulta incompatible con la inimputabilidad basada exclusivamente en la edad cronológica. Negar esta realidad no es proteger a la infancia, sino desproteger a las víctimas de hechos de extrema gravedad, renunciando con ello a la obligación de salvaguardar el bien general.

De forma que, la propuesta de introducir el criterio de discernimiento mental como base de imputabilidad penal no persigue criminalizar a los menores, sino dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una herramienta más justa y adaptada a la realidad actual. Resulta imprescindible repensar el alcance y la eficacia de las medidas resocializadoras aplicadas, ya que los delitos graves exigen respuestas proporcionales, no solo para los menores infractores, sino también como parte del proceso de reparación hacia las víctimas. Desde mi punto de vista, es inaceptable que menores que han cometido delitos de extrema gravedad —y que contaban con discernimiento suficiente para entender sus actos— cumplan

internamientos breves y reinciden al alcanzar la mayoría de edad, generando nuevas víctimas que, de haberse previsto correctamente estos escenarios, podrían haberse evitado.

En este sentido, el debate no debe centrarse exclusivamente en la dicotomía castigo versus reinserción, sino también en la mejora de medios y recursos. Es necesario dotar a los centros de menores y a los Tribunales de personal especializado, que pueda estudiar cada caso de forma individualizada, teniendo como eje principal el discernimiento mental del menor. Por tanto, no cuestiono únicamente la filosofía de la ley, sino también su aplicación efectiva en el día a día.

Por todo lo expuesto, insto a que el debate legislativo sea más profundo, honesto y libre de prejuicios ideológicos. Debemos asumir que la protección de los menores no puede utilizarse como excusa para tolerar la impunidad. Reformar no significa renunciar a la reinserción, sino garantizar que esta sea compatible con la conciencia sobre la gravedad del daño causado. Conforme a lo anteriormente expuesto, un menor no es ajeno a la maldad humana; y si es capaz de actuar con frialdad, intencionalidad y violencia, como lo haría un adulto, no podemos permitir que tal capacidad sea ignorada por nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- Instituto Psicológico Desconect@. (2015). "*El uso del teléfono móvil en España*" p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF. <informe_moviles. compressed.pdf>
- Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España y Mobile World Capital Barcelona (2024). "*Impacto del aumento del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes*" p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF <Impacto del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes>
- INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. <Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores>
- Asociación Española de Pediatría (AEP) (2022). "*Posicionamiento sobre el aumento de autolesiones y suicidio en niños y adolescentes*". Publicado digitalmente. Formato PDF. <Microsoft Word - 20220126 Comunicado AEP Grupo Salud Mental de la Infancia.docx>
- Villa Siero, S. (2020) "*Evolución, principios y medidas de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad*" Publicado digitalmente. Formato PDF. <EVOLUCIÓN, PRINCIPIOS Y MEDIDAS de la L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores>
- Díez Gutiérrez, E. J., & Muñiz Cortizo, L. M. (2023). "*Educación reguetón: ¿Educa el reguetón en la desigualdad?*" Publicado digitalmente. Formato PDF. <Vista de Educación reguetón>
- Academia Americana de Psiquiatría Infantil (2025). "Los Niños y la Violencia en la Televisión" Formato digital. <Los Ninos y la Violencia en la Television>
- Álvarez. M. J. (2013). "Los tres asesinos libres suman 37 delitos" Publicado digitalmente. <Los tres asesinos libres suman 37 delitos>
- elDiario.es (2025). "*Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimientos de medidas judiciales*" Formato digital. <Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimientos de medidas judiciales>
- Urra, J. (2024). "*LEY DEL MENOR: UNA REFORMA NECESARIA*". Formato digital <Papeles del Psicólogo>
- Cámara Arroyo, S (2014). "*Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de*

delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal" Publicado digitalmente. Formato PDF. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5229681.pdf>

- Blanco Barea, J. Á. (2008). "*Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho penal español*". Publicado en la revista de estudios jurídicos, núm. 8 <Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español | Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época>
- Fundación IDIS. (2023). "*El 70% de los trastornos mentales se inician en la etapa infanto-juvenil*". Formato digital. <Fundación IDIS>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2024). "*La salud mental de los adolescentes – Datos y cifras*". Formato digital <La salud mental de los adolescentes>
- Martín, P. (2024). "*Los suicidios de adolescentes se disparan un 40% en un año: las cifras sacan los colores al sistema. Salud y Medicina*". Formato digital <Los suicidios de adolescentes se disparan un 40% en un año: "Las cifras sacan los colores al sistema" – Salud y Medicina>
- INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2025). "*En los últimos años han aumentado los casos de violencia y los problemas de salud mental, según ANAR*". Formato digital <En los últimos años han aumentado los casos de violencia y los problemas de salud mental, según ANAR>
- 20minutos (2016). "*Así castiga cada país a los menores cuando cometen un delito*". Formato digital. <EDAD PENAL EN EUROPA - Así castiga cada país a los menores cuando cometen un delito>
- Magro Servet, V. (2025). "*El debate sobre la responsabilidad penal de los menores: ¿Hay que introducir cambios urgentes en la regulación ante la gravedad de los delitos cometidos?*". Formato digital.< diariolaley - Documento>

LEGISLACIÓN

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, de 24/11/1995.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15, de 17/01/1996.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 11, de 13/01/2000.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134, de 5/06/2021
- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29/12/1978.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 215, de 07/09/2022.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por España en 1990.
- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. (2007). Observación General Nº 10: *Los derechos del niño en la justicia de menores*. CRC/C/GC/10
- Congreso de los Diputados. (2025, 1 de abril). *Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 para rebajar la edad penal*. Grupo Parlamentario VOX. BOCG-15-B-201-1.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Italia: ADIR – L'altro diritto (2002) Capitolo IV. L'imputabilità del minore. <L'imputabilità del minore>
- Alemania: Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. (1974) (BGBl. I S. 3427), das zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 25. 2021 (BGBl. I S. 2146) geändert worden ist <https://www.gesetze-im-internet.de/jgg/BJNR007510953.html>
- Francia: Code de la justice pénale des mineurs. Version Avril 2021 <Présentation PowerPoint>
- Países Bajos: Gobernment of the Netherlands. Penalties for juvenile offenders <Penalties for juvenile offenders | Sentences and non- punitive orders | Government.nl>

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional. (1991). *Sentencia 36/1991, de 14 de febrero*. Inconstitucionalidad del procedimiento tutelar de menores de la Ley de 1948. <Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 36/1991>
- Tribunal Constitucional. (2012). *Sentencia 160/2012, de 20 de septiembre*. Constitucionalidad del art. Disposición adicional 4ª LORPM. <Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 160/2012>
- Poder Judicial España (2023). "*El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley*". Publicado digitalmente. <El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley | CGPJ | Poder Judicial | Noticias Judiciales>

El papel del abogado en el litigio estratégico. Especial mención a los litigios en materia de Derechos Humanos en la jurisdicción contencioso-administrativa.

PAULA PÉREZ GARCÍA

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Paula Pérez García

Doble grado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Carlos III de Madrid.

Estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía en la Universidad Autónoma de Madrid.

Tercer premio

XIII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2025

Resumen

El litigio estratégico como herramienta para la consecución de objetivos estructurales es un fenómeno que se extiende rápidamente en el seno de la práctica jurídica actual. Este trabajo se articula con la intención principal de analizar los cauces procesales más frecuentemente utilizados en el marco de estas estrategias, con el objetivo de estudiar los aspectos prácticos que deben tomar en consideración los profesionales de la Abogacía.

Asimismo, se hará hincapié en los matices propios de los litigios en materia de Derechos Humanos en la jurisdicción contencioso-administrativa española, sirviendo de ejemplo los casos más emblemáticos en esta materia de las últimas décadas del sistema jurídico español. Por último, se estudiará el papel clave del abogado en el desarrollo de estas estrategias judiciales, actor fundamental en el diseño y enfoque de la acción legal.

Palabras clave: litigio estratégico, derecho administrativo, derechos humanos, aspectos procesales.

Listado de abreviaturas

EGAE Estatuto General de la Abogacía Española

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

LJCA Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa

CERMI Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CDFUE Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CAT Comité contra la Tortura

CEDAW Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

CE Constitución Española

LOPJM Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

LOTC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Sumario

INTRODUCCIÓN. **339**

1. CONCEPTO DE LITIGIO ESTRATÉGICO, FINALIDADES Y CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL. **341**

2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO SEDE PARA EL LITIGIO ESTRATÉGICO. **347**
2.1. Legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 347
2.2. La inactividad de la administración como actividad impugnable a través del recurso contencioso-administrativo. 353

3. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO. **357**
3.2. Los dictámenes de los órganos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. 359

4. EL PAPEL ESENCIAL DEL ABOGADO EN EL LITIGIO ESTRATÉGICO. **364**

5. ESTUDIO DE CASO. EXIGENCIA DE VISADO A MENORES DE MARRUECOS PARA PROCEDER A SU EMPADRONAMIENTO. **368**

6. CONCLUSIONES **370**

BIBLIOGRAFÍA **372**
Otros materiales 375
Listado de jurisprudencia utilizada 375

INTRODUCCIÓN.

El litigio estratégico se ha consolidado como una herramienta clave en la promoción de cambios estructurales en el seno de las sociedades democráticas actuales. Este tipo de estrategia legal, que pretende provocar un impacto colectivo a partir de una concreta controversia, ha aumentado de forma vertiginosa en la última década. Los medios de comunicación se hacen eco de los pronunciamientos judiciales vinculados con este tipo de litigios y en muchas ocasiones tienen efecto directo en prácticas administrativas, leyes o desarrollo de políticas públicas.

En el contexto español, la presencia de este tipo de programas ha experimentado un incremento progresivo fruto trabajo en conjunto de distintos actores, tal y como se analizará en este estudio. Los desafíos a los que se enfrenta la sociedad actual requieren de nuevas herramientas, también dentro del mundo del derecho. Es por esto por lo que distintas instancias internacionales ya se han pronunciado sobre los beneficios de este tipo de acciones en el escenario de las sociedades democráticas.

Asimismo, se ha escogido el estudio de este fenómeno en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se vincula intrínsecamente con el objetivo de alto impacto del litigio estratégico, al dirigirse directamente contra la actuación de la Administración Pública, pretendiendo conseguir no únicamente la satisfacción del caso personal sino la modificación de prácticas administrativas.

El abogado se convierte en este contexto en una pieza clave del diseño de la estrategia procesal, adquiriendo la misma relevancia su capacidad técnico-jurídica del concreto proceso, y su visión crítica y táctica. Su papel en este tipo de litigios va más allá de la defensa judicial del caso, debiéndose orientar al trabajo en colaboración con distintos actores y a la comprensión y coherencia con el contexto social, ético y político en el que se desarrolla el objeto del litigio.

Son las razones anteriormente expuestas las que justifican y avalan este trabajo, que identifica como principal objetivo, el estudio de los aspectos procesales que serán pertinentes para el desarrollo del litigio estratégico en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, con el propósito de mejorar e influir en las estrategias elegidas en la práctica jurídica de este. Si bien cada caso es único y debe seguir el proceso judicial más adecuado conforme a sus características, lo cierto es que se observan en la práctica una serie de alternativas más ajustadas para la para la consecución del objetivo principal del litigio estratégico: el impacto estructural.

Además, se pretende analizar, desde el punto de vista del profesional de la Abogacía, las herramientas y obstáculos, tanto a nivel nacional como internacional, que se deben tener presentes en el desarrollo de este tipo de estrategia, además de los posibles dilemas éticos y deontológicos a los que se puede enfrentar el abogado en su desarrollo.

Mientras que en los dos primeros capítulos se dirigirá el análisis a una conceptualización y comprensión general del concepto del litigio estratégico y distintos aspectos procesales relevantes de este, el tercer capítulo profundizará en el estudio jurisprudencial y doctrinal de los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ámbito en el que destaca en España el desarrollo del litigio estratégico, y de qué forma se pueden implementar en el proceso judicial español.

Asimismo, se dedicará un capítulo al análisis del rol diferenciador ostenta el abogado dentro de esta concreta estrategia, en la que adquiere una responsabilidad y diligencia adicionales, debiendo de incorporar una serie de herramientas profesionales que no son tan habituales en el desarrollo del ejercicio de la Abogacía. Se hará un breve repaso de otras herramientas, vinculadas con el ámbito del derecho y el desempeño de la abogacía, cuyo uso adquiere especial utilidad en el marco del desarrollo práctico de esta estrategia.

Por último, se expondrá un caso de litigio estratégico con la finalidad de poder analizar en la práctica los conceptos estudiados en los capítulos anteriores, y que permitirá una comprensión mayor de las características y el alcance de este tipo de estrategia legal. En un último capítulo y a modo de conclusión, se remarcarán los aspectos clave tratadas y se reflexionará sobre las lecciones pendientes identificadas a lo largo de su desarrollo.

1. CONCEPTO DE LITIGIO ESTRATÉGICO, FINALIDADES Y CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL.

Resulta complejo formular una única definición del concepto de litigio estratégico, en gran parte debido a la ausencia de textos legales que hagan referencia a este fenómeno, al tratarse principalmente de la finalidad perseguida de una concreta estrategia legal, procesal y de incidencia.

Su práctica, tal y como se ha avanzado en la introducción de este trabajo, se ha incrementado tanto nacional como internacionalmente, captando el interés de la comunidad académica, que ha comenzado a teorizar sobre esta cuestión desde una perspectiva legal.

En la revisión de a literatura al respecto, se encuentran algunas referencias en relación con la conceptualización del litigio estratégico[1]. En esta línea destaca el trabajo de VAN DER PAS[2], que pone el foco de su estudio precisamente en el desarrollo de una definición que englobe la totalidad de las vertientes de este fenómeno: "*Consiste en la (o la intención) de acción legal a través de un mecanismo judicial con el objetivo de asegurar un resultado, sea por la parte afectada o en beneficio de la parte afectada y esa litigación se usa como medio para conseguir ciertos objetivos*" [traducido del inglés].[3]

Entre los objetivos destacados en el artículo referenciado, de forma acertada se identifican que serán aquellos que busquen un cambio legal, político o social, con la pretensión de que el interés individual representado en el litigio estratégico tenga, a su vez, un impacto estructural en la sociedad. Se constata que se convierte en un fenómeno que busca un impacto colectivo en una gran variedad de sectores y con una diversidad muy amplia respecto a su temática.[4]

---

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.
2. "Conceptualising strategic litigation", Oñati Socio-Legal Series, 2021, Vol. 11, Núm. 6, cit. p. S126.
3. De forma similar se definía este fenómeno en CEBULAK P., MORVILLO M. y SALOMON S. "Strategic Litigation in EU Law: Who does it Empower" ob. cit. p. 800, señalando que es una estrategia que puede ser utilizada por varios actores, con independencia de sus intereses, siendo su punto en común la intención de influenciar en políticas públicas y procesos políticos.
4. De hecho, en España se han llevado a cabo numerosas estrategias de litigio estratégico en materia de transparencia, siendo una de las más conocidas la llevada a cabo por la fundación CIVIO en materia de transparencia logarítmica de los sistemas automatizados y de inteligencia artificial en el marco de los procedimientos administrativos. El caso concreto se originó a raíz del funcionamiento de una aplicación denominada BOSCO, que determinaba el cumplimiento de los requisitos de las personas solicitantes del bono social. La fundación CIVIO solicitó, entre otras cuestiones, el código fuente de esta aplicación. Este asunto, dada su especial trascendencia en el funcionamiento de los órganos administrativos, ha llegado al Tribunal Supremo, que con fecha 27 de noviembre de 2024 ha dictado el ATS 14188/2024 (ECLI:ES:TS:2024:14188A) verificando la concurrencia de interés casacional objetivo del recurso. En el

Con cierta frecuencia, encontramos artículos[5] que restringen el estudio del litigio estratégico a los actualmente populares litigios medioambientales o a aquellos que persiguen un impacto positivo en un colectivo vulnerable. En este tipo de supuestos, considera el uso y acceso a otro tipo de mecanismos y jurisdicciones internacionales, vinculando la concreta pretensión con la vulneración de Derechos Humanos contemplados en el CEDH o en tratados internacionales de este ámbito. Con el objetivo de estudiar con más profundidad, que es la empleada actualmente por distintas entidades de la sociedad civil, clínicas universitarias, departamentos pro-bono o despachos especializados en el ámbito español, se dedicará un capítulo al análisis de estos instrumentos.

El origen del litigio estratégico, y sin ánimo de realizar en este trabajo un estudio exhaustivo del mismo o de su evolución, se apunta por varios autores[6] en el caso *Brown c. Board of Education of Topeka*, que tuvo lugar en la jurisdicción estadounidense con fecha 17 de mayo de 1954. Resulta muy útil la referencia al caso en cuestión en este apartado, ya que permite comprender el potencial alcance de esta estrategia y su eventual aplicación en los sistemas democráticos actuales.

El iter procesal de este caso se concretizaba en el supuesto de hecho de una niña negra que debía desplazarse a pie por toda la ciudad para poder llegar a una determinada escuela pública, en vez de acudir a otras escuelas, públicas también, más cercanas a su vivienda. La razón de ser de esa situación era la existencia de sistema de segregación racial en las escuelas próximas a su residencia, al estar prohibida la entrada y matriculación a los niños negros.

El recurso, interpuesto por varias familias representadas por una asociación de defensa de derechos civiles, contra el Consejo de Educación, fue resuelto en favor de los demandantes, declarando la inconstitucionalidad de la segregación racial en los colegios. Este caso precisamente se identifica como uno de los orígenes del litigio estratégico o litigio de interés público, debido a que este pronunciamiento marcó el inicio de una serie de reformas estructurales y otros litigios que acabaron con el sistema de segregación racial, no únicamente en el ámbito educativo, sino en la totalidad de sectores de la sociedad estadounidense[7].

---

momento de redacción del artículo, el Tribunal Supremo todavía no ha dictado Sentencia, por lo que se dificulta el análisis final del impacto social de la misma. No obstante, sirve como ejemplo perfecto para ilustrar el tipo de alcance que puede alcanzar el litigio estratégico.

5. Vid. GASCÓN CUENCA, A., "La evolución de la enseñanza jurídica clínica en las universidades españolas: oportunidades y desafíos de la litigación estratégica en las clínicas de derechos humanos", *Revista de educación y derecho*, 2016, Núm.14, pp.9-10.

6. Entre estos autores, se puede destacar a CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., "Litigio estratégico y acceso a la justicia de colectivos en condición de vulnerabilidad: análisis jurisprudencial de su aplicación en España en materia de discapacidad", en CARRISO GONZÁLEZ A. (Dir.) y TIERNO BARRIOS, S. (Coord.), Acceso igualitario a la justicia y vulnerabilidad, Madrid, Dykinson, 2025, pp. 37-58; y UCÍN, M.C. "Litigio de Interés Público", Revista en Cultura De La Legalidad, 2017, Núm. 12, pp. 246-255.

7. MAYER TOTOLA BRITTO, L., MASCARENHAS KARNINKE, T., "O caso Brown v. Board education, medidas estruturantes e o ativismo judicial", Anais do Congresso de Processo Civil Internacional, 2019, Vol.4, pp.

De esta forma, se toma históricamente esta sentencia como el punto de partida del final de la doctrina "*separados pero iguales*" que gobernaba hasta ese momento.

Si bien se puede localizar su inicio en Estados Unidos, el litigio estratégico ha vivido su verdadero apogeo en los países de América Latina, los autores explicando esta cuestión en la falta de coincidencia entre el reconocimiento de derechos y su verdadero disfrute[8]. Por consiguiente, se encuentra en la literatura existentes numerosos trabajos en el marco de estas jurisdicciones que, si bien no son aplicables a nuestro ordenamiento jurídico, presentan un gran interés desde el punto de vista del derecho comparado.

En el contexto español, se podrían señalar tres puntos focales donde se han desarrollado y se encuentran los estudios y guías más ampliamente explicadas acerca de este tipo de estrategia: las clínicas jurídicas, especialmente las de las universidades, las fundaciones y asociaciones de la sociedad civil y los despachos de abogados, en muchas ocasiones como parte del departamento o iniciativas pro-bono o en el caso de despachos especializados en la defensa de Derechos Humanos.[9]

Sin embargo, en pocas ocasiones los litigios estratégicos son producto de un único actor, sino que son fruto de la interconexión de varios de estos, en la que se escoge el valor añadido de cada uno para poder desarrollar una estrategia. Es aquí donde se produce el vínculo tradicional en el mundo del derecho, entre los intereses de un grupo de personas y el deber de defensa de estos por parte de los profesionales de la Abogacía, siempre con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho, tal y como desarrolla el artículo 1.1 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE).

Un ejemplo ilustrativo de la unión de estos actores en el contexto español, que de nuevo resulta de utilidad para esclarecer en la práctica los conceptos teóricos enunciados, es la iniciativa ganadora de la octava edición de los premios Expansión Jurídico a la mejor iniciativa pro-bono, liderada por Uría Menéndez que consiguió el reconocimiento judicial de la nacionalidad española a una menor apátrida[10]. Tal y como se constataba en la noticia publicada por el

277-248. También sobre esta cuestión se pronunciaba PUGA, M.G., "La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education", Revista Ideas & Derecho, 2013, Tomo 1, Núm.9.

8. TIERNO BARRIOS, S., "El litigio estratégico como instrumento de garantía del derecho de acceso a la justicia y empoderamiento de las personas migrantes a la luz del Pacto Mundial para la Migración" en CENTENO MARTÍN, H. Y ANDRÉS LLAMAS, M.A. (Dirs.) Procesos migratorios y desafíos en el marco del pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular, Salamanca, 2023, pp. 167-178.

9. La existencia de estos despachos especializados en el escenario nacional es bastante reciente, encontrándose ejemplos como MEDUSA o Gentium, que buscan la profesionalización de la defensa de los derechos humanos.

10. Fundación Profesor Uría. "Nuevo reconocimiento al trabajo pro bono realizado por Uría Menéndez e

despacho de abogados, este litigio tuvo lugar en el marco del Programa Ödos, liderado por la Fundación EMET, cuyo objetivo se centra en el colectivo de apatridia infantil. Con este reconocimiento judicial, no se perseguía únicamente el reconocimiento particular de la menor, sino establecer un precedente judicial que sirviese en posteriores casos para erradicar la apatridia infantil.

Cómo se puede constatar en este ejemplo, parece clave la intervención de fundaciones, asociaciones y clínicas jurídicas que detecten casos concretos susceptibles de ser articulados como litigio estratégico, así como posibles políticas públicas o prácticas administrativas que no protejan adecuada y suficientemente determinadas situaciones de hecho. Asimismo, resulta igualmente esencial la incorporación de perfiles técnicos en el ámbito jurídico y procesal, como los que se encuentran en los despachos y profesionales de la Abogacía, para presentar, diseñar y argumentar el concreto caso de litigio estratégico en el marco de la legalidad y procesos judiciales vigentes.

Por último, con el objetivo de finalizar este breve barrido sobre el panorama nacional del fenómeno de estudio, es interesante realizar un análisis de la guía publicada en la página web de la Fundación Secretariado Gitano[11] acerca del litigio en materia de Derechos Humanos. Esta fundación, es una de las primeras, en el panorama nacional, que aplicó los preceptos del litigio estratégico en sus casos, en particular en los supuestos de discriminación hacia la comunidad gitana.[12]

De especial interés resulta el análisis que se realiza en este documento respecto del efecto y el alcance del litigio estratégico en función del tipo de sistema: "*En los sistemas de derecho consuetudinario, el hecho de ganar un caso establece un precedente necesariamente. En los sistemas de derecho civil, el precedente no es vinculante para el tribunal que instruye un caso similar, pero sí sirve de incentivo fuerte para que lo tenga en cuenta*"[13]. De esta forma, ya se antecede que, en sistemas como el español, el reconocimiento judicial de la cuestión litigiosa no va a ser siempre vinculante.

En países donde opera el sistema anglosajón, los precedentes judiciales

impulsado por la Fundación Profesor Uría" [entrada página web] Disponible en: https://www.fundacionprofesoruria.org/noticias/Nuevo-reconocimiento-al-trabajo-pro-bono-realizado-por-Ur-a-Men-ndez-e-impulsado-por-la-Fundaci-n-Profesor-Ur-a.html

11. NET-KARD PROJECT, "Litigio en materia de derechos humanos y Comunidad Gitana. Una guía para abogados", 2014. Madrid, Ned-Kard Project

12. Una línea en el ámbito del litigio estratégico en sede contencioso-administrativa de esta fundación son los procesos iniciados en relación con los desalojos forzosos de familias gitanas sin seguir los procedimientos legales. Ya han obtenido varios pronunciamientos estimatorios que están utilizando para realizar incidencia acerca de la situación existente.

13. NET-KARd PROJECT, "Litigio en materia de derechos humanos y Comunidad Gitana. Una guía para abogados", ob.cit. p. 16.

adquieren una importancia vital, ya que se trata de un derecho esencialmente jurisprudencial[14], llamándose comúnmente un tipo de derecho de "*case law*", en los que el precedente es vinculante[15]. De esta forma, a efectos de litigio estratégico cuentan con una gran ventaja, al tratarse de sistemas habitualmente más flexibles y con una mayor adaptación a la transformación social[16].

Sin embargo, también se debe resaltar que el sistema continental, y en particular el español, no ha evolucionado a un sistema judicial poco integrado, estanco o sin ninguna vinculación. Ejemplo de ello son las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), cuyas interpretaciones adquieren un rango superior[17], al tratarse de un órgano jurisdiccional con una naturaleza mixta, que le permite constituirse como la autoridad en materia de interpretación constitucional.

Asimismo, también se desarrolla en distintos trabajos la "*fuerza vinculante" en el caso de las sentencias del Tribunal Supremo*"[18]. No obstante, en el supuesto del Tribunal Supremo (en adelante, TS), se debe recordar lo expresado en su propia STS 927/2007, de 26 de noviembre de 2007[19], tal y como rescata DOLORES RUIZ[20] en su artículo, en la que se subraya el principio de independencia judicial.

Por ende, el propio TS matiza que su jurisprudencia deberá ser interpretada con prelación, no así con jerarquía, de forma que los distintos órganos jurisdiccionales se podrán apartar de su jurisprudencia siempre que se desarrolle la justificación pertinente. De este modo se observa que, si bien el precedente judicial en el sistema español no cuenta con el valor otorgado en otros sistemas como el anglosajón, es innegable que las sentencias del TS podrán fijar una interpretación o doctrina que deberá ser tenida en cuenta por el resto de los órganos jurisdiccionales.

Dentro de los tipos de procedimientos que se estudiarán en el desarrollo de este trabajo, se pondrá el foco en las herramientas de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como se ha adelantado en el apartado de la introducción, así como los obstáculos, en aplicación del fenómeno del litigio estratégico que, tradicionalmente, se ha dirigido contra los Estados y la administración pública.

---

14. Vid. FALCÓN Y TELLA, M.J., "El precedente anglosajón" en FALCÓN Y TELLA, M.J., La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 33-56.
15. Vid. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación", Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales, 2006, Núm.4, p. 131.
16. Vid. GONZÁLEZ SOLÓRZANO, G.S., "Comparación entre Sistema Anglosajón y Régimen Administrativo: Implicaciones para la Protección de Derechos", Revista Científica Internacional, 2024, Vol.11, Núm.1, p. 464.
17. Vid. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación", ob.cit.p. 133.
18. Vid. LÓPEZ GUERRA, I. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", Actualidad Jurídica Aranzadi, 2000, Núm. 442, pp.1-4.
19. Número de Recurso: 1127/2000 (ECLI:ES:TS:2007:7783)
20. RUIZ RESA, J.D. "Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar" Boletín mexicano de derecho comparado, 2023, Vol. 56, Núm. 168, p.123.

Es por esta razón que también se analizarán las características de este tipo de litigios cuando alcanzan el plano internacional.

Tal y como subraya en su artículo CEROFOLINI, es cierto que con el auge del litigio climático[21], se ha popularizado un tipo de litigo dirigido contra las empresas, tomando el enfoque del derecho de daños y la responsabilidad civil contractual y extracontractual, cuestión que debía ser referenciada con el objetivo de completar el estado de la cuestión en el escenario nacional.

21. "El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿Qué repercusiones tiene para las empresas? Revista Española De Empresas y Derechos Humanos, 2024, Núm.2.

2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO SEDE PARA EL LITIGIO ESTRATÉGICO.

2.1. Legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Resulta de esencial interés abordar en primer lugar la legitimación activa en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que es una cuestión que ha dado lugar a numerosas controversias en el ámbito del litigio estratégico. Si bien la legitimación individual como afectado no se cuestiona habitualmente, existe una amplia doctrina jurisprudencial relativa a la capacidad de las entidades de la sociedad civil para presentarse como parte en el proceso judicial.

En una gran variedad de ocasiones, como se estudiará a lo largo de este trabajo, ante un incumplimiento sistemático por parte de la Administración que afecte indistintamente a un grupo de personas o, incluso, a la sociedad como conjunto, aporta un gran valor la personación de estas entidades como legitimadas. Se trata de una cuestión que el abogado debe ponderar, ya que, en determinadas circunstancias, puede ser más sencillo plantear el litigio desde una fundación o asociación que desde una persona concreta.

En primer lugar, se debe realizar un primer inciso para recordar que el concepto de legitimado en el procedimiento administrativo contiene algunas diferencias respecto del propio en la jurisdicción contencioso-administrativa. Este trabajo estudiará esta segunda definición, por ser pertinente en relación con el objeto del análisis.

Es la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), la que regula, en su artículo 19 la legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin ánimo de querer realizar un estudio exhaustivo del contenido de este artículo, cabe destacar una serie de legitimados, que se expondrán a continuación en su tenor literal del citado texto normativo y serán de utilidad para este concreto apartado.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.[...]

h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.

i) Para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación e intolerancia, además de las personas afectadas y siempre con su autorización, estará también legitimada la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, y a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso discriminatorio.

j) Para la defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales,

[...]

k) Los sindicatos estarán también legitimados para actuar, en nombre interés del personal funcionario y estatutario afiliado a ellos que así lo autorice, en defensa de sus derechos individuales, recayendo sobre dichos afiliados los efectos de aquella actuación.

El apartado j), que, por cuestiones de forma de este trabajo, no se encuentra desarrollado de forma completa, viene a incorporar el mismo esquema que el apartado h) relativo a la defensa de la no discriminación. Ambos incisos son producto de la Disposición final tercera de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

En un principio, parecía que, con esta modificación, se abría un panorama favorable para la legitimación de asociaciones dedicadas a la lucha contra la discriminación. Sin embargo, lo cierto es que con esta redacción no parece que se solucione el problema existente apuntado por diversos profesionales y discutido en la doctrina, ya que limita la legitimación a aquellas organizaciones que, independientemente su naturaleza, contemplen en sus estatutos la defensa y promoción de derechos humanos o derechos de las personas LGTBI.

De esta forma, se crea una doble vía para los casos de discriminación y de la Ley 15/2022, además de un apartado específico para la defensa de los derechos de las personas LGTBI. Por una parte, las asociaciones que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos en un caso y los derechos de las personas LGTBI en otro, podrán estar legitimadas siempre que cuenten con la autorización de la persona que haya sido víctima de la discriminación. Por otra parte, estas mismas asociaciones, grupos de consumidores, organismos políticos... podrán estar legitimados cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.

Si bien, en atención al desarrollo jurisprudencial que se estudiará a continuación, puede parecer razonable una modificación legal en la que se incluyan los supuestos de legitimación activa para asociaciones y entidades en determinados supuestos, podría resultar de mayor utilidad la incorporación las cuestiones desarrolladas por el TS en esta materia e incorporar una serie de requisitos generales relativos a los estatutos y las actividades de estas entidades.

El resto de las asociaciones y fundaciones de la sociedad civil, con excepción de la acción medioambiental que también encuentra su propia habilitación legal, cuentan en principio únicamente con el apoyo del artículo 1 b) transcrito en el párrafo anterior, ya que la acción popular está señalada para los casos expresamente previstos por las Leyes. De esta forma, los distintos actores se ven obligados a defender el interés legítimo en la concreta causa, concepto también desarrollado por la jurisprudencia aplicable.

Como se acaba de apuntar, en el marco del medio ambiente sí está prevista la acción pública en materia de medio ambiente, tomando como punto de partida las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Es en su artículo 22 en el que establece la posibilidad de ejercer la acción popular en el caso de acciones y omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 de la citada ley, delimitando que serán las personas jurídicas sin ánimo de lucro que estén legitimadas para ello según los requisitos desarrollados en el artículo 23:

a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.

b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

Una cuestión en parte similar se observa en el caso de la legitimación en la defensa de derechos e intereses legítimos de las personas con discapacidad, tal y como se indica en el artículo 76 del Real Decreto Legislativo 1/2023, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, que establece que, las personas jurídicas legalmente habilitadas "para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen [...]", por lo que entidades como Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI, cuya acción de litigio estratégico será también objeto de estudio en este trabajo) estarían legitimadas igualmente a través del mecanismo del interés legítimo del artículo 19.1. b).

A este respecto es muy interesante el análisis de sentencias que realiza ARADAS GARCÍA[22] en su artículo, dedicado precisamente a la legitimación de asociaciones o fundaciones en vía contencioso-administrativa.

En primer lugar, evoca la STC 28/2009, de 26 de enero de 2009[23], donde resume la doctrina de interés legítimo de la siguiente forma, en su fundamento jurídico segundo: *"jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta" hemos precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad [...]"*.

22. ARADAS GARCÍA, F. "Legitimación de asociaciones o fundaciones en vía contencioso administrativa", *Blog Jurídico Administrativo*, 2025 [entrada web]. Disponible en: https://www.juridicoadministrativo.es/legitamcion-de-asociaciones-en-via-contencioso-administrativa/
23. Número de Recurso: 10292-2006 (ECLI:ES:TC:2009:28).

Aunque son varias las Sentencias del TS respecto de la legitimación activa en el orden contencioso-administrativo, cabe traer a colación una sentencia tan relevante como lo es la STS 1611/2023, de 30 de noviembre del 2023[24].

La razón de referenciar este pronunciamiento es que precisamente realiza un repaso acerca de la doctrina del TS relativa a la legitimación activa de las fundaciones en el orden contencioso-administrativo. Se observa que es a raíz de sus pronunciamientos cómo se puede entender la delicada delimitación que realiza el Alto Tribunal respecto de este asunto, coincidiendo en este caso con la impugnación del nombramiento de la Presidenta del Consejo de Estado.

Se solicitaba por parte de la Abogacía del Estado, precisamente la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de la Fundación HAY DERECHO. Sin embargo, la propia Fundación argumentaba en su recurso que se encontraba facultada por sus Estatutos para este tipo de impugnaciones, estando su legitimación fundada en una "*autoatribución estatutaria*".

El citado Tribunal dedica su fundamento jurídico cuarto a realizar un repaso de la trayectoria de pronunciamientos respecto de la legitimación activa de supuestos de entidades similares, en concreto a partir del año 2000, momento en el que se observa una evolución progresivamente más flexible respecto a este asunto.

De forma ejemplificativa, y sin querer hacer de este trabajo un estudio completo de la casuística de los pronunciamientos relativos, resulta curioso citar y desarrollar de forma breve dos de las sentencias referenciadas en el pronunciamiento del TS, ya que se constata que la misma entidad, CONVIVENCIA CÍVICA CATALANA, ve reconocida en una de ellas la legitimación activa en el orden contencioso-administrativo, mientras que en la otra no. De esta forma, se puede constatar en estos pronunciamientos la fina y difusa línea que delimita este concepto.

En orden cronológico, cabe comenzar con la STS 2624/2014, de 13 de junio de 2014[25], que no reconoce la legitimidad activa de la asociación, en la que la asociación CONVIVENCIA CÍVICA CATALANA recurría un decreto relativo a la acreditación del conocimiento lingüístico del profesorado de las Universidades Catalanas.

El interés casacional se aprecia en el pronunciamiento en la cuestión relativa a la capacidad de las entidades para acceder a la jurisdicción mediante una "*autoatribución estatutaria*" basada en el objeto social. En este caso, el Tribunal concluye que el objeto social de la concreta asociación resultaba demasiado

24. Número de Recurso 918/2022 (ECLI:ES:TS:2023:5059)
25. Número de recurso 2635/2012 (ECLI:ES:TS:2014:2624)

amplio y genérico, al referirse a los derechos y libertades fundamentales, al principio de igualdad, los valores democráticos... considerando que existía un "marco delimitado de personas directamente concernida por la disposición", no siendo ese interés aplicable a una asociación que, como indica el tribunal, se articula en términos abstractos en los que se podría integrar cualquier persona.

Con menos de un año de diferencia, el TS se vuelve a pronunciar sobre la legitimación activa de la misma asociación en su STS 1874/2015, de 5 de mayo de 2015[26], en este supuesto a favor de esta en el caso de la impugnación de un Reglamento para el uso de las lenguas oficiales. Es el propio tribunal el que cita su anterior sentencia para explicar la razón de esta divergencia. Según el contenido de la sentencia, en este caso cabe matizar la doctrina relativa a aquellas asociaciones cuyos estatutos indican fines genéricos.

En consecuencia, cita la STS 4460/2008, de 25 de junio de 2008[27], para adoptar su tesis relativa a la existencia de determinadas asociaciones que se encuentran "*investidas de un especial interés legítimo colectivo*", por lo que actúan *"en defensa de unos intereses colectivos que quedan afectados por el carácter positivo o negativo de la decisión administrativa que se impugna*". De esta forma, se observa que el criterio que escoge el TS es que, en el caso de asociaciones cuyos fines son genéricos, la acción u omisión recurrida debe tener afectación precisamente en el interés colectivo o general.

De este modo, la propia sentencia STS 1611/2023 resume en un último apartado del citado fundamento jurídico que el requisito principal para considerarse acreditado este interés legítimo es la relación de la concreta entidad con a cuestión de fondo, tomándose en consideración tanto los fines estatutarios como las actuaciones efectivas desarrolladas en su trayectoria. Asimismo, el propio tribunal aprecia la existencia en su propia jurisprudencia de una tendencia "*hacia un entendimiento menor rígido del interés legítimo necesario para fundamental la legitimación activa*".[28]

En un sentido similar se ha vuelto a pronunciar el mismo tribunal en su recentísima STS 679/2025, de 2 de junio de 2025[29], tratándose de nuevo de la legitimación de la misma Fundación en este caso por el nombramiento de Don Mariano Bacigalupo como miembro del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Es en su fundamento jurídico quinto en el que reitera la posición cualificada de la fundación y su idoneidad para impugnar este acto con base a la profesionalidad y neutralidad de las instituciones públicas y, en concreto, en los nombramientos del sector público.

---

26. Número de recurso: 1600/2013 (ECLI:ES:TS:2015:1874).
27. Número de recurso: 905/2007 (ECLI:ES:TS:2008:4460).
28. Fundamento Jurídico Quinto de la STS 1611/2023.
29. Número de Recurso: 1439/2023 (ECLI:ES:TS:2025:2497).

En consecuencia, se observa en pronunciamientos como el ATS 1031/2025, de 28 de enero de 2025[30], en el que el TS no reconoce la legitimidad activa de la asociación LIBERUM para impugnar la inactividad del Gobierno central en la gestión de las inundaciones de la Comunidad Valenciana, con base a la insuficiencia en este caso de las autoatribuciones estatutarias, además de recordar que la razón legitimadora no se puede sustentar en el "*mero interés abstracto en defensa de la legalidad*".

2.2. La inactividad de la administración como actividad impugnable a través del recurso contencioso-administrativo.

Si bien puede parecer baladí la posibilidad establecida en el artículo 25.2 LJCA de impugnación de la inactividad administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que se trata de un instrumento que resultará de gran utilidad en términos de litigio estratégico ya que, entre las potestades de la actuación administrativa, se incluye la reglamentaria, que será una de las grandes precursoras de políticas públicas.

Por consiguiente, el recurso contencioso-administrativo por inactividad reglamentaria o similar, se vuelve una herramienta clave en la consecución de objetivos fijados por los instrumentos legales nacionales o internacionales, y es por esta razón por la que en este apartado se pretende analizar el alcance de este tipo de recurso.

El artículo 29.1 LJCA regula el cauce procesal de este tipo de recurso contencioso-administrativo, que establece el siguiente orden y requisitos:

"*Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.*"

De este precepto legal se extrae una idea comprensible: no cualquier inactividad administrativa es ilegal, del mismo modo que no toda inactividad administrativa puede ser controlable jurisdiccionalmente[31]. De esta forma, el concreto órgano judicial debe pronunciarse sobre la prestación de obligado

30. Número de recurso: 718/2024 ECLI:ES:TS:2025:1031A).
31. REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa", Cuadernos de Derecho Local, 2006, Núm. 11, pp.12-13.

cumplimiento, pero de ninguna forma puede sustituir a la administración competente en el desarrollo de su correspondiente potestad[32].

Es la propia exposición de motivos de la citada ley la que explica la razón de ser del recurso contra la inactividad de la Administración, definiéndole como un "*instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones indebidas*"pero añadiendo la idea reiterada en el párrafo anterior de que en la cognición de este tipo de recurso por el órgano judicial no debe sustituirse a la administración obligada, ni invadir sus funciones.

Asimismo, ha sido determinante en el desarrollo de esta figura el TS, que con sus pronunciamientos ha ido delimitando el alcance y contenido de esta previsión legal. En relación con la aprobación de reglamentos, cabe citar la STS 300/2023, de 8 de marzo de 2023[33], en la que la Sala Tercera se pronunciaba sobre el incumplimiento de una disposición legal (Disposición final cuadragésima quinta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021), que daba un plazo al Gobierno para la aprobación de un reglamento. La interposición del recurso se producía, lógicamente, por el incumplimiento del órgano administrativo del plazo impuesto.

Es en su fundamento jurídico cuarto en el que expone la siguiente cuestión "*hay que concebir la potestad reglamentaria como una potestad susceptible de integrar el contenido de un deber legal de obrar jurisdiccionalmente exigible. Ese deber legal no tiene autonomía o sustantividad propia sino que se integra en el más genérico deber de asegurar la ejecución de las leyes*", aclarando que, ante todo, la administración tiene el deber de cumplir y ejecutar la ley.

De este modo, este cauce procesal se convierte en el idóneo para que un litigio estratégico se enfoque en la consecución de un objetivo con un alcance mayor, ya que su fin, en sí mismo, apunta a un propósito global.

Cabe traer a colación dos sentencias del TS en las que se puede apreciar este litigio de alto impacto y cómo se cumplen los requisitos de este instrumento procesal: la STS 3410/2023[34], de 18 de julio del 2023, que se puede catalogar como el primer caso de litigio climático de nuestro país, y la STS 384/2019, de 20 de marzo de 2019[35], estimatoria del recurso planteado por el CERMI frente a la inactividad del Gobierno español por la no aprobación de un reglamento relativo a las condiciones de accesibilidad y fijado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad.

---

32. REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa", ob.cit. p.16.
33. Número de recurso: 431/2021 (ECLI:ES:TS:2023:846).
34. Número de recurso: 265/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3410).
35. Número de recurso: 691/2017 (ECLI:ES:TS:2019:894).

Si bien en la primera de las sentencias el motivo relativo a la inactividad administrativa formal decayó por haberse aprobado el PNIEC en el transcurso del procedimiento judicial, se reafirma en ambas que este cauce no será el idóneo cuando se requiera un procedimiento contradictorio antes de su resolución o en la que se precisen actos de aplicación.

Asimismo, se observa en ambas ocasiones una interpretación amplia y flexible por parte del Tribunal de la "*prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas*", ya que en las dos controversias se recoge la oposición de la Abogacía del Estado frente al cumplimiento de este requisito y en ambas el TS lo considera implícitamente cumplido, si bien eran organizaciones de la sociedad civil que, en virtud de cauces de legitimación activa diferentes, eran las que presentaban el recurso.

La STS 3410/2023, como se ha adelantado, seguía la estela de casos tan emblemáticos como KlimaSenorinnen [Señoras Mayores por el Clima] contra Suiza, que culminó en una Sentencia del TEDH favorable[36], que el pasado 9 de abril de 2024, determinaba la vulneración de derechos humanos (en particular, del artículo 8 CEDH, relativo a la vida privada y familiar) por parte del gobierno suizo ante la insuficiencia de medidas contra el cambio climático pactadas en los tratados internacionales[37].

En el caso español los demandantes, en este supuesto GREENPACE ESPAÑA, ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA y OXFAM INTERMÓN, se apoyaban en el Reglamento (UE) 2019/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, que en su artículo 3.1 establecía la obligación de los Estados miembros de la comunicación de su plan nacional integrado de energía y clima con fecha límite del 31 de diciembre de 2019.

Por consiguiente, los recurrentes consideraban incumplida la obligación reglamentaria por parte del Gobierno, cuestión que acaba reconociendo el propio TS, al considerar el PNIEC como "un instrumento de planificación administrativa vinculante" al que resulta aplicable la doctrina sobre la inactividad formal normativa.

Sin embargo, aunque en el transcurso del proceso judicial se aprobó el citado plan, el TS considera oportuno pronunciarse, en este caso, sobre una posible

36. STEDH Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, de 9 de abril de 2024 (Application 53600/20).
37. En este sentido, es muy interesante el análisis que realizan DOROSTE HERNÁNDEZ, J. y MORENO-CERVERA DE LA CUESTA, P., "Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y Otros c. Switzerland (Application 53600/20)", Actualidad Jurídica Ambiental, 2024. Disponible en el siguiente enlace: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-suiza-cambio-climatico-inactividad-climatica/

omisión reglamentaria de carácter sustantiva, tomando en consideración que la parte actora denunciaba el incumplimiento de un mandato que obligaba a la Administración "a asumir en el PNIEC un porcentaje de reducción de los gases de efecto invernadero" según las determinaciones del Acuerdo de París y el Plan Intergubernamental de Cambio Climático.

Si bien se desestima la demanda en atención a la no vinculatoriedad de estos instrumentos según la redacción del reglamento europeo, resulta muy ilustrativo del alcance que se puede llegar a tener prosiguiendo el cauce establecido en el artículo 29.1 LJCA[38].

En el caso STS 384/2019, como ya se ha adelantado, se trataba de un supuesto de inactividad puramente formal de la Administración, donde se inobservada el plazo de dos años para aprobar "unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación", resultando en una sentencia estimatorias de las pretensiones de la parte recurrente y declarando la obligación del Gobierno de promulgar la norma reglamentaria prevista.[39]

Por último, se puede extraer un último requisito, desarrollado por MORCILLO MORENO[40] en su artículo, que se extrae de la citada STS 384/2019, que indica que "*los tribunales también pueden controlar la inactividad u omisión reglamentaria cuando el silencio del reglamento suponga la «implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico*".

38. No obstante, esta cuestión en concreto no podría considerarse completamente estudiada, al haber emitido el Tribunal Constitucional un auto de admisión del recurso de amparo presentado por las organizaciones demandantes, por lo que se debe seguir con atención el estudio que hará el tribunal acerca del carácter vinculante de estos instrumentos. En el momento de redacción de este trabajo, el citado tribunal todavía no se ha pronunciado al respecto en sentencia.
39. En relación con este tipo de inactividad formal también resulta interesante comentar lo expuesto por la STS 553/2018, de 5 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1519) que prevé que únicamente salvarán su legitimidad constitucional cuando se trate de reglamentos o disposiciones en el contenido de una ley (como la de presupuestos) "con las que se guarde la necesaria conexión económica [...] o presupuestaria"
40. MORCILLO MORENO, J. "El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria, Revista de Administración Pública, 2019, 210, pp.316-317.

3. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.

Es el artículo 10.2 de la CE el que establece la siguiente cuestión: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*"

Por consiguiente, se observa como el legislador constitucional pretendía dotar de un contenido adicional a los derechos fundamentales enunciados en la CE, asegurándose que su interpretación estuviese acorde con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos.

Es también relevante en este asunto el artículo 96.1 del texto constitucional, donde se incorporan los tratados internacionales y se indica que formarán parte del ordenamiento jurídico español una vez se proceda a su publicación oficial. Sin embargo, se constata esa protección adicional y preferente de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales[41]. Aun así, esta vinculación del artículo 10.2 CE tiene un alcance limitado, al no permitirse la inclusión de nuevos derechos fundamentales a raíz de estos tratados[42].

Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) también presenta un cauce adecuado para la protección de los derechos fundamentales, siendo de aplicación la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), en este trabajo se ha escogido el estudio de órganos de Derechos Humanos por su mayor especialización, que hace que en muchas ocasiones se elijan como sedes más adecuadas para los litigios dirigidos a la defensa de Derechos Humanos.

3.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

De esta forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se convierte en una vía idónea para llevar el litigio estratégico cuando el objeto

41. CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", Revista de Estudios Jurídicos, 2012, Núm.12, p.3.
42. CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno...", ob.cit. p.8

de la controversia ha afectado a los Derechos Humanos. Además, el carácter subsidiario y suplementario[43] del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), permite que en muchas ocasiones los precursores del litigio estratégico se decanten por esta opción únicamente si la jurisdicción nacional correspondiente no se adecúa a lo establecido al citado convenio y la interpretación dada por el tribunal correspondiente.

Asimismo, el CEDH establece en su artículo 19 la obligatoriedad para las partes contratantes de conformarse y ejecutar las Sentencias del TEDH, que son vinculantes para estos. Sin embargo, existen diversas razones por las que la ejecución de estas sentencias conlleva una cierta problemática en la práctica.

La primera cuestión que merece un análisis es que las Sentencias del TEDH ostentan un carácter declarativo, es decir, los Estados asumen una obligación de resultado, encargándose de su cumplimiento[44], controlable asimismo por el Comité de ministros.

Sin embargo, es cierto que son varios los autores que han apuntado que la jurisprudencia de este tribunal progresivamente ha reducido el margen de apreciación[45], y para ello resulta de especial utilidad el artículo 41 del citado convenio, que establece que, en el caso de que la reparación llevada a cabo por el Estado no pueda reparar las consecuencias de violación de uno de los derechos, el TEDH tiene la potestad de conceder una satisfacción equitativa.

En cuanto a los mecanismos de ejecución de las Sentencias del TEDH a disposición interesados, resulta de especial relevancia el recurso de revisión, que fue introducido por la Ley Orgánica 7/2015, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial a través del artículo 5 bis, que establece la posibilidad de presentación de este tipo de recurso ante el Tribunal Supremo según las normas de cada orden jurisdiccional.

En el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, es el artículo 102.2 LJCA el encargado de regular el funcionamiento del recurso de revisión. Sin embargo, es preciso recalcar que el uso de este cauce procesal se prevé como última ratio, únicamente en el caso de que la violación del concreto derecho, "*por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas*". [46]

---

43. CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español". *Revista de las Cortes Generales*, Núm.66, 2005, p.106
44. CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español.", ob.cit. p. 97.
45. CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español.", ob.cit. p.97.
46. GUILLÉN LÓPEZ, E. "Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, Núm. 42, p.345.

Además de la problemática que presenta la elección del mecanismo por parte de los interesados para ejecutar la sentencia, a efectos de un litigio estratégico se contempla otra cuestión que ineludiblemente se convierte en un obstáculo para aquellas personas afectadas por el objeto de la controversia y el eventual efecto colectivo pretendido con esta estrategia judicial: la implementación efectiva de estas sentencias.

La European Implementation Network es una organización no gubernamental establecida con el objetivo de monitorizar la implementación de las sentencias del TEDH. Entre sus labores, destaca el seguimiento y monitoreo del cumplimiento por parte de las partes contratantes, redactando informes anuales que resumen esta cuestión en el marco de cada país.

La cuestión verdaderamente interesante de esta plataforma es que categoriza los casos y sentencias entre los denominados "*regular cases*" y los "*leading judgements*". La razón de esta distinción es que definen estos últimos como "*Aquellos que son más complicados de implementar que los casos normales, porque en varias ocasiones requieren un cambio en las leyes o prácticas con el objetivo de prevenir que la misma violación suceda de nuevo*"[47] [traducción del inglés]. En consecuencia, a efectos de este trabajo se podría relacionar estos casos con aquellos que consiguen realmente un impacto estructural en la correspondiente jurisdicción nacional, ya que contemplan un cambio en un sistema que permite la violación sistemática de un concreto derecho.[48]

El Informe del año 2024, titulado "*Justice delayed and Justice denied: non-implementation of European Courts Judgements and the Rule of Law. 2024 Edition*", mostraba que España contaba con 23 sentencias pendientes de implementación, siendo un 51% de estos "leading cases" los que siguen pendientes de implementación. Asimismo, señalaba que la media de implementar estas sentencias en el escenario nacional es de 2 años y 10 meses.

De esta forma, si bien puede tratarse de una jurisdicción adecuada para los litigios que versan sobre la vulneración de derechos contemplados en el CEDH, deben tomarse en consideración las dificultades de implementación en el caso de sentencias estimatorias, y si resultará de utilidad para el impacto pretendido con el litigio estratégico.

3.2. Los dictámenes de los órganos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

47. European Implementation Network [entrada página web]. Disponible en: https://www.einnetwork.org/countries-overview
48. Gentium. "Cumplimiento de los convenios y sentencias internacionales en materia de derechos humanos" [entrada página web]. Disponible en: https://gentium.org/proyectos/cumplimiento-de-los-convenios-y-sentencias-internacionales-en-materia-de-derechos-humanos/

Una casuística en parte similar, pero aún con una problemática mayor en su implementación a través del uso de los distintos cauces procesales de la jurisdicción contencioso-administrativa, siguen los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de Derechos Humanos.

España ha ratificado una gran cantidad de Convenios y Tratados de Derechos Humanos, entre los que se encuentran, a modo ejemplificativo, La Convención y el Protocolo Facultativo sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos facultativos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial...

Aunque el procedimiento de reclamaciones comparte similitudes con el propio del TEDH, como el agotamiento previo de la vía interna, lo cierto es que sus dictámenes no se revisten de un carácter vinculante, como sí lo ostentan las sentencias del TEDH o del Tribunal Internacional de Justicia[49]. Si bien se analizarán distintos cauces procesales de la vía administrativa y contencioso-administrativa que se han utilizado para dotar de efectividad en ciertas ocasiones a los dictámenes favorables, lo cierto es que parece muy oportuna la reflexión de MACHO CARRO[50] en su artículo, en el que enuncia que, si bien los órganos jurisdiccionales españoles no se encuentran vinculados por estos dictámenes, la interpretación de los órganos de estos tratados "*debe ser calificada como auténtica*", de forma que, según el mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, se interpreten de esa forma[51].

Sobre ello se pronunciaba el TC es su Sentencia 116/2006, de 24 de abril[52], haciendo referencia en el citado pronunciamiento a la STC 81/1998, de 8 de mayo, para incorporar la interpretación de los órganos de garantía establecidos por los tratados y acuerdos internacionales al alcance del artículo 10.2 CE.

Con relación al orden contencioso-administrativo y la eventual incorporación de estos dictámenes, resulta especialmente interesante la STS 2747/2018, de 17 de julio de 2018[53], que resolvía el recurso de casación sobre el comúnmente

49. CERVERA YÑESTA, C., DÁNCHEZ BORJAS, D. "Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2023, Núm. 63, p.252.
50. MACHO CARRO, A.J. "Reflexiones en torno a la naturaleza y ejecutoriedad de los Dictámenes emitidos por los Comités de Supervisión de Tratados de Derechos Humanos en el Ordenamiento Español: la STS 1263/2018, de 17 de julio", Revista Justicia y Derecho, 2019, Núm. 2, p.138.
51. También sobre esta cuestión se pronuncia CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", ob.cit. p.23, reiterando la idea de que la interpretación que hacen estos órganos de los tratados se puede calificar de autorizada.
52. Recurso de amparo 73-2002 (Referencia publicación Boletín Oficial del Estado: BOE-T-2006-9157)
53. Número de recurso: 1002/2017. (ECLI:ES:TS:2018:2747).
En este caso, la representación la asumió la organización Women's Link Worldwide, una organización sin ánimo de lucro que tiene como objetivo el litigio estratégico como medio para fomentar cambios sistemáticos

conocido asunto de Ángela González Carreño, pronunciándose sobre el cauce adecuado para solicitar el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW, en ese concreto caso. Este pronunciamiento fue calificado por diversos autores como un punto de inflexión[54] y un cambio sustancial[55] no sólo en la doctrina del Tribunal Supremo, sino en la de los órganos jurisdiccionales españoles.[56]

En este litigio, la recurrente, Doña Ángela González Carreño había reclamado la negligencia de la administración pública española, en concreto habiendo presentado la reclamación patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración Pública. En concreto, el terrible caso se trataba del asesinato por parte de la expareja de Doña Ángela en el transcurso de una visita autorizada, a pesar de que la recurrente había advertido y denunciado en numerosas ocasiones el peligro al que se exponía su hija y solicitado la modificación del régimen de visitas.

En consecuencia, la recurrente prosiguió con la vía interna hasta agotarla, acudiendo entonces al CEDAW, que emitió el Dictamen 47/2014, de 16 de julio, por el que se consideraban infringidos los derechos de la recurrentes y su hija por parte del Estado español, realizando recomendaciones respecto del caso concreto de la autora de la comunicación (reparación adecuada, indemnización integral e investigación exhaustiva e imparcial) y de forma general (el interés superior del niño como valor orientador del ordenamiento jurídico, formación especializada a los jueces y personal administrativo y aplicación de medidas adecuadas para la toma en consideración de los antecedentes de violencia doméstica en el régimen de visitas y custodia de los hijos).

De esta forma, la recurrente presentó una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado sobre la que terminó pronunciándose el TS en la recién referenciada STS 2747/2018. En ella, el Tribunal reconocía la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento "*que posibilite en este caso la eficacia ejecutiva de las recomendaciones contenidas en el dictamen del CEDAW*".

---

en la sociedad, en defensa de los derechos de las mujeres y niñas.

54. GUTIÉRREZ ESPADA, C. "La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol.10, Núm. 2, p. 847.
55. CERVERA YÑESTA, C., DÁNCHEZ BORJAS, D. "Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos ...", ob.cit. p. 249.
56. Esta cuestión también era resaltada por la Abogacía General del Estado en su Circular 1/2020, sobre "La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los Comités Encargados del Seguimiento de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". En esta nota, apuntaba a que esta sentencia se apartaba de la doctrina aplicable del TS y el TC, argumentando que se trataba de un intento de satisfacción de justicia material y reiterando la inexistencia del carácter vinculante de estos dictámenes.

Consecuentemente, se alcanza la conclusión de que el Dictamen se podía tener como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial, al acreditarse los requisitos propios de este procedimiento, además de calificar de vinculante el Dictamen, considerando que este tipo de dictámenes "*pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente pues el contenido de aquéllos constituye parte también del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2*".

Sin embargo, esta Sentencia inédita, que calificaba de vinculantes los dictámenes de los órganos de tratados de convenciones y habilitaba la responsabilidad patrimonial de la administración como cauce procesal idóneo para su implementación, fue limitada por el propio TS en su STS 2842/2023, de 13 de junio de 2023[57]. En esta ocasión, la recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, de nuevo contra la denegación de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En el supuesto de esta concreta Sentencia, el Órgano del Comité contra la Tortura (en adelante, CAT), declaraba la violación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, instando en su Decisión a la reparación e indemnización de la recurrente. De esta forma, se utilizó el cauce procesal considerado adecuado en la ya analizada STS 2747/2018.

Sin embargo, se observa un cambio por parte del TS en este pronunciamiento, señalando que este tipo de decisiones o dictámenes no tienen carácter vinculante ni fuerza ejecutoria para determinar la nulidad de resoluciones judiciales firmes.

De esta forma, vuelve a citar sus sentencias anteriores, representativas de esta doctrina[58], para argumentar que "*ante la inexistencia de una previsión normativa sobre la vía específica que debe seguirse para el cumplimiento y ejecución de tales decisiones del CAT, no puede entenderse, a tenor de nuestra jurisprudencia, que deban canalizarse, con carácter general, a través del cauce de la responsabilidad patrimonial en sus diversas versiones, otorgando a la*

57. Número de recurso: 5269/2022. (ECLI:ES:TS:2023:2842)
58. La citada circular de la Abogacía del Estado indica, muy acertadamente, que la doctrina constitucional se encuentra resumida en su STC 23/2020, de 13 de febrero de 2020 en concreto en el Fundamento Sexto, donde se subraya que este tipo de comités son instancias no jurisdiccionales y que los dictámenes emitidos no son resoluciones judiciales.

decisión del CAT, cuando aprecia una infracción del derecho invocado, el carácter de título bastante y autónomo para haber lugar a la responsabilidad patrimonial".

Para justificar esta diferenciación de supuestos, dedican el Fundamento Jurídico Sexto a explicar que el cauce de la responsabilidad patrimonial era oportuno en el concreto caso de la STS 2747/2018, pero que el Dictamen del CEDAW únicamente se consideraba como indicador de la responsabilidad, centrándose realmente la sentencia en los requisitos de la responsabilidad patrimonial; presupuestos que no concurrían en esta nueva Sentencia.

Por último, una cuestión que los tribunales españoles han reconocido ya en distintas ocasiones[59], las decisiones de los Comités se pueden utilizar como presupuesto para presentar una demanda e iniciar el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales[60].

59. MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., "Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2023, Vol.15, Núm.1, referencia la SAN 3080/2021 (ECLI:ES:AN:2021:3080), como ejemplo de presupuesto habilitante para presentar una demanda en este marco.
Esta Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la AN, en su Fundamento Jurídico Quinto, señala que, a partir de la STS 2747/2018, un dictamen de un Comité de la ONU es susceptible de ser presupuesto habilitante tanto para formular una reclamación patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración (en este caso, la Administración de Justicia, como para iniciar un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

60. Se encuentra regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA. Tal y como se estipula en el artículo 114.3, se prevé que la tramitación de estos recursos tenga carácter preferente.

4. EL PAPEL ESENCIAL DEL ABOGADO EN EL LITIGIO ESTRATÉGICO.

Tras haber analizado desde una perspectiva procesal los cauces idóneos y el estado de la cuestión respecto a los distintos mecanismos con los que se puede contar en una estrategia de litigio estratégico, merece la pena realizar una reflexión acerca del papel del abogado en todo el procedimiento ya que su participación, en colaboración con otros actores ya estudiados como clínicas jurídicas o fundaciones y asociaciones, deviene imprescindible en la selección de casos, desarrollo de la estrategia judicial y resolución de eventuales controversias con las personas afectadas.

En primer lugar, resulta imprescindible recordar uno de los más esenciales principios rectores del desempeño de la abogacía, identificado en el artículo 1.1 del EGAE, que determina que la abogacía "*asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas*" debiendo los profesionales de la Abogacía velar en todo momento "*por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido*".

De esta forma, el abogado de un caso de litigio estratégico, si bien puede pretender un efecto colectivo, debe ante todo velar por los intereses particulares de sus representados, adquiriendo especial relevancia y refuerzo los deberes de información desarrollados en el artículo 48.3 EGAE, que determina la obligación del profesional de la Abogacía de "*informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses.*"

En consecuencia, cuando se trata de supuestos en los que existe un concreto afectado cuyos derechos han sido vulnerados, se debe analizar la estrategia procesal más efectiva para sus intereses, debiendo ponderar los costes psicológicos y de duración de un proceso que pueda llegar a instancias internacionales, especialmente en materia de expectativas respecto de los dictámenes y decisiones estudiados de órganos de convenios y tratados.

Esta última cuestión presenta un claro ejemplo de la cuestión que se ha traído a colación. Si bien el reconocimiento de la vulneración de un derecho humano puede conllevar un gran impacto estructural y producir un cambio o modificación legal o de la práctica administrativa, puede no implementarse ningún remedio o indemnización para la persona afectada. De esta forma, el papel del abogado se

convierte en una cuestión delicada, debiendo de realizar un análisis y ponderación de expectativas con su representado.

Para ello, en distintas guías de fundaciones[61] y de órganos especializados, se encuentra la previsión de un modelo de acuerdo de representación que prevea la casuística de que deje de estar alineados los intereses.

Es por esto que parece más oportuno, siempre que sea viable por las características del caso o por la concurrencia de una pluralidad o indeterminación de afectados, la elección de una entidad para iniciar y llevar a cabo este tipo de litigio, ya que se encontrará completamente alineado esta intención de impacto estructural, contando del mismo modo las entidades con un mayor número de recursos y, en especial, de tiempo para llegar a las últimas instancias y esperar a la correcta implementación del concreto fallo. De este modo, se consigue evitar uno de los riesgos más peligrosos de los litigios estratégicos, que es la instrumentalización de un caso concreto.

Asimismo, el abogado, en este caso en total colaboración con entidades y clínicas jurídicas, debe hacer, más que nunca una labor divulgativa y educativa del proceso judicial y de las consecuencias del resultado de este, tanto en el plano individual como, especialmente de qué forma puede ser extrapolado estructuralmente.

En muchas ocasiones, existe una cierta predisposición a pensar que este impacto colectivo únicamente se alcanza con pronunciamientos del TS o del TC y, en una estrategia de litigio estratégico, si bien el precedente no es vinculante, un fallo de una sentencia de un tribunal de primera instancia, adecuadamente divulgado y entendido, puede ayudar a crear un cuerpo de jurisprudencia que sea utilizado para acabar materializando ese cambio.

Por otra parte, el papel del abogado en este tipo de instrumentos requiere de una especial innovación y creatividad que, si bien son inherentes a la profesión de la Abogacía, alcanzan una importancia esencial en el litigio estratégico. Es por esto por lo que, con éxito en otras jurisdicciones, especialmente las de los países latinoamericanos y aquellos con sistema anglosajón, se ha observado la introducción de *amicus curiae* en procesos judiciales, especializados en Derechos Humanos.

Si bien en el ordenamiento jurídico español no cuenta con una regulación legal específica para esta figura, en el ámbito constitucional se contempla que la figura que es susceptible de aproximarse a este concepto es la del coadyuvante del artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

61. HOGAR SÍ. "Guía de litigio estratégico en casos de discriminación contra personas en situación de sinhogarismo", 2022.

Sin embargo, la jurisprudencia del TC se ha mostrado contraria a la participación de entidades y organismos de la sociedad civil como coadyuvantes[62].

La figura del *amicus curiae* desde el derecho procesal, y sin ánimo de querer desarrollar extensamente su concepto por no ser objeto de este estudio, pretende que se habilite la participación de terceros en un concreto proceso en el que, si bien no figuran como demandantes o demandados, sí cuenta con un interés legítimo en el objeto del litigio.

Pese a que, como se ha estudiado, el TC parece reticente a la incorporación de terceros a través de esta figura vía el artículo 81.1 LOTC, lo cierto es que se trata de una herramienta procesal clave para demostrar, en especial en el ámbito de Derechos Humanos, el carácter estructural de las consecuencias de una vulneración de derechos.

También en el escenario español, resulta imprescindible referenciar una institución clave en la defensa no únicamente de los derechos fundamentales, sino de la legalidad administrativa, que es el Defensor del Pueblo. Tal y como se desarrolla en el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, tiene como principal objetivo la defensa de los derechos fundamentales, para lo que "*podrá supervisar la actividad de la Administración*".

Sus resoluciones, sin ser de obligado cumplimiento para las administraciones públicas, dirigen recomendaciones, sugerencias... sobre distintas cuestiones que le transmiten los afectados y que consideran que se cumple el presupuesto del incumplimiento de la Administración de la legalidad administrativa.

De esta manera, el abogado de litigio estratégico tiene a su alcance este órgano en una triple vertiente que puede resultar útil para el éxito de su estrategia que, si bien no se trata de un mecanismo judicial, puede llegar a tener un efecto estructural.

En primer lugar, a través de la presentación de una queja sobre una situación concreta provocada por el desarrollo de la actividad por parte de la Administración. En segundo lugar, resulta muy útil el análisis temático de las resoluciones en la base de datos disponible en las memorias anuales del Defensor del Pueblo. Si bien no se pueden categorizar como precedente, lo cierto es que una Recomendación o Sugerencia aceptada por un órgano administrativo puede ser

62. MARTÍNEZ SANTA MARÍA, P. "Sobre el amicus curiae y la personación de los sindicatos en los recursos de inconstitucionalidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 125/2022, de 29 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad Núm. 219-2022", *Revista de las Cortes Generales*, 2023, Núm. 115, p. 471. EL ATC 248/2008, de 24 de julio de 2008, resume la jurisprudencia previa del propio TC respecto a este asunto, indicando que la naturaleza abstracta del proceso del recurso de inconstitucionalidad ha de excluir "*la intervención de cualquier persona distinta a las enunciadas en los arts.162CE y 32 y 32LOTC*", es decir a los legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad. Añadiendo que "*se infiere que no son posibles otras personaciones en el recurso de inconstitucionalidad que las de los expresamente legitimados por dichos preceptos*".

de gran utilidad tanto en materia de incidencia como para la futura réplica de supuestos similares.

Por último, si bien en muchas ocasiones puede parecer poco probable, también es preciso hacer referencia al artículo 46.1 a) y b) de la ya citada LOTC, que señala al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal como legitimados para la interposición del recurso de amparo constitucional.

5. ESTUDIO DE CASO. EXIGENCIA DE VISADO A MENORES DE MARRUECOS PARA PROCEDER A SU EMPADRONAMIENTO.

Merece la pena en el marco de este estudio analizar de una forma práctica, pasando por varias de las estrategias y cauces procesales estudiados en este trabajo, uno de los casos de éxito de esta estrategia de litigio estratégico, que se trató de la impugnación del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, en el que se aprobaban las "*Instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes*", y en concreto su último apartado en el que se desarrollaba el empadronamiento de los menores extranjeros procedentes de Nador.

Este procedimiento se finalizó en la STS 1591/2022, de 25 de abril de 2022[63] y, tal como se observará en el iter procesal y su correspondiente fundamentación jurídica, se observa que, en este caso CÁRITAS ESPAÑOLA, consiguió localizar una práctica administrativa considerada sistemáticamente discriminatoria respecto de un grupo de personas y alcanzar el Tribunal Supremo, vía recurso de casación y acreditando el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, que se dictase una sentencia con un claro impacto superior, ya que pasó a formar parte de la doctrina del Tribunal Supremo.

En cuanto a la legitimación activa, se consta que se permitió a CÁRTIAS ESPAÑOLA presentarse como recurrente sin que se discutiese en el citado pronunciamiento la concurrencia de los requisitos de legitimación.[64]

El concreto apartado impugnado, exigía un visado para la inscripción en el padrón de los menores marroquíes procedentes de la provincia de Nador, habiendo defendido la recurrente que esta exigencia suponía un trato discriminatorio, estando el TS de acuerdo, desarrollando que se trataba de una instrucción carente de cobertura legal y discriminatoria tanto respecto de los menores españoles como de los menores extranjeros procedentes de otros países.

Resulta especialmente interesante la argumentación que realiza el TS respecto al interés superior del menor, ya que conjuga los preceptos de la Ley

63. Número de recurso: 4787/2021 (ECLI:ES:TS:2022:1591)
64. La ya estudiada STS 1611/2023, de 30 de noviembre del 2023 hacía referencia en su FJ quinto a que se habían estimado las pretensiones sin que existiese debate sobre su legitimación. Los artículos 8 y 9 de los Estatutos de Cáritas Española, contienen fines y finalidades como erradicar las situaciones de pobreza y exclusión social, así como la defensa y promoción de los Derechos Humanos, de forma que esta atribución estatutaria, unida a los programas desarrollados por esta entidad, se entendería acreditado el interés legítimo según los parámetros desarrollados por el TS.

Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) y la Convención de los Derechos del Niño, muestra de la aplicabilidad en este caso del artículo 10.2 CE estudiado en este trabajo. En consecuencia, toma en consideración de forma esencial, tal y como la describe el propio TS, esta Convención y su incorporación, en parte de la LOPJM.

Asimismo, hace referencia a su Providencia de 27 de mayo de 2018, en la que inadmitía un recurso de casación formulado por la administración en este caso, en el que confirmaba la nulidad de pleno derecho de una instrucción también considerada discriminatoria de los menores extranjeros respecto de los nacionales españolas. En su Fundamento Jurídico tercero, recuerda precisamente este pronunciamiento para subrayar que los pronunciamientos del Tribunal Supremo "*tienen efectos vinculantes en todo el territorio nacional, en tanto que tal era el ámbito territorial de las instrucciones técnicas anuladas, y la competencia estatal ejercida al aprobarlas, incluidos los territorios africanos*".

6. CONCLUSIONES

I. El litigio estratégico pretende utilizar los mecanismos procesales existentes con el objetivo de aumentar el alcance de un caso particular y generar un impacto en distintas vertientes de la sociedad: políticas públicas, prácticas administrativas, legislación... Para la consecución de esta finalidad, deviene imprescindible el éxito en estos procesos, cuestión que equivaldrá a la creación de precedentes principalmente judiciales que servirán como motor de este cambio.

II. Si bien el sistema continental judicial español no contempla el carácter vinculante de la jurisprudencia de la misma forma que el anglosajón, no se debe subestimar el valor de las sentencias del TC, el TS y los Tribunales Superiores para la creación de una jurisprudencia o una particular doctrina sobre una cuestión concreta.

III. Dentro del marco de la jurisdicción contencioso-administrativa como sede de los litigios estratégicos, el abogado debe tomar en especial consideración la jurisprudencia estudiada relativa a la legitimación activa de las entidades de la sociedad civil, atendiendo a los criterios desarrollados en este trabajo y suficientemente aclarados por parte del TS.

IV. Entre los cauces procesales disponibles en la jurisdicción contencioso-administrativa, se localiza el recurso por inactividad reglamentaria, tanto sustantiva como formal, como una herramienta clave para el litigio estratégico.

V. En el ámbito de Derechos Humanos, el TEDH se convierte en uno de los principales garantes a nivel europeo, siendo sus sentencias de obligado cumplimiento para los Estados miembros. Sin embargo, a efectos de la consecución del litigio estratégico, se observan dificultades en la efectividad de la implementación.

VI. En relación con los dictámenes de los órganos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, se constatan varias dificultades relativas a su eventual ejecutividad en el plano nacional, habiendo perdido fuerza la posición relativa a un procedimiento de responsabilidad patrimonial con base a las conclusiones extraídas de un eventual dictamen. No obstante, parece que existe una mayor aceptación del uso de estos dictámenes como presupuesto para iniciar un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

VII. El abogado desempeña un rol esencial en el litigio estratégico, debiendo colaborar con distintos actores para la elaboración de la estrategia más idónea. Sin embargo, es necesario que se preste especial atención al riesgo de

instrumentalización del concreto caso, debiendo siempre priorizarse la mejor satisfacción de los intereses del cliente, que debe de ser la persona afectada.

VIII. Asimismo, el profesional de la Abogacía debe realizar una labor divulgativa en este tipo de estrategias procesales, incluso optando por instrumentos alejados del proceso judicial, como puede ser el Defensor del Pueblo, en caso de considerar que se puede conseguir una mejor satisfacción de los intereses.

BIBLIOGRAFÍA

ARADAS GARCÍA, F. "Legitimación de asociaciones o fundaciones en vía contencioso administrativa", *Blog Jurídico Administrativo*, 2025 [entrada web]. Disponible en: https://www.juridicoadministrativo.es/legitamcion-de-asociaciones-en-via-contencioso-administrativa/

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., "Litigio estratégico y acceso a la justicia de colectivos en condición de vulnerabilidad: análisis jurisprudencial de su aplicación en España en materia de discapacidad", en CARRISO GONZÁLEZ A. (Dir.) y TIERNO BARRIOS, S. (Coord.), *Acceso igualitario a la justicia y vulnerabilidad*, Madrid, Dykinson, 2025, pp. 37-58. Disponible en: http://hdl.handle.net/10366/165944

CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español". *Revista de las Cortes Generales*, 2005, Núm.66, pp. 93-136. Consultado en: https://doi.org/10.33426/rcg/2005/66/512

CERFOLINI, A., "El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿Qué repercusiones tiene para las empresas? Revista Española De Empresas y Derechos Humanos, 2024, Núm.2, pp. 97-128. Disponible en: https://doi.org/10.69592/3020-1004-N2-ENERO-2024-ART5

CERVERA YÑESTA, C. y DÁNCHEZ BORJAS, D. "Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2023, Núm. 63, pp. 245-264. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8693/documento/ajum-63.pdf?id=13545&forceDownload=true

CEBULAK P., MORVILLO M. y SALOMON S. "Strategic Litigation in EU Law: Who does it Empower" *German Law Journal*, 2024, Vol. 25, Núm. 6, pp. 800-821. Disponible en: https://doi.org/10.1017/glj.2024.56

CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", *Revista de Estudios Jurídicos*, 2012, Núm.12, pp.1-24 Disponible en: https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/829

DELGADO MUÑOZ, L.J. "La ejecución de las Sentencias del TEDH y el actual recurso de revisión penal: cinco años de vigencia". *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 2022, Vol.70 Núm. 1, Consultado en: https://doi.

org/10.18543/ed.2502

DOROSTE HERNÁNDEZ, J. y MORENO-CERVERA DE LA CUESTA, P., "Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y Otros c. Switzerland (Application 53600/20)", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2024. Disponible en el siguiente enlace: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-suiza-cambio-climatico-inactividad-climatica/

FALCÓN Y TELLA, M.J., "El precedente anglosajón" en FALCÓN Y TELLA, M.J., *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 33-56. ISBN: 9788497687737.

GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación", *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2006, Núm.4, pp. 127-152. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2353459

GASCÓN CUENCA, A., "La evolución de la enseñanza jurídica clínica en las universidades españolas: oportunidades y desafíos de la litigación estratégica en las clínicas de derechos humanos", *Revista de educación y derecho*, 2016, Núm.14, pp.9-10. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6092861

GONZÁLEZ SOLÓRZANO, G.S., "Comparación entre Sistema Anglosajón y Régimen Administrativo: Implicaciones para la Protección de Derechos", *Revista Científica Internacional*, 2024, Vol.11, Núm.1, pp. 456-467. Disponible en: https://doi.org/10.69639/arandu.v11i1.228

GUTIÉRREZ ESPADA, C. "La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol.10, Núm. 2, pp. 836-851. Disponible en: https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4406

GUILLÉN LÓPEZ, E. "Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, Núm. 42, pp. 335-370. Disponible en: https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23640

LÓPEZ GUERRA, I. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2000, Núm. 442, pp.1-4. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112787

MACHO CARRO, A.J. "Reflexiones en torno a la naturaleza y ejecutoriedad de los Dictámenes emitidos por los Comités de Supervisión de Tratados de Derechos Humanos en el Ordenamiento Español: la STS 1263/2018, de 17 de

julio", *Revista Justicia y Derecho*, 2019, Núm. 2, pp.131-140. Disponible en: https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/285/279

MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., "Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, Vol.15, Núm.1, pp. 517-548. Disponible en: https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7552

MARTÍNEZ SANTA MARÍA, P. "Sobre el amicus curiae y la personación de los sindicatos en los recursos de inconstitucionalidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 125/2022, de 29 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad Núm. 219-2022", *Revista de las Cortes Generales*, 2023, Núm. 115, pp. 453-492. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/115/1761

MAYER TOTOLA BRITTO, L., MASCARENHAS KARNINKE, T., "O caso Brown v. Board education, medidas estruturantes e o ativismo judicial", *Anais do Congresso de Processo Civil Internacional*, 2019, Vol.4, pp. 277-248. Disponible en: https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/1200

MORCILLO MORENO, J. "El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria, *Revista de Administración Pública*, 210, pp.287-318. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.10

PUGA, M.G., "La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education", *Revista Ideas & Derecho*, 2013, Tomo 1, Núm.9. Disponible en: https://rdu.unc.edu.ar/items/09fc1f5b-0fd0-47d1-b65c-9ff0da710fdd

RUIZ RESA, J.D. "Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar" *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2023, Vol. 56, Núm. 168, pp. 211-246. Disponible en: https://doi.org/0.22201/iij.24484873e.2023.168.18878

REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa", *Cuadernos de Derecho Local*, 2006, Núm. 11, pp.7-22. Disponible en: http://hdl.handle.net/10873/267

TIERNO BARRIOS, S., "El litigio estratégico como instrumento de garantía del derecho de acceso a la justicia y empoderamiento de las personas migrantes a la luz del Pacto Mundial para la Migración" en CENTENO MARTÍN, H. Y ANDRÉS LLAMAS, M.A. (Dirs.) *Procesos migratorios y desafíos en el marco del pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular, Salamanca*, 2023, pp. 167-178. Disponible en: https://doi.org/10.14201/0AQ0340

UCÍN, M.C. "Litigio de Interés Público", *Revista en Cultura De La Legalidad*", 2017, Núm. 12, pp. 246-255. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3656

VAN DER PAS K. "Conceptualising strategic litigation", *Oñati Socio-Legal Series*, 2021, Vol. 11, Núm. 6, cit. pp. S116-S145. Disponible en: https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1226

Otros materiales

Abogacía General del Estado. "Circular 1/2020. traslado de nota «la naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas Por los comités encargados del seguimiento de los tratados de derechos humanos de las naciones unidas»", con fecha 22 de octubre de 2020.

European Implementation Network y Democracy Reporting International "Justice delayed and Justice denied: Non-implementation of European Courts Judgements and the Rule of Law. 2024 Edition", 2024. Disponible en: https://www.einnetwork.org/blog-five/2024/9/20/justice-delayed-and-justice-denied-report-on-the-non-implementation-of-european-judgments-and-the-rule-of-law

Fundación Profesor Uría. "Nuevo reconocimiento al trabajo pro bono realizado por Uría Menéndez e impulsado por la Fundación Profesor Uría" [entrada página web] Disponible en: https://www.fundacionprofesoruria.org/noticias/Nuevo-reconocimiento-al-trabajo-pro-bono-realizado-por-Ur-a-Men-ndez-e-impulsado-por-la-Fundaci-n-Profesor-Ur-a.html

HOGAR SÍ. "Guía de litigio estratégico en casos de discriminación contra personas en situación de sinhogarismo", 2022. Disponible en: https://hogarsi.org/guia-litigio/

NET-KARD PROJECT, "Litigio en materia de derechos humanos y Comunidad Gitana. Una guía para abogados", 2014. Madrid, Ned-Kard Project. Disponible en: https://www.gitanos.org/centro_documentacion/publicaciones/litigio_en_materia_de_derechos_humanos_y_comunidad_gitana__una_guia_para_abogados/

Listado de jurisprudencia utilizada

Tribunal Supremo

STS 927/2007, de 26 de noviembre de 2007. Número de recurso: 1127/2000 (ECLI:ES:TS:2007:7783)

STS 4460/2008, de 25 de junio de 2008. Número de recurso: 905/2007 (ECLI:ES:TS:2008:4460).

STS 2624/2014, de 13 de junio de 2014. Número de recurso 2635/2012 (ECLI:ES:TS:2014:2624).

STS 1874/2015, de 5 de mayo de 2015. Número de recurso: 1600/2013 (ECLI:ES:TS:2015:1874).

STS 2747/2018, de 17 de julio de 2018. Número de recurso: 1002/2017. (ECLI:ES:TS:2018:2747).

STS 553/2018, de 5 de abril de 2018. Número de recurso: 4267/2016. (ECLI:ES:TS:2018:1519)

STS 384/2019, de 20 de marzo de 2019. Número de recurso: 691/2017 (ECLI:ES:TS:2019:894).

STS 1591/2022, de 25 de abril de 2022. Número de recurso: 4787/2021 (ECLI:ES:TS:2022:1591).

STS 300/2023, de 8 de marzo de 2023. Número de recurso: 431/2021 (ECLI:ES:TS:2023:846).

STS 2842/2023, de 13 de junio de 2023. Número de recurso: 5269/2022. (ECLI:ES:TS:2023:2842)

STS 3410/2023, de 18 de julio del 2023. Número de recurso: 265/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3410).

STS 1611/2023, de 30 de noviembre del 2023. Número de recurso 918/2022 (ECLI:ES:TS:2023:5059)

ATS 14188/2024, de 27 de noviembre de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:14188A)

ATS 1031/2025, de 28 de enero de 2025. Número de recurso: 718/2024 ECLI:ES:TS:2025:1031A).

STS 679/2025, de 2 de junio de 2025. Número de recurso: 1439/2023 (ECLI:ES:TS:2025:2497).

Tribunal Constitucional

ATC 248/2008, de 24 de julio de 2008. Número de recurso: 1470-2008 (ES:TC:2008:248A).

STC 28/2009, de 26 de enero de 2009. Número de recurso: 10292-2006 (ECLI:ES:TC:2009:28).

STC 116/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 73-2002 (Referencia publicación Boletín Oficial del Estado: BOE-T-2006-9157)

STC 23/2020, de 13 de febrero de 2020. Recurso de amparo. 3807-2018. (Referencia publicación Boletín Oficial del Estado:

BOE-A-2020-3348).

Audiencia Nacional

SAN 3080/2021 (ECLI:ES:AN:2021:3080).

XIV EDICIÓN

2026

TRABAJOS GALARDONADOS

Primer premio XIV Edición, 2026 380

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 415

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 447

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 **383**

2. EL SECRETO PROFESIONAL COMO DEBER Y DERECHO FUNDAMENTAL DE LA ABOGACÍA **384**
2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y DEONTOLÓGICO 384
2.2. EL EGAE 2021 Y LA LEY ORGÁNICA 5/2024 DEL DERECHO DE DEFENSA 385

3. LAS FACULTADES INSPECTORAS DE LA CNMC Y SUS LÍMITES **387**
3.1. MARCO LEGAL DE LA INSPECCIÓN 387
3.2. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y DEONTOLÓGICOS A LAS INSPECCIONES 388

4. ALCANCE MATERIAL DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL MARCO DE UNA INSPECCIÓN DE LA CNMC **390**
4.1. CATEGORÍAS DE DOCUMENTOS PROTEGIDOS Y NO PROTEGIDOS 392
4.2. DOCUMENTOS MIXTOS Y CRITERIO FUNCIONAL 393
4.3. CÓMO HACER VALER EL SECRETO PROFESIONAL DURANTE LA INSPECCIÓN 395

5. EL ABOGADO DE EMPRESA ANTE LAS INSPECCIONES DE LA CNMC **396**
5.1. EL *LEGAL PRIVILEGE* EUROPEO: AM & S, AKZO NOBEL Y ORDE VAN VLAAMSE BALIES 396
5.1.1. EL RECONOCIMIENTO DEL *LEGAL PRIVILEGE* EN AM & S 396
5.1.2. AKZO NOBEL Y LA EXCLUSIÓN DEL ABOGADO INTERNO 397
5.1.3. ORDE VAN VLAAMSE BALIES Y LA AMPLIACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA CONFIDENCIALIDAD 399
5.2. EL CASO RENFE Y LA REAPERTURA DEL DEBATE 401
5.2.1. LA INSPECCIÓN DE RENFE Y LAS RESOLUCIONES DE LA CNMC 401
5.2.2. EL CONFLICTO ENTRE LA DOCTRINA AKZO NOBEL Y EL DERECHO ESPAÑOL 403
5.2.3. LA JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO Y LAS CUESTIONES PENDIENTES 406

6. CONCLUSIONES **408**

7. FUENTES **410**

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 **420**

2. EL OBJETO DE PROTECCIÓN: TRATAMIENTO Y DATO PERSONAL **421**
2.1 El concepto de tratamiento y la identificación del responsable 421
2.2.El concepto de dato personal y la *doctrina Scania* 422

3. REQUISITOS DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 82 RGPD **425**
3.1. Primer requisito: la existencia de infracción del RGPD 426
3.2. Segundo requisito: el daño material o inmaterial 427
3.3. Tercer requisito: el nexo causal y la carga de la prueba 429

4. LAS LAGUNAS PROCESALES DEL ARTÍCULO 82 DEL RGPD EN ESPAÑA **430**
4.1. La jurisdicción competente 430
4.2. La cuantificación de la indemnización 432
4.3. La coordinación entre la AEPD y el tribunal civil 434

5. PROPUESTAS Y CONCLUSIÓN **437**

6. BIBLIOGRAFÍA **441**
6.1. Obras doctrinales 441
6.2 Legislación 442
6.3. Jurisprudencia 443
6.3.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea 443
6.3.2. Tribunal Supremo 444
6.3.3. Audiencia Nacional 445
6.4. Documentos institucionales 445
6.5. Páginas web consultadas 445

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. **452**

1. FUNDAMENTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. **454**
1.1. La lógica constitucional y los presupuestos legales. 454
1.2. El momento procesal: la comparecencia del artículo 505 LECrim. 455

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL RIESGO DE FUGA FRENTE AL INVESTIGADO EXTRANJERO. **457**
2.1. Por qué el riesgo de fuga es el fin cautelar predominante. 457
2.2. Las cuatro variables que la Audiencia Nacional combina. 458
2.3. El patrón argumentativo de los autos y su vicio de fondo. 459
2.4. Por qué "sin arraigo en España" no equivale a "sin arraigo". 462

3. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. **463**

4. LA DURACIÓN DE LA MEDIDA COMO PENA ANTICIPADA. **465**

5. CUÁNDO SÍ PUEDE ESTAR JUSTIFICADA LA PRISIÓN PROVISIONAL **467**

6. INSTRUMENTOS PARA LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PAÍS DE RESIDENCIA. **469**
6.1. La Orden Europea de Vigilancia (Decisión Marco 2009/829/JAI). 469
6.2. Medidas cautelares personales no privativas de libertad. 471
6.3. La caución económica en delitos patrimoniales complejos. 472
6.4. Cooperación judicial. 472

7. POR QUÉ ESTAS HERRAMIENTAS APENAS SE UTILIZAN **473**

8. GUÍA PRÁCTICA PARA EL ABOGADO DEFENSOR. **475**
8.1. Antes de la comparecencia: construir el expediente de arraigo transnacional. 475
8.2. Durante la vista: discutir los indicios sin entrar al fondo del asunto. 476
8.3. En recursos y en la revisión periódica de la medida. 477
8.4. La vía europea: preparar una eventual demanda ante el TEDH. 478
8.5. Errores frecuentes a evitar. 478

CONCLUSIONES **479**
Anexo. Jurisprudencia citada. 480

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