

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)

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA
Abogado de PLACONSA, S.A.

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Extracto:

EN el presente estudio se cuestiona la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea que considera que los abogados internos de empresa no tienen el mismo grado de independencia que el abogado externo y, en base a esta apreciación, sustenta que las actuaciones del abogado interno no merecen quedar amparadas por el secreto profesional.

Esta errónea jurisprudencia supone un claro desconocimiento del deber de secreto del abogado, que no es un privilegio del mismo, sino del cliente.

Se analiza, asimismo, la legislación española en la materia, que considera en igualdad de condiciones al abogado interno y al externo.

Nota bene:

El presente artículo se presentó al Premio *Estudios Financieros* 2010, mucho antes de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2010 (Asunto C-550/07 P. *Akzo Nobel Chemicals Ltd*), en la que el Tribunal mantiene su anterior jurisprudencia que, a juicio del autor, es incorrecta y contraria al fundamental derecho de defensa. Dicha jurisprudencia es asimismo contraria a la legislación española en la materia que, afectando a un derecho fundamental, debe prevalecer sobre el ordenamiento de la Unión, como se expone en el presente estudio.

Palabras clave: abogado de empresa, asesoramiento jurídico, derecho de defensa, *legal professional privilege*, secreto profesional.

THE PROTECTING OF CONFIDENTIALITY OF COMMUNICATIONS BETWEEN LAWYERS AND CLIENTS (referring to the misconception of confidentiality the company lawyer)

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA
Abogado de PLACONSA, S.A.

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Abstract:

THE purpose of the present study questions the decision of the courts by the European Union which considers that the company lawyers do not have the same degree of independence that the outside counsel and based on that assessment, holds the action of the lawyer, that not deserves to be covered by professional secrecy.

We must consider this erroneous case as a clear disregard of duty of confidentiality to the attorney who is not a privilege of the same, but the client.

We analyze also the spanish legislation on the subject, which considers equal to the internal and external counsel.

Keywords: corporate lawyer, legal advice, right to defense, legal professional privilege and confidentiality.

Sumario

- I. Introducción.

- II. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 junio de 2007 (Asunto C-305/05).

- III. La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 (Asuntos T-125/03 y T-253/03).

- IV. El Derecho español.

- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Parece que actualmente el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes está en crisis. En el plano nacional puede verse el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid del 20 de octubre de 2009 y el comunicado del Consejo General de la Abogacía Española del 9 de octubre de 2009, ambos relativos a la vulneración del derecho de defensa por la grabación de conversaciones entre abogados y clientes-imputados en un procedimiento penal¹. El Presidente del Consejo General de la Abogacía Española ha llegado a reclamar una *Ley Orgánica del Derecho de defensa*². Asimismo, hemos de referirnos a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea sobre dicho derecho a la confidencialidad, que está de actualidad en España por la tramitación del «Anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo»³, ya convertido en ley.

¹ Asimismo, el 26 de marzo de 2010, el Colegio de Abogados de las Islas Baleares emitió un comunicado sobre las intervenciones de comunicaciones telefónicas entre imputados y abogados defensores en el marco del «caso Palma Arena». Otros *asaltos*, en este caso relativos al registro arbitrario de despachos de abogados, son relatados por MUÑOZ MACHADO en su libro *Riofrío. La justicia del señor Juez*. Edhasa, 2010.

² CARNICER: «Necesitamos ya una Ley Orgánica de Defensa». www.cgae.es. 16 de octubre de 2009. Puede verse, asimismo: «Reclamamos una Ley Orgánica de la Defensa». Editorial de «Abogados». *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 57, octubre 2009.

El Magistrado Enrique López ha señalado («Algo mejor que el Derecho». Diario *La razón*, 5 de abril de 2010) que «llama la atención que un tema como es el de las escuchas y observaciones telefónicas no se afronte como una reforma en su totalidad, para dar cobertura legal a toda la doctrina jurisprudencial que se ha ido generando a lo largo del tiempo, sin la cual, nuestra legislación chocaría frontalmente no sólo contra nuestra Constitución, sino contra el Pacto Europeo de Derechos fundamentales. Hace ya muchos años que el Tribunal de Estrasburgo está llamando la atención al Estado Español para que legisle esta delicada materia, por ejemplo, en el Caso Abdulkadir contra España, resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2006, en la cual si bien salva las intervenciones telefónicas habidas, entendiendo que no han vulnerado el derecho a la vida privada y al derecho de la comunicaciones, advierte de la insuficiencia del régimen legal en España que se complementa por la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, y por ello considera el Tribunal, que es deseable una modificación legislativa que haga que el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.) plantee reglas claras y detalladas y precisas, y que regule con suficiente claridad la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado...».

³ En el diario *Expansión* del 29 de septiembre de 2009 aparece la noticia: «El CGPJ reconsidera su postura sobre el secreto de los abogados»: «El Consejo General del Poder Judicial ha rectificado su espaldarazo para que el secreto profesional de la abogacía se rebaje en la futura Ley de prevención del blanqueo de capitales, actualmente en fase de anteproyecto». Sobre este asunto puede verse: DEL ROSAL: «Los enemigos del secreto profesional». *Expansión*, 24 de noviembre de 2009.

El 30 de octubre de 2009, en el Congreso de la Unión Internacional de Abogados, celebrado en Sevilla (con la participación de Colegios y Abogados de más de ochenta países) se adoptó, por unanimidad y en sesión plenaria, la siguiente «Resolución de apoyo al Colegio de Abogados de Madrid»⁴:

«La Unión Internacional de Abogados recuerda que la confidencialidad de las relaciones entre el abogado y su cliente es indispensable para el respeto del derecho de defensa del ciudadano, esencial en un Estado de Derecho.

La UIA se solidariza, por lo tanto, totalmente con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que se ha visto obligado a adoptar un acuerdo el 20 de octubre de 2009 otorgando el amparo colegial a unos abogados cuyas conversaciones con sus clientes detenidos fueron grabadas y decidiendo la presentación de una querrela criminal contra el juez y los fiscales responsables de tal violación del Derecho de Defensa del ciudadano.»

El Presidente del Consejo General de la Abogacía ha vuelto a insistir en este asunto⁵:

«Derecho de Defensa y Secreto Profesional.

Enlazando con lo anterior, diré que la defensa de la defensa y de los demás derechos fundamentales de la persona es el principal guía de las instituciones de la Abogacía.

Que la grabación de las comunicaciones en prisión entre abogado y cliente no son conformes a la legalidad vigente (como se dijo en nuestro comunicado de 10 de octubre de 2009) ya lo ha sancionado el Tribunal de Justicia de Madrid⁶.

Por tanto, huelga insistir en el hecho o en la conducta personal del Magistrado titular del Juzgado Central núm. 5 de Instrucción de la Audiencia Nacional, de la que trae causa.

Pero no podemos dejar así las cosas.

Vengo defendiendo, desde hace varios años, la necesidad de una ley de rango orgánico que acote para clarificarlo el sentido y alcance del derecho fundamental a la defensa, en relación de los restantes derechos fundamentales.

⁴ www.otrosi.net 2 de noviembre de 2009.

⁵ Intervención de don Carlos Carnicer Díez en el desayuno de Nueva Economía Fórum, Madrid, 13 de abril de 2010. Visto en www.cgae.es.

⁶ Se refiere al importante Auto núm. 28/2010, de 25 de marzo de 2010, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que se recuerda lo dicho por la Sentencia 737/2009 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: «No hay causas graves y causas leves, sino procesos justos o injustos. La exigencia de eficacia en la lucha contra (el) delito no puede tener como contrapartida una excepcionalidad procesal definida por la quiebra de los derechos fundamentales, antes bien, la exigencia de eficacia debe venir unida inexorablemente al respeto a las garantías fundamentales». A lo que más tarde añade: «el éxito de la investigación realizada con vulneración de los derechos constitucionales, no sana en raíz aquella nulidad inicial, el aceptar este planteamiento sería tanto como entronizar el principio de que el fin justifica los medios, cuando la legitimidad de los medios es la que legitima y acredita la bondad de los fines».

Después de los sucesos aludidos redoblaré mis esfuerzos. El derecho de defensa es un derecho fundamental que salvaguarda los restantes derechos fundamentales y no fundamentales.

El Fiscal General del Estado, en su Circular núm. 8/2004, decía que el derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de los derechos ⁷.

Hemos visto cómo la descuidada decisión de un instructor quiebra la principal garantía del imputado: su defensa. Y ahí hemos de proclamarlo.

No puede ser que el Derecho no ampare plenamente el secreto entre abogado y cliente. Si la estrategia defensiva es descubierta por los contrarios se destruye irremediabilmente el derecho de defensa. Y sin defensa no hay Justicia posible, sino sólo poder o fuerza vindicativa.

Sólo en la sospecha muy fundada de que el defensor puede ser cómplice del delito estaría admitido, por la vía del artículo 579 de la LECrim. la intervención de las comunicaciones de letrado como a cualquier ciudadano, **pero incluso entonces, debería ponerse en comunicación del defendido que la garantía de secreto profesional en las comunicaciones habría declinado con ese abogado, porque el imputado tiene derecho al secreto profesional y a no declarar contra sí mismo, a no autoinculparse, a la presunción de inocencia que no pueden resultar perjudicados por la actuación o consideración de un tercero, su hasta entonces abogado**.

A nivel europeo es habitual la personación, como demandantes o coadyuvantes, de las organizaciones representativas de la abogacía en las causas que afectan negativamente al secreto profesional. A título de ejemplo, puede citarse la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de fecha 17 de septiembre de 2007 (Asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, *Azko Nobel Chemicals Ltd*), en la que se dilucida sobre la licitud de la incautación, por la Comisión Europea, de documentos en un procedimiento administrativo de defensa de la competencia. Documentos afectados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En este asunto comparecieron, como coadyuvantes, varias asociaciones nacionales e internacionales, entre otras: Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos, Consejo de la Abogacía Europea, Asociación europea de abogados de empresa, sección de Derecho mercantil de la Asociación Internacional de Colegios de Abogados, Asociación americana de abogados de empresa –sección europea– Asociación internacional de Colegios de Abogados, etc. Parece que en España se está aplicando restrictivamente esta jurisprudencia, ya de por sí restrictiva, como veremos. Refiriéndose a la Sentencia de 30 de septiembre de 2009 de la Audiencia Nacional, GUERRA ⁸ señala que «otro aspecto de la sentencia ha provocado cierta preocupación entre empresas y abogados. La Audiencia Nacional

⁷ Se refiere a la Instrucción 8/2004, «sobre la necesidad de promover el acceso de los letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones ante el Juzgado de Guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos» (puede verse en www.fiscal.es). En la Instrucción se dice que «el respeto escrupuloso y efectivo al derecho de defensa del imputado no ha de ser ajeno al Ministerio Fiscal. Su configuración constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos incluye la protección de los derechos del imputado, y dentro de ellos la salvaguardia del derecho de defensa... **Por todo lo expuesto habrán los Sres. Fiscales de constituirse en valedores del derecho de defensa que asiste al imputado...**».

⁸ «Los poderes de inspección de la CNC». *Cinco Días*, 27 de octubre de 2009.

parece considerar que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado externo y cliente, configurado como un elemento integrante del derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la Constitución (CE), sólo se produce si la Comisión Nacional de la Competencia hace uso de dichas comunicaciones. Esta posición contrasta con la mantenida en diversas sentencias por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que considera vulnerado dicho derecho por la simple lectura del documento protegido por la confidencialidad de las comunicaciones abogado/cliente. La posición del Tribunal comunitario es coherente con el hecho de que, más allá de si el documento correspondiente es utilizado o no como medio de prueba, su mera lectura condiciona de alguna forma el juicio del inspector responsable del asunto y, por tanto, en ese mismo momento, se produce un riesgo claro de vulneración del derecho de defensa»⁹. Como bien ha subrayado ALLENDESALAZAR CORCHO¹⁰, refiriéndose a las inspecciones en materia de Derecho de la Competencia, «una de las situaciones conflictivas que se ha repetido en varias inspecciones ha sido la copia por parte de los inspectores de la DI de informes jurídicos de abogados externos de las empresas que contenían asesoramiento en materia de Derecho de la competencia. **Aunque estos informes han podido ser, en su caso, posteriormente devueltos a las empresas, ello se ha hecho después de que la DI hubiese comprobado su carácter protegido, y por ende su contenido.** Esta forma de actuar constituye, a juicio de las empresas inspeccionadas, una infracción a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, tal y como este principio ha sido configurado en la jurisprudencia comunitaria y en la doctrina del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia».

Según las palabras de LORD DENNING, el privilegio que se deriva del deber de secreto del abogado, «no es el privilegio del abogado, sino de su cliente»¹¹. Para SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «el letrado corporeiza en su persona, mediante su actuación, el derecho fundamental a la defensa»¹². Y como con acierto sustenta DEL ROSAL GARCÍA¹³: «pues la exteriorización de información, incluida la perjudicial, adversa o incriminatoria, que impone al justiciable la comunicación con su defensor como servidumbre técnica inevitable de su derecho a ser defendido por abogado, se convertiría en autoinculpación o allanamiento en contra de su voluntad en el supuesto de que el abogado revelara, de motu proprio o a requerimiento de la autoridad competente en el ejercicio de poderes punitivos o sancionadores, lo conocido en las comunicaciones mantenidas con él, con quebranto de los derechos que le otorga el artículo 24 de la CE.

Por lo que frente a la revelación o exteriorización de hechos o datos sensibles que impone al justiciable el ejercicio de su derecho a la defensa de letrado, forzoso o voluntario, la propia norma le otorga con el derecho al secreto profesional el control de sus derechos fundamentales dentro del sujeto dual de la defensa mediante la protección de la información transmitida en su seno, ligando a la

⁹ Sobre cómo entiende la Comisión Nacional de la Competencia la relación de confidencialidad abogado-cliente, puede verse su Resolución de 3 de octubre de 2008, *Colgate Palmolive, S.A.*

¹⁰ «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*, núm. 7201, 22 de junio de 2009.

¹¹ «The Due Process of Law». Butterworths, 1980. Citado por el Abogado General, señor Poiares Maduro, en sus Conclusiones de 14 de diciembre de 2006 en el Asunto C-305/05.

¹² «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva». InDret, *Revista para el análisis del Derecho*. Enero 2008.

¹³ «El Secreto Profesional, derecho fundamental del justiciable». www.eticajuridica.es. 30 de mayo de 2008.

voluntad del justiciable la libre determinación o ejercicio de sus derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable en relación con toda la información o documentos que haya venido obligado a exteriorizar para entregar a su defensor y desde el mismo momento de su exteriorización. Lo que sólo puede conseguirse si se protege la información frente a todos desde el mismo instante de su exteriorización.

Lo que se consigue con el deber deontológico de Secreto Profesional, que protege lo exteriorizado por el justiciable tanto en sede de *comunicación* como en sede de *defensor*. Lo cual implica que aquellas comunicaciones entre cliente y abogado que hayan sido documentadas o recogidas y perpetuadas en un soporte documental que permita su lectura o reproducción permanentes, queden protegidas desde su exteriorización y para siempre sea cual sea el lugar en el que se encuentren, incluso de nuevo en poder o sede del justiciable, pues habrán consolidado la protección del secreto como comunicaciones sensibles exteriorizadas forzosamente por el justiciable *con causa* en su propia defensa.»

MULLERAT¹⁴ responde así a la pregunta «¿por qué los abogados están exentos de la obligación de revelar la información sobre los hechos ilícitos que conocen?»: «La razón es sencilla. Los tribunales, para hacer justicia, necesitan que se les proporcionen los hechos que apoyan las posturas procesales de ambas partes expuestos de forma técnica, lo que constituye la labor de los abogados. Para poder realizar esta labor, los abogados precisan conocer la totalidad de los hechos. Y para que los clientes les faciliten la versión veraz y completa, es necesario que puedan confiar en que su abogado no hará un mal uso de la información confidencial. No se trata de proteger los intereses de los letrados, sino, precisamente, los de la justicia y los justiciables. Es comprensible que la policía y demás organismos que tienen como función la investigación estén tentados de ver en los abogados una fuente de información, pero si ello fuera permisible, constituiría la perversión del sistema, que por un lado ofrecería la abogacía a los acusados para ejercer su derecho fundamental a la defensa y por otro obligaría al abogado a quebrantar la confianza y delatar a su cliente...».

Para nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de julio de 2008. Recurso núm. 11246/2007. Resolución 433/2008), la Constitución garantiza «en su artículo 24.2 el derecho de defensa. Y éste implica la certeza en el asistido por el Letrado de que lo que le comunique en el contexto de la confidencialidad profesional nunca podrá ser utilizado en su contra. De otra suerte la confianza en el Letrado sería inexistente. Y sin confianza no hay defensa posible. Por eso resulta más acorde a tal garantía la regulación inserta en el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en su actual redacción, antes 437.2 y, en concordancia con el mismo, por el artículo 32 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, regulador del Estatuto General de la Abogacía. Conforme a tales normas los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan **por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional**, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos».

Prueba de que cuando hablamos del secreto profesional y de la inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente estamos hablando de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE, es la inserción –con carácter de ley orgánica– del secreto profesional en el

¹⁴ «Secreto profesional». *Expansión*, 26 de enero de 2010.

artículo 542.3 de la LOPJ, que no se limita al ámbito del proceso, sino a «*cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*». En mi opinión, cualquier limitación o restricción al secreto profesional y al principio de inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente debe establecerse mediante ley orgánica. Si se regula mediante ley ordinaria podría impugnarse la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto Legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de Orgánica o Norma Legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido».

A mi entender, y siguiendo a LÓPEZ YAGÜES¹⁵, «la regla, en principio incontestable, acerca de la inviolabilidad de las comunicaciones habidas por razón de la defensa, admitiría cierta excepción en el supuesto de que el Letrado reúna al propio tiempo la condición de imputado; ofrecer tutela privilegiada a las relaciones imputado-defensor cuando este último se sospecha partícipe –en cualquiera de sus grados– en la comisión del hecho delictivo sometido a investigación, equivaldría a amparar una conducta que merece ser sancionada penal y disciplinariamente. Desvanecida toda justificación al privilegio, podría hallar legitimidad la intervención de sus comunicaciones, no ya incidental en el curso de las legítimamente ordenadas sobre su cliente y principal imputado, sino como sujeto pasivo directo de la medida de control judicialmente decidida. Pero, en caso alguno la información resultante de la injerencia habrá de ser valorada como prueba y servir de fundamento a una sentencia de condena sobre el cliente imputado, que ha de ver garantizada la efectividad de su derecho de defensa». Pero, como ha subrayado PELAYO¹⁶, «si existen indicios de criminalidad suficientes contra un abogado, debe ser imputado (y notificado), sin permitir, en ningún momento, que lleve a cabo actuaciones de defensa de otros imputados para las que, además, en muchos casos, sería incompatible por poder existir un conflicto de intereses. Lo que un Estado libre jamás puede permitir es que la violación del *principio de confidencialidad* abogado-cliente se transforme en una vía para llevar a cabo investigaciones que, sin la vulneración de estas libertades, serían trabajosas (¿acabarán poniendo micrófonos en los confesionarios?)».

Señalando que «por muy elemental que parezca», CORTÉS BECHIARELLI¹⁷ cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1990, que define al abogado:

«Abogado es aquella persona que se incorpora a un Colegio de Abogados y en despacho, propio o compartido, efectúa los actos propios de esa profesión, tales como consultas, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración

¹⁵ «La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho de defensa». Tesis Doctoral. Universidad de Alicante. Enero de 2001. Visto en www.dialnet.unirioja.es.

¹⁶ «Hacia un Estado policial». *ABC*, 11 de noviembre de 2009.

¹⁷ «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo». Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXI, 2003. Universidad de Extremadura. (Nota de referido autor: «Sustancialmente es éste el texto del Dictamen que realicé a petición del Consejo General de la Abogacía Española acerca de si las disposiciones de la Directiva 2001/97 del Parlamento Europeo y del Consejo entran en contradicción con la **normativa española en materia de protección del secreto profesional del abogado**...»).

de Dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de partición de bienes, ejercicio de acciones de toda índole ante las diferentes ramas jurisdiccionales y, en general, defensa de intereses ajenos, judicial o extrajudicialmente».

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de julio de 1995, puede leerse, respecto al asesoramiento jurídico:

«Es claro que estos asesoramientos en estas circunstancias constituían el ejercicio de actos propios de la profesión de abogado, para lo cual era necesario el título oficial del que carecía el condenado aquí recurrente, **pues tal ejercicio no cabe limitarlo ante los órganos judiciales**. De todos es conocido cómo es precisamente en sus consultas privadas, aconsejando a sus clientes, donde estos profesionales desarrollan una parte importante de su actividad como tales».

Las labores descritas pueden clasificarse en dos grandes bloques: la *faceta asesora* y la *faceta de representación técnica* del cliente en vía administrativa y jurisdiccional (también extrajudicial, vía arbitraje, p.e). En ambas facetas rige el secreto profesional del abogado.

Así lo sostiene el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), señor Poiares Maduro, en sus Conclusiones de 14 de diciembre de 2006 (Asunto C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone et al*):

«60. En mi opinión y tal y como sostienen los Colegios de Abogados intervinientes, **el principio del secreto profesional incluye el asesoramiento jurídico**. La razón para afirmarlo es doble y se asienta tanto en consideraciones de principio como en consideraciones prácticas. En principio, debe tenerse en cuenta "la necesidad de que, en una sociedad civilizada, todo particular pueda dirigirse a su abogado para que le asesore y ayude jurídicamente y para que le represente, cuando se haya iniciado un procedimiento". Representante y defensor, todo abogado tiene también una función esencial de asistencia y de asesoramiento. **De esa forma, garantiza no sólo el acceso a la justicia sino también el acceso al Derecho**. Ahora bien, esta última garantía no es menos valiosa que la primera en una sociedad compleja como la sociedad europea. La posibilidad de que cualquier ciudadano pueda disponer de un asesoramiento independiente, de modo que pueda tener conocimiento de la regulación de su situación particular, es una garantía esencial del Estado de Derecho. **En estas condiciones, el compromiso de confianza que garantiza la protección del secreto merece ser extendido al ámbito de las relaciones de asistencia y de asesoramiento jurídicos**. Además, esta ampliación es coherente con el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la Sentencia AM & S se recuerda expresamente la importancia de que los clientes puedan disponer, con plena independencia, de asesoramiento jurídico y de asistencia legal.»

Dicho asesoramiento jurídico y asistencia legal puede realizarse por abogados que ejercen por cuenta propia la profesión o por abogados que ejercen la profesión por cuenta ajena (es decir, contratados en régimen laboral por una empresa). En ambos casos sigue rigiendo, plenamente a mi juicio, el secreto profesional. En ambos casos el abogado es independiente. Como señaló el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 30 de diciembre de 1993 (Expte. 333/93. PLACONSA):

«En el mundo del Derecho suele ser tradicional, al enfrentarse con profesiones que tienen un elevado grado de conocimientos técnicos aplicables al ejercicio de la actividad, la separación entre las funciones técnicas que desarrolla el profesional y otro tipo de funciones laborales, comerciales o directivas que también puede ejercitar al mismo tiempo.

Por funciones técnicas hay que entender aquellas que caracterizan el modo de ejercer la profesión (el correspondiente "arts" profesional o conocimientos propios de la especialidad para cuyo ejercicio se exige una titulación). **Estas funciones se ejercen siempre con independencia y se sus traen al poder de dirección del empresario cuando se trabaja por cuenta ajena (vg. médico, piloto, capitán de barco, etc.).** Su mal ejercicio puede motivar la exigencia de una responsabilidad profesional, de carácter personal, sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir directa o adicionalmente el empresario para el que trabaja...».

La condición de abogado *independiente* (con independencia a mi entender de la razón *económica* del ejercicio de su actividad –cuenta propia o ajena–) puede extraerse, inicialmente, de las Conclusiones referidas del Abogado General, señor Poiares Maduro:

«70. Es indiscutible que en todos los casos en los que interviene, el abogado puede tener que realizar una evaluación de la situación jurídica de su cliente. Sin embargo, esta evaluación puede tomar distintas orientaciones. Una cosa es exponer el marco y las implicaciones jurídicas de la operación considerada, y otra es realizar una evaluación con el fin de adoptar la mejor estrategia para llevar a cabo una actuación o una operación económica o comercial en interés del cliente. Si la evaluación simplemente pretende ayudar a su cliente a organizar sus actividades "ajustándose a la legalidad" y ajustar sus objetivos a las normas jurídicas, debe considerarse como una actividad de asesoramiento y debe dispensarse de cualquier obligación de información, independientemente del contexto en el que la prestación se haya desarrollado. En cambio, si la evaluación tiene como finalidad esencial realizar o preparar una operación comercial o financiera y está sujeta a las instrucciones del cliente para encontrar, en particular, la solución económicamente más ventajosa, el abogado no actúa de modo distinto a un "agente de negocios" que pone todas sus competencias al servicio de una actividad no jurídica, y no procede aplicar el secreto profesional. En el primer caso, puede afirmarse que el abogado actúa no sólo en interés de su cliente, sino también en interés del Derecho. **En el segundo, prevalece únicamente el interés del cliente. En este caso, el abogado no actúa como abogado independiente, sino que se encuentra en una situación idéntica a la de un asesor financiero o un abogado de empresa.»**

La mención al **«abogado de empresa»** es, a mi entender, a todas luces impropia, pues su función puede ser simplemente la de ayudar a su cliente a organizar sus actividades «ajustándose a la legalidad» y ajustar sus objetivos a las normas jurídicas. Además de la actividad de litigación en defensa de los intereses de la empresa. Tanto un abogado externo como un abogado interno pueden asesorar a una empresa o a un particular, por ejemplo, en el plano tributario, en la celebración de un contrato o negocio jurídico en el que existan diferentes alternativas en cuanto a su tributación; y en ese asesoramiento puede buscarse la denominada *«economía de opción»* para aliviar la fiscalidad del negocio. Y ello no quiere decir que el abogado que asesora –sea externo o interno– se salga de la legalidad y no ajuste sus objetivos a las normas jurídicas.

En la actualidad, las empresas, especialmente las de cierto tamaño, cuentan en sus plantillas con abogados (y con asesorías jurídicas internas)¹⁸ cuya actuación es el desarrollo de las facetas asesora y de asistencia técnica aludidas con anterioridad, de forma independiente. Establecer lo contrario como una presunción *iusuris et de iure* contraviene, en mi opinión, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente; máxime cuando el propio Abogado General entiende que:

«72. Teniendo en cuenta la naturaleza fundamental de la protección del secreto profesional del abogado, **es justo presumir que el abogado actúa en su calidad propia de asesor o de defensor**. Sólo si se verifica que ha sido contratado para una función que compromete su independencia, deberá considerarse que puede estar sujeto a la obligación de informar prevista por la Directiva. **Esta apreciación deberá hacerse caso por caso, con la garantía de un control jurisdiccional.**»

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 26 JUNIO DE 2007 (ASUNTO C-305/05)

El Abogado General, señor Poiars Maduro, en las Conclusiones referidas concluye:

«83. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por la Cour d'arbitrage del siguiente modo:

"Los artículos 2 bis, punto 5, y 6 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, son válidos en tanto se interpreten, de conformidad con el decimoséptimo considerando de esta misma Directiva y respetando los derechos fundamentales de protección del secreto profesional del abogado, en el sentido de que las informaciones **obtenidas antes, durante o después de un proceso judicial o con motivo de la prestación de asesoramiento jurídico**, deben exonerarse de cualquier obligación de notificación".»

Y el fallo de la STJCE a que se refieren dichas Conclusiones es el siguiente:

«En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

Las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales previstas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, y que el artículo 2 bis, número 5, de la misma Direc-

¹⁸ Puede verse el documento «Análisis y tendencias de la Asesoría Jurídica Interna en España». Deloitte, octubre 2007 (visto en www.juristasdeempresa.com). En él puede leerse: «ejercer el Derecho como asesor jurídico interno es una de las grandes opciones para la práctica profesional del abogado».

tiva impone a los abogados, no vulneran el derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y el artículo 6 UE, apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva.»

El referido artículo 6, apartado 3, párrafo segundo de la Directiva dice:

«Los Estados miembros no estarán obligados a imponer las obligaciones establecidas en el apartado 1 a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales, con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.»

Para el Tribunal de Justicia:

«30. El artículo 6 del CEDH reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativamente, tanto en los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como en el marco de un procedimiento penal.

31. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el concepto de "proceso justo" contemplado en el artículo 6 del CEDH está integrado por diversos elementos, **entre los que se incluyen el derecho de defensa**, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal (véase TEDH, sentencias Golder c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975, serie A núm. 18, § 26 a 40; Campbell y Fell c. Reino Unido, de 28 de junio de 1984, serie A núm. 80, § 97 a 99, 105 a 107, y 111 a 113, así como Borgers c. Bélgica, de 30 de octubre de 1991, serie A núm. 214-B, § 24).

32. El abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el artículo 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento.

36. En cambio, es preciso reconocer que las exigencias vinculadas al derecho a un proceso justo no se oponen a que, cuando los abogados actúen en el marco preciso de las actividades enumeradas en el artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308, pero en un contexto en el que no resulte aplicable el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la misma, tales abogados estén sometidos a las obligaciones de información y de cooperación que impone el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, puesto que, según subraya específicamente el tercer considerando de la misma Directiva, las mencionadas obligaciones se justifican por la necesidad de luchar eficazmente contra el blanqueo de capitales, que influye de manera manifiesta en el aumento de la delincuencia organizada, el cual representa, a su vez, una amenaza especial para las sociedades de los Estados miembros.»

A mi entender, lo dicho por el Tribunal de Justicia en el apartado 32 de la sentencia es aplicable tanto a los abogados que ejerzan por cuenta propia como a los que ejerzan por cuenta ajena. El Tribunal no puede ni debe inmiscuirse –más violentando los derechos fundamentales– en la forma en que el cliente contrate su asesoramiento, defensa y representación.

Es equivocada la opción del Tribunal de Justicia –que no respeta la configuración en los derechos nacionales del privilegio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente– manifestada en la Sentencia AM & S ¹⁹, de fundamentar el secreto en el derecho a un proceso justo en cuanto a que equivale exclusivamente a limitar su extensión al ámbito contencioso, jurisdiccional y cuasijurisdiccional, excluyendo el asesoramiento jurídico ajeno al proceso.

Respecto a la STJCE de 26 de junio de 2007, ÁLVAREZ DE LINERA GRANDA ²⁰ ha señalado que esta jurisprudencia prima sobre el Derecho interno, incluido el artículo 542.3 de la LOPJ (secreto profesional), por lo que estos preceptos «deben interpretarse respetando lo previsto por el acervo comunitario». No compartimos esta opinión, dada su afectación a los derechos fundamentales, como expondremos más adelante.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2007 (ASUNTOS T-125/03 Y T-253/03)

NIETO MENGOTTI ²¹ (Presidente de la Asociación Profesional de Juristas de Empresa) ha escrito que «nos rebelamos permanentemente frente al criterio, asentado por alguna jurisprudencia comunitaria (no pacífica), de que el despacho del abogado en la empresa no puede proteger la confidencialidad de las relaciones con el cliente».

Como ha señalado GARAYAR GUTIÉRREZ ²², «el interés principal en este asunto reside en que ciertos de los documentos sobre los que se solicita la confidencialidad forman parte de la correspondencia entre el Director General de Akros Chemicals y un miembro del servicio jurídico de Akzo Nobel que en opinión de las partes se encuentra *"sujeto a obligaciones deontológicas de independencia y de respeto de las normas de la abogacía similares a las de un abogado externo"*, normas que *"prevalecen sobre su deber de lealtad con respecto a su empresario"*».

Para el Tribunal, en esta sentencia:

«120. A este respecto, debe recordarse que el principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes constituye un complemento necesario del pleno ejercicio del dere-

¹⁹ Véase apartado 43 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General.

²⁰ «Los límites al secreto profesional: el blanqueo de capitales». *Registradores de España*, núm. 42, enero-febrero 2008.

²¹ «La encrucijada del jurista de empresa». *Expansión*, 10 de noviembre de 2009.

²² «Facultades de investigación de la Autoridad», en la obra colectiva: *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*. MARTÍNEZ LAGE y PETITBÓ JUAN, Directores. Fundación Rafael del Pino / Marcial Pons, 2005.

cho de defensa (Sentencia AM & S, apartado 23) (véase *supra*, apartado 77). Según reiterada jurisprudencia, el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda llevar a la imposición de sanciones, especialmente de multas o de multas coercitivas, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario **que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo** (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-Laroche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 9, y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Cascades/Comisión, T-308/94, Rec. p. II-925, apartado 39). De este modo, ha de evitarse que el derecho de defensa quede irremediadamente dañado en los procedimientos de investigación previa, especialmente en las verificaciones, que pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859, apartado 15).

121. Del mismo modo, **debe señalarse que la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes responde a la exigencia de que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten** (Sentencia AM & S, apartado 18). Por lo tanto, el referido principio está íntimamente ligado a la concepción de la función del abogado como un colaborador de la Justicia (Sentencia AM & S, apartado 24) (véase *supra*, apartado 77).»

Sin embargo, el Tribunal declara que dicha confidencialidad no es aplicable cuando el abogado es de empresa, es decir, trabaja por cuenta ajena (abogado interno):

«166. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la tesis invocada por las demandantes con carácter principal, procede señalar que en la Sentencia AM & S el Tribunal de Justicia declaró expresamente que la protección reconocida por el Derecho comunitario, en el marco de la aplicación del Reglamento núm. 17, en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes se aplicaba únicamente en la medida en que los abogados en cuestión fueran independientes, es decir, **que no estuvieran vinculados a sus clientes por una relación laboral** (apartado 21, 22 y 27 de la sentencia). Esta exigencia relativa a la situación y calidad de abogado independiente que debe reunir el asesor legal del que emane la correspondencia protegible procede de la concepción de la función del abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita (Sentencia AM & S, apartado 24).

167. De lo anterior se deduce que el Tribunal de Justicia excluyó expresamente de la protección de principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes las comunicaciones con los **abogados de empresa, a saber, con los abogados vinculados a sus clientes por una relación laboral**. Es importante poner de relieve, además, que el Tribunal de Justicia decidió tal exclusión con pleno conocimiento de causa, dado que la cuestión había sido ampliamente debatida durante el proceso y puesto que el Abogado General Sir Gordon Slynn había propuesto expresamente en sus Conclusiones en el Asunto AM & S que aquellos abogados vinculados por un contrato de trabajo pero que siguieran siendo miembros de la profesión y continuaran sujetos a las normas disciplinarias y deontológicas de ésta recibieran el mismo trato que los abogados independientes (Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en asunto que dio lugar a la Sentencia AM & S, antes citadas, Rec. p. 1655).

168. Procede, pues, declarar que, contrariamente a lo que alegan las demandantes y algunos de los coadyuvantes, en la Sentencia AM & S el **Tribunal de Justicia definió el concepto de abogado independiente de una manera negativa**, en la medida en que exigió que tal abogado no estuviera vinculado a su cliente por una relación laboral (véase *supra*, apartado 166), y no de una manera positiva, basada en la pertenencia a un Colegio de Abogados o en la sujeción a las normas disciplinarias y deontológicas profesionales. De este modo, el Tribunal de Justicia consagra el criterio de la asistencia jurídica prestada "con toda independencia" (Sentencia AM & S, apartado 24), que define como la asistencia jurídica prestada por un abogado que, desde el punto de vista orgánico, jerárquico y funcional, tenga la condición de tercero en relación con la empresa que se beneficia de dicha asistencia.

169. Por consiguiente, procede desestimar la tesis invocada con carácter principal por las demandantes y **debe declararse que la correspondencia mantenida entre un abogado vinculado a Akzo Nobel por una relación laboral y un director de una sociedad perteneciente a dicho grupo no está amparada por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, tal como ha sido definida en la Sentencia AM & S.»**

En mi opinión, esta jurisprudencia es absolutamente errónea y la tesis acertada es la defendida en su día por el Abogado General Sir Gordon Slynn. El propio Parlamento Europeo, como señala ALLENDESALAZAR CORCHO (ob. cit) propuso una enmienda (número 10) con ocasión de los trabajos legislativos que culminaron en la adopción del Reglamento 1/2003, «ampliando el *legal privilege* a los abogados internos, siempre que estén sometidos a las normas deontológicas y disciplinarias de su Colegio profesional. La enmienda, sin embargo, fue rechazada, y de hecho desapareció toda referencia al *legal privilege* en el texto final del Reglamento».

A mi modo de ver, el *legal privilege* ampara la actuación de los abogados internos, por lo que no se trata, en el caso de la enmienda del Parlamento Europeo, de una ampliación del mismo, sino de su necesario reconocimiento. Lo que hace la jurisprudencia de los órganos comunitarios es restringir injustificadamente dicho privilegio, con vulneración de los derechos fundamentales. La razón de la restricción la expone claramente ALLENDESALAZAR CORCHO: «La razón más clara para limitar el privilegio a las comunicaciones relativas al asesoramiento por abogados externos **es de índole estrictamente práctica**: si se extendiese a los abogados internos, cabe suponer que se generaría un número mucho mayor de conflictos a lo largo de las inspecciones. En concreto, parece en principio difícil que los inspectores pudiesen, sin una mínima toma de conocimiento del documento –que, como seguidamente veremos, ya infringe el *legal privilege*– valorar qué documentos profesionales preparados por abogados internos y ligados a la actividad de la empresa son acreedores a ese privilegio. Por el contrario, en el caso de los documentos redactados por abogados externos, normalmente bastará con comprobar que, en efecto, proceden de abogados externos y con explicar la función que desempeñan y la finalidad del documento, para que la autoridad pueda constatar su carácter privilegiado, sin necesidad de llegar a tomar conocimiento de su contenido específico.»

Entiendo que no se pueden invocar razones *estrictamente prácticas* cuando de derechos fundamentales se trata.

Los demandantes en este proceso solicitaron al Tribunal de Primera Instancia, con carácter subsidiario, que ampliara el ámbito de aplicación personal de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes; a lo que el Tribunal se niega, pues aun reconociendo (170) que el «examen de los Derechos de los Estados miembros revela que, si bien es cierto –tal como alegan las demandantes y algunos de los coadyuvantes– que el reconocimiento específico del papel de abogado de empresa y la protección de las comunicaciones con éste en virtud de la confidencialidad se encuentran relativamente más extendidos en la actualidad que en el momento en que se pronunció la Sentencia AM & S, no es menos verdad, sin embargo, que no resulta posible identificar al respecto tendencias uniformes –o claramente mayoritarias– en los Derechos de los Estados miembros».

Respecto a la invocada vulneración del principio de igualdad de trato, el Tribunal sostiene que:

«174. Por lo que se refiere, en tercer término, a las alegaciones de las demandantes y de algunos de los coadyuvantes según las cuales el tratamiento diferenciado de los abogados de empresa en la Sentencia AM & S resulta contrario al principio de igualdad de trato y genera problemas desde el punto de vista de la libre circulación de servicios y de la libertad de establecimiento, cabe recordar que, en virtud de reiterada jurisprudencia, únicamente se vulnera el principio de igualdad de trato cuando se traten de manera diferente situaciones que son comparables o situaciones diferentes sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 1990, Hoche, C-174/89, Rec. p. I-2681, apartado 25; Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, BPB de Eendracht/Comisión, T-311/94, Rec. p. II-1129, apartado 309, y de 4 de julio de 2006, Hoek Loos/Comisión, T-304/02, Rec. p. II-1887, apartado 96). Pues bien, **procede declarar que los abogados de empresa y los abogados externos se encuentran manifiestamente en situaciones diferentes, debido fundamentalmente a la integración funcional, orgánica y jerárquica de los abogados de empresa en el seno de las sociedades para las que trabajan.** Por consiguiente, el hecho de tratar de manera diferente a estos profesionales desde el punto de vista de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no supone ninguna violación del principio de igualdad de trato. Por otra parte, en lo que atañe a la alegación de las demandantes relativa a los eventuales perjuicios que la restricción del ámbito de aplicación personal de la confidencialidad ocasionaría a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, basta con hacer constar que dicha alegación no ha sido en modo alguno demostrada. Por último, como subraya la Comisión, las alegaciones formuladas por la ACCA en lo que atañe a la protección de la confidencialidad de los abogados no inscritos en un Colegio Profesional de algún Estado miembro no resultan en modo alguno pertinentes en el marco del presente procedimiento».

A nuestro entender, esta tesis es también errónea, considerando que la acertada es la sostenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 30 de diciembre de 1993 (Expte. 333/93. PLACONSA), al principio citada.

En la tan mentada Sentencia AM & S, de 18 de mayo de 1982 (Asunto 155/1979), puede leerse ²³:

²³ Puede consultarse en «Abogados. Estatuto, legislación, jurisprudencia». Aranzadi, 1993.

«3. Los derechos internos de los Estados miembros protegen, en condiciones similares, la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente, siempre que por una parte se trate de correspondencia intercambiada en el marco y con la finalidad del derecho a la defensa del cliente, y por otra parte, **que emane de abogados independientes, es decir, de abogados no vinculados al cliente por una relación de empleo**. Situado en tal contexto, el Reglamento núm. 17/1962 debe interpretarse en el sentido de que protege él también la confidencialidad de la correspondencia entre abogados y clientes en los límites de estas dos condiciones, recogiendo asimismo los elementos constitutivos de esta protección comunes a los derechos de los Estados miembros. Para ser eficaz esta protección, debe entenderse en el sentido de que protege de pleno derecho toda correspondencia intercambiada después de la apertura del procedimiento administrativo, en virtud del Reglamento núm. 17/1962, susceptible de desembocar en una decisión de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado o en una decisión que impone a la empresa una sanción pecuniaria; debe poder extenderse también a la correspondencia anterior que tuviese conexión con el hecho de tal procedimiento. La protección así concedida debe aplicarse indistintamente a todos los abogados inscritos en el Colegio de Abogados de uno de los Estados miembros, cualquiera que sea el Estado miembro donde resida el cliente.

El principio de confidencialidad no puede, sin embargo, ser un obstáculo para que el cliente de un abogado dé a conocer la correspondencia intercambiada si lo considera oportuno para sus intereses.

4. La solución de los litigios relativos a la aplicación de la protección de la confidencialidad de la correspondencia entre los abogados y sus clientes que afectan a las condiciones de acción de la Comisión en un ámbito tan esencial al funcionamiento del mercado común como el del respeto a las reglas de la competencia **solamente puede buscarse a nivel comunitario**. Por consiguiente, cuando una empresa sometida a verificación en virtud del artículo 14 del Reglamento núm. 17/1962, invocando un derecho a la protección de la confidencialidad, se niega a presentar, entre los documentos profesionales exigidos por la Comisión, la correspondencia intercambiada con su abogado y que la Comisión estima que no se ha aportado la prueba del carácter confidencial de los documentos mencionados, le corresponde a ésta ordenar, en aplicación del artículo 14, párrafo 3, del Reglamento antes citado, la presentación de la correspondencia litigiosa y, si es necesario, imponer a la empresa una multa o una multa coercitiva en virtud del mismo Reglamento, para sancionar la negativa de ésta bien a aportar los elementos de prueba suplementarios considerados por la Comisión como necesarios para establecer el carácter confidencial de los documentos, bien a presentar la correspondencia en cuestión que la Comisión estima que no tiene un carácter confidencial legalmente protegido».

Sobre el procedimiento a seguir por la Comisión Europea cuando se invoca la confidencialidad de un documento puede verse la Sentencia *Akzo Nobel* citada.

La doctrina de los órganos españoles de Defensa de la Competencia menciona, como señala ALLENDESALAZAR CORCHO (ob. cit), tres presupuestos de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente (Asunto *Pepsi/Coca-Cola*. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2002. Expediente r 508/02):

- «1. Que el asesoramiento se produzca por **abogados externos, es decir, no ligados con el cliente por una relación laboral.**
2. Que se trate de correspondencia intercambiada en el marco y con los fines del derecho de defensa del cliente, es decir, se extiende a todo documento intercambiado entre el abogado independiente y su cliente en el marco y con los fines del derecho de defensa del último, sea éste tanto de fecha posterior al inicio del procedimiento por la Comisión, como de fecha anterior al mismo, siempre que, en este último caso, tenga un vínculo de conexión con el procedimiento en cuestión.
3. Y, finalmente, que la empresa en cuestión presente pruebas a la Comisión que demuestren que la documentación está protegida por el beneficio de la confidencialidad.»

Esta doctrina es traslación de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios. Vid. GARAYAR GUTIÉRREZ (ob. cit).

La Sentencia *Akzo Nobel* (de 17 de septiembre de 2007) fue recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El 29 de abril de 2010, la Abogada General señora Kokott emitió sus Conclusiones en el caso (Asunto C-550/07 P. *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros contra Comisión Europea*), en las que postula por el mantenimiento de la jurisprudencia precedente, al considerar que el abogado interno carece de independencia y que, por tanto, no se le puede aplicar el *legal professional privilege*. Se opone, asimismo, a que el Tribunal se replantee la jurisprudencia AM & S, como habían solicitado las partes.

En mi opinión, las amplias Conclusiones de la Abogada General no aportan nada nuevo a lo ya previamente conocido. Sin embargo, creo que hay que detenerse en alguna de sus más que chocantes apreciaciones.

La Abogado General considera que:

«119. En definitiva, cuando un empresario se dirige a su abogado interno, no se comunica con un tercero neutral, sino con una persona que es uno de sus empleados, a pesar de todas las obligaciones profesionales a que esté sometido para poder ejercer la profesión libremente. Tales comunicaciones "en el seno de la empresa" no merecen quedar amparadas por el secreto profesional, con independencia de la frecuencia con que se produzcan y de la importancia y utilidad para la empresa.»

El empresario se dirige **a su abogado**, sea externo o interno, no a cualquier empleado y se dirige a él en la confianza de que está plenamente vigente el *legal professional privilege*, que no es el privilegio del abogado, sino del cliente.

Asimismo, la Abogada General dice:

«185. En primer lugar, la ECLA aduce que el Derecho de la Unión no puede "privar" a las comunicaciones con juristas de empresa de la protección del secreto profesional que confiere el Derecho nacional o "vaciarla de contenido"».

186. A este respecto debe señalarse que el Derecho nacional únicamente puede conferir tal protección en su respectivo ámbito de aplicación, es decir, especialmente a efectos de las verificaciones llevadas a cabo por las autoridades nacionales de defensa de la competencia en los procedimientos que tramiten. En lo que atañe a tales procedimientos y medidas de inspección nacionales, el Derecho de la Unión no "priva" ni "vacía de contenido" la eventual protección del secreto profesional. Al contrario, éste no sufre ninguna restricción. La jurisprudencia AM & S únicamente se aplica a los procedimientos de competencia y verificaciones realizadas por la Comisión y no afecta en absoluto al derecho aplicable a los procedimientos nacionales.

187. En general, es lógico que en un sistema de varios niveles, como la Unión Europea, puedan existir normativas de distinto contenido a nivel local, regional, nacional y supranacional, cuyos ámbitos de aplicación son, sin embargo, distintos. Como ya se ha indicado, una armonización de la situación jurídica a nivel de la Unión y a nivel nacional debe quedar reservada al legislador de la Unión.»

Me parece inadmisibles esta reflexión en materia de derechos fundamentales, es decir, que se apliquen con distinto nivel de protección según estemos ante un caso de Derecho nacional o ante un caso de Derecho comunitario.

Refiriéndose al Asunto C-550/07 P, GARCÍA ALONSO²⁴ señala que «es obvio que lo que pretende la empresa de sus abogados internos, no es mejorar la cobertura de sus comportamientos ilícitos, sino la elaboración de diagnósticos jurídicos objetivos que permitan la toma de decisiones irrehuibles y sin riesgos legales. Es, en suma, un examen de legalidad, común por otra parte a la actividad de cualquier jurista, ya sea externo, interno, con dependencia laboral o sin ella. El abogado interno sabe además que su valor en la empresa depende del acierto de sus informes y, por lo tanto, de la objetividad de los mismos en términos de legalidad, y ello a pesar de los conflictos en la empresa que, en ocasiones, esta forma de actuar pueda acarrear.

No obstante, los argumentos de estas Conclusiones no deberían ser interpretados como una suerte de "criminalización sin audiencia previa" de la actuación del abogado de empresa. La razón que subyace en la negativa a extender el privilegio del secreto profesional al abogado interno, parece ser **esencialmente pragmática**²⁵. Simplemente se pretende limitar un riesgo latente: que el reconocimiento del secreto profesional al abogado interno incentive o facilite de algún modo la utilización de éste, de su despacho en la empresa, etc., para una ocultación más eficaz de comportamientos empresariales ilícitos y de pruebas o documentos, de forma que ello dificulte aún más los procesos de investigación de las autoridades.

Ahora bien, si en el Derecho de la Unión la protección del secreto profesional tiene el rango de un principio general del Derecho con carácter de derecho fundamental, quizá quepa

²⁴ «El abogado de empresa y el secreto profesional». *Cinco Días*, 10 de agosto de 2010.

²⁵ Más bien de comodidad, en mi opinión.

preguntarse, si es suficiente un argumento, en el fondo, únicamente utilitarista, para negar de plano y sin excepciones este derecho respecto del intercambio de información entre los administradores de una empresa y el abogado interno.

Y más si cabe cuando existen suficientes medios alternativos en el procedimiento (que ya aplican eficazmente al abogado externo y que podrían perfectamente aplicar al interno) para evitar un uso fraudulento del secreto profesional».

IV. EL DERECHO ESPAÑOL

Según el artículo 542 de la Ley 6/1985, **Orgánica** del Poder Judicial:

- «1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, **o el asesoramiento y consejo jurídico.**
2. 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.
3. 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».

Nótese que esta disposición está inserta en la ley orgánica que regula el Poder Judicial, pero que se refiere también a las actividades extraprocesales del abogado (asesoramiento y consejo jurídico) y extiende el deber de secreto del abogado a toda su actuación profesional.

Según el artículo 9.1 del Estatuto General de la Abogacía Española (aprobado por RD 658/2001):

«Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican en forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados».

El artículo 22 del Estatuto establece las causas de incompatibilidad del ejercicio de la abogacía. Y el artículo 27.4 dispone que:

«La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad.»

Sobre esta cuestión se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 999/1998, de 14 de enero de 1999, sobre el «Proyecto Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española»:

«14. La colaboración de abogados con el abogado titular de un despacho individual. Se ocupa de esa modalidad general de ejercicio profesional el artículo 27 del Proyecto, cuyo apartado número 3 aborda la concreta especie de lo que define como "régimen especial de colaboración, sea con el titular de un despacho individual o con un despacho colectivo".

El calificativo "especial" que aplica a esa modalidad apunta a una vinculación estable y continuada entre el abogado colaborador, de un lado, y, de otro, el abogado titular del despacho individual o los abogados integrados en el despacho colectivo.

Pese a que el referido artículo 27, número 3, del Proyecto prevé expresamente que el régimen de esa colaboración deberá ser objeto de un previo pacto entre las partes, su conexión con el siguiente apartado de ese mismo precepto excluye que el aludido "régimen especial de colaboración" pueda pactarse por empresas, a las que parece reservarse forzosamente la contratación de abogados colaboradores en régimen de derecho laboral.

Con independencia de que tal restricción no se corresponde con la práctica profesional y empresarial de la abogacía, parece claro que la calificación del régimen jurídico laboral o profesional de las colaboraciones a que se viene aludiendo dependerá, en primer lugar, de lo que las partes hayan pactado libremente y, en caso de dudas al respecto, deberá determinarse aplicando las previsiones legales, sin que el Estatuto General de la Abogacía sea instrumento adecuado ni para limitar esa libertad de pacto ni para imponer una determinada calificación jurídica a tales relaciones profesionales.

En consecuencia, ha de suprimirse el inciso final del referido artículo 27, número 3, del Proyecto y reajustarse su apartado número 4, teniendo estas dos observaciones carácter esencial».

La igualdad de derechos de ejercicio profesional entre abogados por cuenta propia y abogados por cuenta ajena también ha sido reconocida por otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, el artículo 1.3 de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores en las sociedades mercantiles, dispuso que «Corresponderá a dicho Letrado asesor, **además de las funciones propias de su profesión que puedan asignarle los Estatutos de la sociedad**, asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración, y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista...». Y en su artículo 3.º: «Las relaciones entre el Letrado asesor y la Sociedad serán de carácter exclusivamente profesional, **sin perjuicio de aquellos casos en que esta relación se establezca mediante contrato laboral** de manera expresa». Y la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, en su disposición adicional quinta, dispuso: «La relación entre el Letrado y la Cooperativa podrá ser de arrendamiento de servicios como profesional liberal, **de contrato laboral**, o societaria como socio trabajador o socio de trabajo de la Cooperativa».

Respecto a los derechos y deberes de los abogados, el artículo 32 del Estatuto se refiere al secreto profesional en cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

Como informó el Diario *La Ley* (núm. 7451, de 22 de julio de 2010)²⁶: «La Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid, asumiendo el compromiso de superar barreras en favor de todos los colegiados, y apoyando el diálogo con este colectivo, acordó ayer la constitución formal de una **Comisión de Abogados de Empresa** para potenciar una mayor y más estrecha colaboración entre el Colegio de Abogados de Madrid y los abogados de empresa en orden a lograr objetivos comunes y beneficiosos para toda la abogacía madrileña y española. El proyecto llevaba tiempo gestándose por la actual junta que preside HERNÁNDEZ-GIL a la vista de que la acción del Colegio de Abogados de Madrid, tradicionalmente, ha tenido dificultades en llegar a los abogados de empresa.

Con este motivo, ayer se presentó la **Declaración relativa a los Abogados de Empresa** en la que se hicieron públicos los siguientes puntos:

- **Requisito previo** para la identificación de las cuestiones que, afectando a los abogados de empresa, pueden y deben ser atendidas a través de la acción corporativa **es la afirmación de su condición de abogados** y una homogeneidad básica en su tratamiento y pautas de ejercicio profesional, por encima de las singularidades que resultan de su relación de dependencia en la empresa para la que prestan servicios.
- También los abogados de empresa tienen, en tanto que abogados, deberes frente a otros abogados, los Colegios de Abogados, los tribunales y la sociedad, al servicio del interés general de la justicia, **de modo análogo al abogado que, en el ejercicio profesional libre, tiene esa misma clase de deberes y no únicamente obligaciones frente a su cliente.**
- Como dice en su artículo 1.1 el Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea, definiendo la función del abogado en la sociedad: *'En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado, en el ámbito de la legislación aplicable. Un abogado debe servir los intereses de la Justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer'*. **La definición es, claro está, plenamente aplicable al abogado de empresa y hay que extraer de ella todas sus consecuencias.**
- **Sobre esa base es esencial para los abogados de empresa la tutela diferenciada del secreto profesional y de la confidencialidad de sus comunicaciones, así como que se preserve la independencia en la conformación del criterio propio del abogado en materias de su competencia técnica, y en el cumplimiento de sus deberes de colaboración con la justicia y órganos reguladores.**
- **El Colegio de Abogados se ofrece como cauce de interlocución con las autoridades y poderes públicos para hacer llegar y valer la posición de los abogados de empresa en tales cuestiones.**

²⁶ «El Colegio de Abogados de Madrid crea una Comisión de Abogados de Empresa».

Visto también el 22 de julio de 2010 en www.icam.es.

Una copia del presente estudio la remití el 22 de julio de 2010 al Decano del Colegio de Abogados de Madrid, para su constancia en la referida Comisión de Abogados de Empresas.

- Al mismo tiempo recaba de estos abogados la participación no sólo en la *Comisión de Abogados de Empresa* que acaba de mencionarse, sino en todos los foros de reflexión, debate y acción institucional impulsados por el Colegio de Abogados de Madrid, como el Observatorio de la Justicia y el Centro de Estudios, o en el seno del Consejo General de la Abogacía Española, a través de este Colegio, para ultimar las reformas estatutarias en curso.
- Considerando que el compromiso con la sociedad a través de la participación voluntaria de abogados, despachos de abogados y empresas, en proyectos o programas de acción social a favor de las comunidades más necesitadas es ya hoy –y será aún más en el futuro– una de las señas de identidad de la abogacía, y que los abogados realizan ya una importante labor de este tipo en las áreas de responsabilidad social corporativa de las empresas, el Colegio de Abogados de Madrid abre su Centro de Responsabilidad Social a las iniciativas de esta naturaleza que promuevan los abogados de empresa, directamente o a través de las entidades donde prestan sus servicios, y propone el estudio conjunto de formas de colaboración que redunden en beneficio del interés general y refuercen el papel de los abogados de empresa en este cometido esencial de la abogacía".

La Junta de Gobierno. Colegio de Abogados de Madrid. 20 de julio de 2010.»

Nuestra Constitución (art. 24.2) reconoce como derechos fundamentales los de no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, siendo este último una especificación del primero y ambos garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, según ha declarado nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, STC 197/1995). El acusado tiene, pues, absoluto derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, **como manifestación del derecho fundamental de defensa**, no puede constreñirse al ámbito del proceso judicial, sino a todas las informaciones transmitidas entre ambos (de cualquier forma: comunicaciones escritas, telefónicas, etc.) antes, durante o después de un proceso judicial. Piénsese en el caso de una investigación judicial –también en un procedimiento administrativo– en la que se intervengan comunicaciones escritas entre abogado y cliente anteriores al proceso (p.e., informes, notas, etc.) y que puedan incriminar al cliente. Como se sentó en la Sentencia de 6 de febrero de 1997, del Tribunal de Casación francés ²⁷, «en la que hubo de decidir la cobertura o no por el secreto profesional de determinada documentación obtenida del despacho de un abogado, ante la duda de si la confidencialidad había de afectar o no a todo el material obtenido, ya fuera judicial, o simplemente jurídico... sobre la base de lo en ella resuelto... puede afirmarse que:

"en toda materia que verse sobre la petición de consejo o sobre cuestiones relacionadas con la defensa, las consultas dirigidas por un abogado a su cliente o destinadas a él, la correspondencia mantenidas entre el cliente y su abogado, y entre el abogado y sus colegas, las notas acerca de conversaciones y, en general, todas las piezas del sumario, estarán cubiertas por el secreto profesional".»

²⁷ Citada por LÓPEZ YAGÜES, «La inviolabilidad de las comunicaciones...». Ob. cit.

Como se expone en el preámbulo del «Código deontológico aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio»:

«La Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí mismo, y también el derecho a la intimidad. Ambos persiguen preservar la libertad y la vida íntima personal y familiar del ciudadano, cada vez más vulnerable a los poderes estatales y a otros poderes no siempre bien definidos. El ciudadano precisa del abogado para conocer el alcance, la trascendencia de sus actos, y para ello, debe confesarle sus circunstancias más íntimas. **El abogado se convierte así en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del abogado** que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que le sea comunicado por otro abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto.»

El artículo 2 del Código se refiere a la independencia del abogado y establece que:

«4. La independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia.»

Respecto al secreto profesional, el «Código de deontología de los Abogados en la Unión Europea»²⁸ (2.3.1) señala que la obligación de secreto «es titular de una protección especial del Estado».

Como ha subrayado CORTÉS BECHIARELLI (ob. cit.) «el Estatuto General de la Abogacía establece que el deber de secreto profesional de los Abogados españoles comprende *todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*, en la línea de lo dispuesto por el artículo 437.2.º de la LOPJ, o del artículo 5 del Código Deontológico, que, específicamente, se refiere a *las confidencias y propuestas del cliente*».

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Máxime en materia de derechos fundamentales. La legislación española y las normas deontológicas de la abogacía española no distinguen, en lo relativo a los derechos y deberes de los abogados, respecto a la forma de ejercicio de la profesión, sea ésta por cuenta propia o ajena. Por tanto, el secreto profesional de los abogados tiene plena vigencia en ambos casos.

²⁸ Adoptado en la Sesión Plenaria del Conseil des Barreaux de L'Union Européenne (CCBE) de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y de 6 de diciembre de 2002.

Para SÁNCHEZ STEWART²⁹, «la salvaguarda del deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente por los abogados y procuradores exige su consagración expresa y explícita en cualquier norma que se refiera a información que los abogados deban transmitir a efectos de evitar cualquier equívoco. De más está recordar que en España, el secreto profesional de los abogados se recoge inicialmente en la Constitución y está desarrollado por la LOPJ cuya vulneración está castigada por el Código Penal y establecido como excepción a los deberes generales en la LECrim.

No es preciso esforzarse mucho para concluir que si no puede ser obligado a declarar por una autoridad judicial, **menos aún por una autoridad administrativa...**».

Respecto a la declaración a requerimiento de una autoridad administrativa, en el Informe de 29 de septiembre de 2009, del Consejo General del Poder Judicial, sobre el Anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, puede leerse:

«Por otra parte, respecto a la supresión en el Anteproyecto tanto de la mención a los **procedimientos administrativos**, como de la remisión a la legislación sobre secreto profesional que contiene en la actualidad el artículo 3.4 b) de la Ley 19/1993, podría reconsiderarse la posibilidad de que la reforma mantenga estas referencias en términos que ineludiblemente resulten compatibles con las previsiones de la Directiva.»

En el Informe del Consejo Fiscal, de 28 de septiembre de 2009, sobre dicho Anteproyecto de Ley, consta lo siguiente:

«Los abogados están exceptuados de los indicados deberes de información en relación con la información que reciban de sus clientes para fijar una posición jurídica o en el desempeño de su misión de defender o representarles en procesos judiciales, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso (art. 22). **El artículo 3.4 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, era más amplio**, al incluir subjetivamente en su ámbito de aplicación a auditores, contables externos, **asesores fiscales**, notarios, y procuradores, **y al comprender objetivamente también los procedimientos administrativos** junto a los judiciales. El espíritu de la norma es deslindar el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en juicio de otras actividades comerciales de carácter menos confidencial, como la intermediación financiera, donde se aplicarían plenamente las disposiciones de prevención del blanqueo (STJCE de 26 de junio de 2007).

No se realiza ninguna observación sobre el contenido de este Capítulo, que es valorado positivamente».

Respecto al **asesoramiento fiscal** ha de tenerse en cuenta que éste puede ser prestado por abogados, en el ejercicio de su profesión (asesoramiento legal). Según el artículo 93.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

²⁹ «El Anteproyecto de transposición de la III Directiva sobre Prevención del Blanqueo de Capitales». *El Notario del Siglo XXI*. www.elnotario.es. Publicado el 9 de octubre de 2009.

«5. La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar. **Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.**

Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria.»

Asimismo, como señala PONS ³⁰, «en España, los servicios de un asesor fiscal que no tenga la condición de abogado pueden alcanzar tareas materialmente idénticas a las de éste (i.e., determinación de la posición jurídica, asistencia ante la Inspección y los tribunales económico-administrativos)».

En el Dictamen del Consejo de Estado, de 19 de noviembre de 2009, sobre el mencionado Anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Dictamen núm. 1904/2009), puede leerse:

«3. **No sujeción de los abogados** (art. 22). Dispone este precepto: "Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos".

Así pues, la norma de Derecho interno ha ceñido la posibilidad de no sujeción a estos profesionales (sin extenderla a otros mencionados en el art. 23 de la Directiva 2005/60/CE: "Los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales") y, de otra parte, ha respetado el tenor literal de la Directiva al **limitar la exención a los procesos judiciales (y no ya a los "procedimientos administrativos o judiciales", como sucede en la legislación vigente)**. Notas ambas que lo separan del artículo 3.4 b), penúltimo párrafo, de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre.

En este punto, y desde la óptica no ya del coste de las obligaciones exigibles sino **de los derechos y deberes implicados (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, obligación de secreto profesional)**, cabría hacerse eco de la observación del Consejo General del Poder Judicial que sugiere reconsiderar la posibilidad de mantener la referencia a la legislación sobre secreto profesional, "en términos que ineludiblemente resulten compatibles con las previsiones de la Directiva". En efecto, el vigente artículo 3.4 b) de la citada Ley 19/1993, en su último párrafo, establece lo siguiente: "Los abogados y procuradores guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente". **Parece conveniente el mantenimiento de dicha previsión**, ya que este deber sigue siendo un punto de partida para la Directiva 2005/60/CE (considerando número 20).»

³⁰ «Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: nuevas obligaciones para entidades financieras y otros sujetos obligados». *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, núm. 25/2010, enero-abril 2010.

El artículo 22 (No sujeción), del Proyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ³¹, remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados quedó redactado así:

«Artículo 22. No sujeción.

Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente ³².»

El referido texto es el que finalmente consta en el artículo 22 de la ya Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE núm. 103, del 29 de abril de 2010). Es muy importante su segundo párrafo, pues engarza directamente con lo dispuesto en el ya referido artículo 542.3 de la LOPJ. Como ha señalado PONS ³³, «el secreto profesional está recogido en la LOPJ abarcando no sólo la defensa procesal, sino también el asesoramiento jurídico, y la revelación del secreto está tipificada como delito en el Código Penal –norma con rango de ley orgánica–. Como indicara CÓRDOBA RODA ³⁴, **la conclusión de todo ello es que el proyecto de ley, en tanto que norma no orgánica, podría no estar legitimado para modificar la regulación del secreto profesional...**»

Comentando la Ley 10/2010, SÁNCHEZ STEWART ³⁵ señala que **«la obligación de preservar el secreto que se impone al abogado no redunde en su propio beneficio sino que constituye una garantía de los derechos constitucionales a la defensa y a la intimidad»**. La anterior ley preveía expresamente que los abogados debían respetar el deber de secreto profesional. Fue un logro personal del Presidente del Consejo General de la Abogacía Española. En esta nueva versión y también debido a su empeño, se ha añadido por indicación del dictamen del Consejo de Estado que, sin perjuicio de sus disposiciones, el abogado sigue obligado a guardar el secreto profesional.

³¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 53-1. 4 de diciembre de 2009.

³² MARTÍNEZ-VARES («El Gobierno atenúa la rebaja del secreto del abogado». *Expansión*, 8 de diciembre de 2009) da cuenta de esta modificación en el proyecto de ley y explica su historia.

³³ «Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: nuevas obligaciones para entidades financieras y otros sujetos obligados». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25/2010, enero-abril 2010.

³⁴ «Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO y SÁNCHEZ STEWART (coords), Primer Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero. Valencia, 2009.

³⁵ «Ley 10/2010, de 28 de abril: otra vuelta de tuerca. Los abogados ante el blanqueo». *El Notario del Siglo XXI*. www.elnotario.com. Publicado el 13 de julio de 2010.

El conflicto entre los valores de confidencialidad y colaboración no es nuevo. Ya se detectó en el trámite de la elaboración de la llamada Segunda Directiva, la 2001/97/CE, de 4 de diciembre, del Consejo y del Parlamento Europeo. Su considerando 17, que pasó prácticamente intacto a la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (la Tercera Directiva) recoge en su considerando 20 «Cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico –como los abogados– estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería impropio imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. **Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional**, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo». La única alteración que experimentó fue la inclusión de la referencia al terrorismo.

Respecto a la prevención del delito por los Estados, debe tenerse en cuenta el Principio 22 de los «*Principios Básicos sobre la función de los abogados*», adoptados por consenso en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, en el año 1990, celebrado por la Asamblea General de la ONU: «*Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional*».

Aparte del derecho de defensa recogido en la CE, debemos estar a lo establecido en los tratados y convenios internacionales que en materia de derechos fundamentales nos vinculan, pues según el artículo 10.2 de la CE: «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 la materia ratificados por España».

Así, y especialmente, el artículo 6 (Derecho a un proceso equitativo) del CEDH. Como ha señalado BELTRÁN MONTOLIU³⁶, tal y como el TEDH ha declarado, «la falta de mención expresa en el Convenio al derecho del acusado a comunicarse libremente con su abogado para la preparación de su defensa (a diferencia de lo que ocurre en otras disposiciones del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos), no impide que tal derecho no pueda deducirse implícitamente del artículo 6.3, en sus apartados b) y c), dado su carácter esencial a tal efecto y sin perjuicio de que puedan establecerse restricciones necesarias justificadas en cada caso»³⁷. Es más, el TEDH entiende que

³⁶ «El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional». Tesis doctoral. Universidad Jaime I de Castellón. Vista el 26 de octubre de 2009 en www.tesisenxarxa.net.

³⁷ STEDH, *Can v. Austria*, 30 de septiembre 1985, pág. 52; STEDH *Lanz v. Austria*, 31 de enero 2001, pág. 50.

«el abogado no puede desempeñar convenientemente sus tareas si no puede entrevistarse con su cliente sin testigos; la presencia de éstos no es compatible con el derecho a la asistencia efectiva de un abogado, garantizada en el artículo 6.3 c)».

El artículo 6 del CEDH ha sido recogido en el artículo 48 (Presunción de inocencia y derechos de defensa) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁸. Según las «explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales»³⁹, «El artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH...». «De conformidad con el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH».

Como dispone el artículo 51 de la Carta (ámbito de aplicación), las disposiciones de la misma están dirigidas a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Según el artículo 53 (nivel de protección): «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, **en su respectivo ámbito de aplicación**, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros».

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado⁴⁰, respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «...claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno».

Es decir, si el alcance y nivel de protección dado al Derecho por la Constitución y la legislación nacional es mayor, éste es el canon de protección, aunque de la aplicación por los poderes públicos nacionales del Derecho de la Unión se trate.

Respecto al artículo 53 de la Carta, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA⁴¹ subraya que dicho artículo «que tiene precedentes en numerosos instrumentos convencionales sobre protección de derechos humanos, trata de subrayar que la aplicación de la Carta no implica, en un litigio singular, que el juez haya de optar por el estándar mínimo de protección que la propia Carta proporcione cuando el correlativo nivel de protección dispensado por otros instrumentos normativos también aplicables –**entre ellos las Constituciones de los Estados miembros**– sea superior».

La legislación comunitaria no debe interferir en el nivel más alto de protección de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros. Como se establece en el artículo 1.7 de

³⁸ Diario Oficial de la Unión Europea. C 303, 14 de diciembre de 2007.

³⁹ «Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta».

⁴⁰ Declaración núm. 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, sobre la ratificación del Tratado constitucional europeo. Puede verse, ORDÓÑEZ SOLÍS: «El Tratado de Lisboa, los nuevos Estatutos de Autonomía y la protección de los derechos fundamentales». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 291, abril 2009.

⁴¹ «Los jueces nacionales ante la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: algunas cuestiones que suscita el Título VII de la Carta». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 291, abril 2009.

la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior: «La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales **tal y como se reconocen en los Estados miembros** y en el Derecho comunitario». Por ello, resulta muy pertinente la «Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», aneja al Tratado de Lisboa ⁴²:

«4. La República Checa subraya además que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular, el CEDH, **así como por las Constituciones de los Estados miembros.**»

Debe tomarse la debida precaución ante los *conceptos comunitarios* sobre los derechos fundamentales. Así, en las Conclusiones recaídas en los Asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Silvio Berlusconi y otros* ⁴³, la Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, señora Kokott, llegó a decir (Conclusión séptima):

«Los tribunales de los Estados miembros están obligados a hacer cumplir las exigencias de una directiva, sin que sea necesario dirigirse previamente al Tribunal Constitucional nacional, **dejando sin aplicar una ley penal más favorable, adoptada después de los hechos, en la medida en que dicha ley sea incompatible con la directiva.**»

Toda una derogación del principio de retroactividad de la ley penal favorable, reconocido en las Constituciones de los Estados miembros, en diversos tratados internacionales y en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Menos mal que el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 3 de mayo de 2005, recaída en dichos asuntos no siguió la propuesta de la Abogada General. Para el Tribunal (aunque parece no resolver definitivamente el asunto, pues deja cuestiones abiertas):

«Pues bien, el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

69. En consecuencia, debe considerarse que este principio forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario y, en este caso, más concretamente, las Directivas sobre Derecho de sociedades.

⁴² Boletín Oficial del Estado, núm. 286, 27 de noviembre de 2009.

⁴³ Sobre este asunto puede verse: IBÁÑEZ GARCÍA: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea: el caso *Berlusconi* y el derecho de petición en la Constitución Europea». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 236, marzo/abril 2005. «Sobre cómo puede afectar negativamente el Derecho comunitario a las previsiones constitucionales de los Estados miembros. Especial referencia a los derechos fundamentales». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 249, octubre 2005. GRIMA LIZANDRA: «Sobre la regla general de prevalencia de las normas nacionales penales sobre el Derecho comunitario (Comentario a la STJCE, Gran Sala, de 3 de mayo de 2005. "*Caso Berlusconi y otros*")». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 294, julio 2009.

Sobre la posibilidad de invocar la Primera Directiva sobre sociedades.

70. No obstante, se plantea la cuestión de si se aplica el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve cuando ésta es contraria a otras normas de Derecho comunitario.

71. Aun así, no es necesario resolver esta cuestión a efectos de los litigios principales, dado que la norma comunitaria de que se trata está contenida en una Directiva invocada contra un particular por las autoridades judiciales en el marco de un procedimiento penal.»

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) vuelve a referirse al mismo asunto en su Auto de 4 de mayo de 2006, recaído en los asuntos acumulados C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 y C-473/03. *Mulliez y otros*:

«En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

"En situaciones como las controvertidas en el litigio principal, la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, no puede invocarse como tal por las autoridades de un Estado miembro contra los inculcados en el marco de procedimientos penales, dado que una directiva no puede, por sí sola y sin que exista una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de los inculcados".»

V. CONCLUSIONES

*«Cuando los nazis vinieron a llevarse a los comunistas,
guardé silencio,
porque yo no era comunista,*

*Cuando encarcelaron a los socialdemócratas,
guardé silencio,
porque yo no era socialdemócrata,*

*Cuando vinieron a buscar a los sindicalistas,
no protesté,
porque yo no era sindicalista,*

*Cuando vinieron a llevarse a los judíos,
no protesté,
porque yo no era judío,*

*Cuando vinieron a buscarme,
no había nadie más que pudiera protestar.»*

MARTIN NIEMÖLLER ⁴⁴

PRIMERA. Siguiendo a LORD DENNING, el deber de secreto del abogado y, por tanto, la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, «*no es el privilegio del abogado, sino de su cliente*» ⁴⁵. Por tanto, la interpretación y alcance de este privilegio se debe realizar pensando en su principal titular y destinatario, el cliente.

SEGUNDA. El secreto profesional del abogado y, por tanto, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente comprende «*todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*». Es decir, alcanza tanto a las labores de asesoramiento jurídico sin conexión con procesos judiciales o procedimientos administrativos (incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso), como a los propios procesos judiciales o procedimientos administrativos, independientemente de si el abogado y el cliente han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, **como manifestación del derecho fundamental de defensa**, no puede constreñirse al ámbito del proceso judicial, sino a todas las informaciones transmitidas entre ambos (de cualquier forma: comunicaciones escritas, telefónicas, etc.) antes, durante o después de un proceso judicial. Piénsese en el caso de una investigación judicial –también en un procedimiento administrativo– en la que se intervengan comunicaciones escritas entre abogado y cliente anteriores al proceso (p.e., informes, notas, etc.) y que puedan incriminar al cliente.

TERCERA. El ordenamiento jurídico español, en cuanto a los derechos y deberes de los abogados, trata en plano de igualdad tanto a los que ejercen la profesión por cuenta propia como a los que la ejercen por cuenta ajena.

Este reconocimiento forma parte del contenido esencial del derecho de defensa y al privilegio de confidencialidad de las comunicaciones. **El cliente tiene derecho a esperar que las comunicaciones con sus abogados, sean internos o externos, gocen del mismo privilegio de confidencialidad.**

⁴⁴ Poema: «*Cuando los nazis vinieron por los comunistas*».

⁴⁵ En sentido contrario y equivocadamente a mi juicio, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de octubre de 2008 (*Colgate Palmolive, S.A.*):

«Para finalizar el análisis de la supuesta vulneración del derecho al secreto profesional, conviene recordar por otra parte, como ya señaló este Consejo en su Resolución de fecha 17 de julio de 2008, que la titularidad del derecho al secreto profesional corresponde al abogado defensor, tal y como explica la jurisprudencia constitucional, entre otras, la Sentencia 183/1994: "Tampoco es aceptable la vulneración del derecho al secreto profesional por la simple razón de que ese supuesto derecho solamente es invocable por el abogado defensor que sería, en su caso, el titular del derecho, y no por el demandante sobre el cual únicamente produce efectos meramente reflejos y carece de legitimación para pedir amparo de un derecho fundamental que le es ajeno (SSTC 141/1985 y 11/1992)".»

CUARTA. En materia de derechos fundamentales, el Derecho de la Unión Europea debe respetar la protección más extensa que conceda el derecho de los Estados miembros. Los poderes públicos nacionales, cuando apliquen el derecho de la Unión, deben aplicar la protección más extensa que establezca su ordenamiento jurídico interno.

QUINTA. Respecto a los abogados de empresa, la tesis correcta es la sostenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 30 de diciembre de 1993 (Expte. 333/93. PLACONSA), que entiende que las funciones técnicas desarrolladas por los profesionales «se ejercen siempre con independencia y se sustraen al poder de dirección del empresario cuando se trabaja por cuenta ajena (vg, médico, piloto, capitán de barco, etc.)». Esta tesis coincide con la defendida por el Abogado General Sir Gordon Slynn en sus Conclusiones en el Asunto AM & S.

SEXTA. La jurisprudencia contenida en las Sentencias AM & S y en *Akzo Nobel Chemicals Ltd* debe ser revisada, como solicitaron las partes demandantes en los asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03; pues vulnera el privilegio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes ⁴⁶.

SÉPTIMA. Si se tramitara la *Ley Orgánica del Derecho de Defensa*, reclamada por el Consejo General de la Abogacía Española, ésta debe desarrollar plenamente el principio de confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente (*legal privilege* o *attorney client privilege*), que comprende todos los hechos o noticias que conozca el abogado por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin limitarse al ámbito del proceso. Y no debe hacerse distinción alguna entre abogados externos e internos.

OCTAVA. Las intervenciones públicas (principalmente en foros profesionales o a través de comunicados) del Consejo General de la Abogacía Española y de su Presidente, a favor de una ley orgánica que clarifique el sentido y alcance del derecho fundamental a la defensa deben concretarse, a mi juicio, en una exposición razonada y escrita de la máxima institución representativa de la Abogacía Española dirigida al Gobierno y a las Cortes Generales, pues las palabras, como es sabido, se las lleva el viento. Dichos poderes públicos son los que, en definitiva, deben acometer la reforma legal ⁴⁷.

⁴⁶ En la Sentencia *Akzo Nobel* el Tribunal (apartado 176) subraya que tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia «se han esforzado en desarrollar un *concepto comunitario* de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y clientes».

SALVADORES («Abogados de empresa: una oportunidad perdida respecto al Legal Professional Privilege (LPP)». *Otrosí. net*, 14 de octubre de 2009), refiriéndose a dicha sentencia y al recurso de casación interpuesto contra la misma, señala que «aunque estos pasos dados no nos auguran un "final feliz", no perdamos la esperanza en un cambio de criterio del tribunal superior».

⁴⁷ Así se lo propuse mediante escrito de 5 de noviembre de 2009 al Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.