



El Secreto Profesional del Abogado de Empresa



Javier Ramírez Iglesias

Member of the Board of Directors & Chair of Advocacy (ACC Europe)

Madrid, 22 de abril de 2021



Dictamen CGPJ

(Transposición Directiva DAC-6; 4 de octubre de 2019)



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Secretaría General

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2018/822, DE 25 DE MAYO DE 2018, QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 2011/16/UE POR LO QUE SE REFIERE AL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD EN RELACIÓN CON LOS MECANISMOS TRANSFRONTERIZOS SUJETOS A COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN, Y DEL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE LAS ACTUACIONES Y LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN E INSPECCIÓN TRIBUTARIA Y DE DESARROLLO DE LAS NORMAS COMUNES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS, APROBADO POR EL REAL DECRETO 1065/2007, DE 27 DE JULIO.

VI. CONCLUSIONES

NOVENA.- El artículo 542.3 LOPJ extiende el derecho-deber de secreto profesional a todo Abogado cualquiera que se la modalidad de su actuación profesional, por lo que alcanza a todas las formas de ejercicio profesional, como el ejercicio individual, el ejercicio en régimen laboral, el ejercicio colectivo o en régimen de colaboración multiprofesional. En particular, es indudable que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el secreto profesional a los denominados abogados internos o *in house*, que deberá, por tanto, ser respetado en el marco de la transposición de la DAC 6.



El Confidencial

EL NUEVO ESTATUTO PROTEGE A LOS 'IN HOUSE'

Los abogados de empresa celebran el espaldarazo a su secreto profesional

El texto equipara a los abogados de despacho con los de empresa, y les reconoce los mismos derechos y obligaciones. Pero con ciertos límites

Por **Irene Cortés**

30/03/2021 - 05:00

CincoDías

Compañías Mercados Economía Mi Dinero Fortuna / Cotizaciones

BOLSA

El Ibex abre con una ligera caída del 0,04%, hasta los 8.616 puntos »

Legal



SECTOR LEGAL >

Secreto profesional del abogado en el nuevo Estatuto: ¿hay límites?

- La aplicación de este principio rector de la profesión se ve amenazada en el caso de los abogados de empresa o los asesores fiscales

CRISTINA
SANCHO
FERRÁN

Madrid | 29 MAR 2021 - 07:16 CEST



I. DISPOSICIONES GENERALES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4568 Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Artículo 39. *El Abogado y Abogada de Empresa.*

La Abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena como profesional de la Abogacía de empresa en régimen de relación laboral común, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrán de respetarse la libertad, independencia y secreto profesional básicos para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad.

Art. 27.4 Estatuto 2001: 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.



Otras disposiciones relevantes

- Disposición Final Cuarta: Entrada en vigor el 1 de julio de 2021.
- Artículo 4: Los profesionales de la Abogacía.
- Capítulo IV: Secreto profesional
 - o Artículo 21. Secreto profesional.
 - o Artículo 22. Ámbito del secreto profesional
 - o Artículo 23. Confidencialidad de las comunicaciones entre los profesionales de la Abogacía.
 - o Artículo 24. Entrada y registro en despachos profesionales.
- Artículo 47: Independencia y libertad del profesional de la abogacía.
- Título VIII: Formación y especialización de los profesionales de la Abogacía.



GUÍA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y LOS DATOS PERSONALES EN PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA LEY 15/2007.

4 de junio de 2020

6. INFORMACIÓN AMPARADA POR EL PRIVILEGIO LEGAL

Una figura que debe diferenciarse de la de información confidencial es la de información amparada por privilegio legal, también denominada confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. El ordenamiento comunitario y el español, al amparar el derecho de defensa, protegen la confidencialidad de la correspondencia mantenida entre los abogados y las empresas clientes frente a las facultades de inspección en materia de competencia. La doctrina judicial española, siguiendo los precedentes comunitarios en materia de privilegio legal, ha establecido que este privilegio se restringe a las comunicaciones entre asesores jurídicos externos y sus clientes vinculadas a la defensa jurídica de la empresa en materia de competencia. Por tanto, la documentación elaborada por los abogados internos de la empresa investigada puede ser recabada por la CNMC, incorporada a un expediente sancionador y utilizada como evidencia.

Se impone a la empresa que lo alega la carga de identificar los documentos concretos afectados por tal privilegio legal. Corresponde también a la empresa la carga de la prueba de que un concreto documento no remitido a los abogados externos ha sido, no obstante, elaborado exclusivamente al objeto de obtener asesoramiento jurídico de un abogado externo en el marco del ejercicio del derecho de defensa, como ha señalado el Tribunal Supremo⁴⁰.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, rec casación nº 2595/2014, recaída en relación con el expediente S/0481/13 Construcciones modulares.



AKZO – Asunto C-550/07 (2010)

40. *Procede recordar que, en el apartado 21 de la sentencia AM & S/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia, habida cuenta de los criterios comunes y de las condiciones similares que existían a la sazón en los Derechos internos de los Estados miembros, declaró que la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes debía ser objeto de protección a nivel comunitario. No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que el beneficio de esta protección estaba supeditado a dos requisitos acumulativos.*

41 A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló, por una parte, que *debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los «derechos de la defensa del cliente»*, y, por otra parte, que *debe tratarse de «abogados independientes»*, es decir, «no vinculados a su cliente mediante una relación laboral». (...)

102. *En efecto, las facultades de que dispone la Comisión en virtud del Reglamento nº 17 y del Reglamento nº 1/2003 se distinguen del alcance de las investigaciones que pueden llevarse a cabo a nivel nacional, pues los dos tipos de procedimiento obedecen a un reparto de competencias entre las distintas autoridades en este ámbito. Por tanto, las normas relativas a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes pueden variar en función de este reparto de competencias y de las normativas correspondientes.* (...)

105. *Por tanto, el principio de seguridad jurídica no obliga a recurrir, para los dos tipos de procedimiento mencionados, a criterios idénticos por lo que se refiere a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.*



Algunas decisiones relevantes en inspecciones por infracción de Derecho de la Competencia

- Asunto Repsol: STS de 12 de febrero de 2018.
- Asunto FENIN: SAN de 15 de mayo de 2018.
- Asunto STANPA: STS de 27 de abril de 2012.
- Asunto(s) BALAT: SSTs de 21 de septiembre de 2015 y 4 de julio de 2016.
- Asunto CONSENUR: STS de 9 de julio de 2012.
- Asunto Pepsi-Cola/Coca-Cola: Resolución TDC de 22 de julio de 2002.



Algunas Recomendaciones

- Colegiación obligatoria como “ejerciente” de los abogados internos.
- Anexo al Contrato de Trabajo del abogado, donde se haga constar: (1) contratación como Abogado de Empresa; (2) respeto de la libertad, independencia y secreto profesional (*TBD*); (3) si dicho ejercicio es en régimen de exclusividad o no.
- Anexo al Contrato de Trabajo del personal que coopere con el Abogado de Empresa en su actividad profesional (ver art. 22.4 - *TBD*).
- Distinguir claramente actuaciones propias del ejercicio profesional vs. otras actuaciones (ver art. 22.2 – mandato representativo del cliente).
- Marcar comunicaciones sujetas a secreto profesional + incluir pie de firma legal en correo electrónico.
- En caso de entrada y registro de despacho profesional:
 - (1) Poner de manifiesto el secreto profesional del Abogado de Empresa (procedimiento);
 - (2) Considerar solicitar asistencia del Decano del Colegio de Abogados, en su caso (ver art. 24).



[Back-up Slides]



Marco normativo vigente – (1)

- Art. 24.2 CE: derechos de defensa, asistencia de letrado y reserva de ley a la regulación del secreto profesional (penal).
- Art. 542 LOPJ (antes art. 437 LOPJ):
 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.*
 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.***

[idéntico contenido en Art. 6 y 32.1 del Estatuto General de la Abogacía - RD 658/2001, de 22 de junio]



Marco normativo vigente - (2)

- Artículo 27.4 - Estatuto General de la Abogacía (RD 658/2001)
 4. *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.*
- Artículo 42.1 - Estatuto General de la Abogacía (RD 658/2001)
 1. *Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional.*
- Artículo 5 - Código Deontológico de la Abogacía Española



What legal communications are protected?

AKZO – Case C-550/07 (2010)

*“40. It must be recalled that, in *AM & S Europe v Commission*, the Court, taking account of the common criteria and similar circumstances existing at the time in the national laws of the Member States, held, in paragraph 21 of that judgment, that the **confidentiality of written communications between lawyers and clients should be protected at Community level**. However, the Court stated that that protection was subject to two cumulative conditions.*

*41. In that connection, the Court stated, first, that the **exchange with the lawyer must be connected to ‘the client’s rights of defence’** and, second, that the **exchange must emanate from ‘independent lawyers’, that is to say ‘lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment’.**”*

[+ lawyer entitled to practice in one of the EU (EEA) Member States “*regardless of the Member State in which the client lives*” (*AM&S Europe*, para. 25)]



Who is the lawyer?

AKZO – Case C-550/07 (2010)

- *The requirement to be an independent lawyer is based on the conception of the lawyer's role as collaborating in the administration of justice (para. 42).*
- *Independence means absence of any employment relationship with his client (para. 44).*
 - o In-house lawyer is less able to deal effectively with conflicts. Professional ethical rules are not able to ensure a degree of independence comparable to that of an external lawyer (para. 46-48):
 - Cannot ignore the commercial strategies pursued by his employer; and
 - May be required to carry out other tasks that may affect the commercial policy of the undertaking and reinforce their close ties.
 - GC and Opinion AG Kokott: in-house lawyer is “structurally, hierarchically and functionally” dependent on his employer.
 - o Due to his economic dependence and close ties with his employer, an in-house lawyer does not enjoy a level of professional independence comparable to that of an external lawyer (para 49).



What type of proceedings?

AKZO – Case C-550/07 (2010)

- *Principle of legal certainty*

“102. The Commission’s powers (...) may be distinguished from those in enquiries which may be carried out at national level. Both types of procedures are based on a division of powers between the various competition authorities. The rules of professional privilege may, therefore, vary according to that division of powers and the rules relevant to it. (...)

105. Therefore, the principle of legal certainty does not require that identical criteria be applied as regards legal professional privilege in those two types of procedure.”



What other considerations are relevant?

AKZO – Case C-550/07 (2010)

- *Evolution of the national legal systems of Member States (para. 69-76)*
 - o No predominant trend towards protection under LPP of communications with in-house lawyers may be discerned in the legal systems of the 27 Member States of the European Union
- *Development of the law of the EU (para. 83-87)*
 - o The amendment of the rules of procedure for competition law, resulting in particular from Regulation No 1/2003, is also unable to justify a change in the case-law established by the judgment in *AM & S Europe v Commission*.



What has changed since AKZO (and AM&S)? (1)

- *Evolution of the national legal systems of Member States:*
 - o **Belgium:** Belgacom case (Court of Appeal of Brussels, 5 March 2013)
 - o **The Netherlands:** Delta case (Dutch Supreme Court 15 March 2013)
+ Streamlining Act (July 2014)
 - o **Portugal:** Law No. 145/2015 of 9 September (Statutes of Bar Association);
case No. 782/14.2TVLSB-A.L1-6, of the Lisbon Court of Appeal (2016)
 - o **Finland:** 2015 Reform of the Code of Judicial Procedure (sections 17.1 and 56.2)
(vs. Competition Act - section 38.3)
 - o **Hungary:** new Act LXXVIII of 2017 on the professional activities of lawyers adopted on June 13, 2017 (effective since 1 Jan. 2018).
 - o **Spain:** New Statute of the Lawyers (1 July 2021). Report of the General Council of the Judiciary (16 Sept 2019 – transposition EU DAC6 Directive. Art. 542 LOPJ (Judiciary Act)



EU Countries: LPP for in-house lawyers			
	<u>Belgium</u>		<u>Latvia</u>
	Cyprus		Malta
	<u>Finland</u>		<u>Netherlands</u>
	<u>Germany</u> (Civil Law)		<u>Poland</u>
	<u>Greece</u>		<u>Portugal</u>
	<u>Hungary</u>		<u>Spain</u>
	<u>Ireland</u>		

EU Countries: No LPP for in-house lawyers			
	<u>Austria</u>		<u>Italy</u>
	Bulgaria		<u>Lithuania</u>
	Croatia		<u>Luxemburg</u>
	<u>Czech Republic</u>		Romania
	<u>Denmark</u>		<u>Slovakia</u>
	<u>Estonia</u>		<u>Slovenia</u>
	<u>France</u>		<u>Sweden</u>

EEA Countries: LPP for in-house lawyers			
	<u>Iceland</u>		<u>United Kingdom (*)</u>
	<u>Norway</u>		

EEA Countries: No LPP for in-house lawyers			
	Liechtenstein		

Source: ACC Europe Own Research (Jan 2020). Assessment is no competition law specific, but generic for any legal field. Underlined countries are also OECD members.
(*) UK to be treated as an EEA member until 31 Dec 2020 under Article 126 and ff. of the Withdrawal Agreement between the EU and the UK.



Other OECD Countries: LLP for in-house lawyers			
	<u>Australia</u>		<u>Mexico</u>
	<u>Canada</u>		<u>New Zealand</u>
	<u>Chile</u>		<u>USA</u>
	<u>Israel</u>		

Total LPP for in-house vs. external lawyer only: 21 vs. 13 members
(+ 2 members with no LPP at all)

Other OECD Countries: No LPP for in-house lawyers			
	<u>Switzerland</u> (draft bill for civil law)		<u>Turkey</u>

Other OECD Countries: No LPP for (any) lawyers			
	<u>Japan</u>		<u>South Korea</u>

Source: OECD Roundtable "Treatment of legally privileged information in competition proceedings" (Nov. 2018) + ACC Europe Own Research (Jan. 2020); Colombia (new 37th member since 28 April 2020) is not included.



What has changed since AKZO (and AM&S)? (2)

- ***Development of the law of the EU***

- o Developments in the field of fundamental rights

- Treaty of Lisbon - Art. 6.1 TEU: Charter has same legal value as the EU Treaties.
- Article 52.3 Charter: when the Charter contains rights that stem from the Convention, their meaning and scope are the same)
- Art. 7 of the Charter (Art. 8.1 of the Convention): Respect for private and family life.
- Art. 47-48 of the Charter (Article 6 of the Convention): Rights of defense and fair trial.
- Art. 16 of the Charter (see case C-314/12, para. 49): Freedom to conduct a business.

- o Developments in EU secondary legislation (e.g. GDPR sets an analogous precedent for DPOs):

- Independent, notwithstanding employment status and/or performance of additional unrelated duties (recital 97; art. 37.6 and 38.6) – *See structural measures (art. 38.3)*
- Subject to protection of professional secrecy (recital 164; art. 38.5 and 90)



What has changed since AKZO (and AM&S)? (3)

- ***Development of the jurisprudence of the CJEU***
 - o Joined Cases C-515/17 P and C-561/17 P (*University of Wrocław and Poland v REA*, judgment 4 February 2020), about the concept of “independent lawyer” under Art. 19 of the Statute of the Court.

'64. In that context, the lawyer's duty of independence is to be understood not as the lack of any connection whatsoever between the lawyer and his or her client, but the lack of connections which have a manifestly detrimental effect on his or her capacity to carry out the task of defending his or her client while acting in that client's interests to the greatest possible extent'
 - o See Opinion of Advocate General Bobek, delivered on 24 September 2019.



What has changed since AKZO (and AM&S)? (4)

- *Transformation of the profession and role of in-house lawyer*
 - o Demand for in-house legal assistance has grown exponentially as a result of businesses' need to secure compliance with an increasingly complex regulatory framework globally
 - o Nowadays In-house Legal function generally has no structural, hierarchical and/or functional dependency from business units.
 - o Mobility across law firms and In-house Legal has become very common.
 - o Frontiers between being an in-house or external lawyer are blurred (ALSPs, secondments, new contractual modalities, ...).
 - o LPP (for in-house lawyer) becomes an essential facilitator for preventive compliance.
 - o Lack of LPP for in-house lawyers across the EU becomes a business competitive disadvantage.

