

El alcance del secreto profesional entre el abogado de empresa y su empleador



Carlos Vérguez, Socio de CMS

El documento de consulta pública previa ("Consulta") publicado recientemente para la transposición de la Directiva 2018/822, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo relativo al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información ("DAC 6"), recoge los elementos básicos de la futura propuesta de modificación de la Ley General Tributaria ("LGT"). La DAC 6 establece la obligación de determinados "intermediarios fiscales" (asesores, abogados, gestores administrativos, etc.) de notificar a las autoridades tributarias los "mecanismos fiscales transfronterizos potencialmente agresivos" (que puedan constituir un falseamiento de la competencia fiscal al trasladar beneficios empresariales hacia países con bajo nivel impositivo y perjudiquen a los Estados en los que se generaron estos beneficios).

A este respecto, la Consulta introduce la obligación de los "intermediarios fiscales" de notificar estos mecanismos, salvo si existiera deber de guardar secreto profesional o no existiera intermediario (en cuyo caso sería el propio obligado tributario el que notifique). En este punto, la Consulta afirma que en el asesoramiento la empresa obligada tributaria por sus propios abogados internos, éstos no se consideran "intermediarios" y, por tanto, no pueden invocar el amparo del secreto profesional.

El secreto profesional en el derecho de la competencia

El Tribunal de Justicia de la UE ("TJUE") se ha referido a los límites del secreto profesional ("privilegio legal" en su acepción inglesa), entre otros, en el asunto *AKZO* (sentencia de 14 de septiembre de 2010).

En *Akzo*, el TJUE confirmó y aclaró el pronunciamiento previo de su sentencia de 18 de mayo de 1982 (asunto *AM&S*) en el que concluyó que, en el marco de las inspecciones de la Comisión Europea ("CE") o de las realizadas por autoridades nacionales de competencia en tanto que agentes colaboradores de la CE, el privilegio legal únicamente aplicaba a las comunicaciones entre la empresa y un abogado externo. El TJUE negó la extensión de esta prerrogativa a las comunicaciones con el abogado interno debido al menor grado de independencia de éste respecto a su cliente-empleador, en el caso de que surgieran posibles conflictos entre sus obligaciones profesionales y los objetivos de su empleador (mientras un abogado externo sería un genuino "colaborador de la administración de justicia" y desempeñaría su actividad con plena independencia).

En el ámbito jurídico español se reconoce esta prerrogativa en los arts. 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ("LOPJ"); 32, 34 y 42 del Estatuto General de la Abogacía Española ("EGAE"); y 5 del Código Deontológico. Estas disposiciones no establecen distinciones entre los abogados internos y externos por lo que, en principio, el privilegio legal sería aplicable también a los abogados internos que estén colegiados. No obstante, hay corrientes a favor de la aplicación directa de la jurisprudencia *Akzo* a la autoridad española de la competencia, a pesar de la autonomía procesal de los Estados miembros en cuanto a los poderes de investigación de sus autoridades de competencia o al alcance del secreto profesional.

El privilegio legal se ha tratado de manera muy tangencial en el asunto *Stanpa* (sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009 y del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012) que no abordaba la distinción entre abogados internos y externos, sino un supuesto de incautación de un documento de abogado externo en el marco de una inspección domiciliaria. Asimismo, en el asunto *Pepsi-Cola/Coca-Cola* de julio de 2002 el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia ("TDC") aplicó la jurisprudencia *AM & S* para concluir que ciertos documentos de un despacho de abogados externo estaban protegidos por el secreto profesional al tratarse de comunicaciones entre abogado externo y su cliente, no estando éste obligado a entregarlos a la autoridad. Aunque no se hacía referencia directa a los abogados internos, se realizaron interpretaciones *a contrario* en el sentido de que en España los abogados internos no tendrían la prerrogativa del secreto profesional. Tales interpretaciones difícilmente podrían conciliarse con las disposiciones arriba referidas.

Futura reforma de la LGT

Sin embargo, la propuesta de modificación de la Consulta podría constituir un primer paso hacia la eliminación del secreto profesional de los abogados de empresa en España, empezando por el ámbito fiscal. No obstante, y con independencia de las dificultades a las que la Consulta se enfrente por su posible incompatibilidad con las disposiciones arriba referidas, el alcance de la reforma deberá limitarse, a lo sumo, al ámbito fiscal y en ningún caso a otros ámbitos como, en particular, el derecho de la competencia. Y ello no solo porque no haya distinción en la normativa española entre abogados internos y externos respecto al secreto de sus comunicaciones, sino porque una hipotética restricción debería justificarse de manera suficiente respecto al ámbito específico del derecho de la competencia.

Dins: Legal Today de 25 de març de 2019. [*Consulta realitzada el 30 d'abril de 2019*]