

NOTA SOBRE LA SENTENCIA DEL TJCE AKZO NOBEL Y OTROS DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2010: LÍMITES AL PRIVILEGIO LEGAL DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS Y SUS CLIENTES

JULIA SUDEROW

Rechtsanwältin & Abogada, llm

Recibido: 18.01.2011 / Aceptado: 01.02.2011

Resumen: 28 años después de la sentencia *AM&S* del TJCE la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes en procedimientos sancionadores por infracciones del Derecho de la Competencia sigue dando que hablar. En el transcurso de las inspecciones llevadas a cabo por la Comisión Europea siguen surgiendo conflictos en torno al acceso a determinados documentos. El TJCE en su sentencia *AKZO* de Septiembre de 2010 nos recuerda nuevamente el alcance de este derecho fundamental y sus límites. El privilegio legal sólo podrá ejercerse sobre comunicaciones de abogados externos. Por tanto las comunicaciones entre un abogado interno y los directivos de una empresa no están protegidas y la Comisión Europea podrá incluir estos documentos en su expediente sancionador.

Palabras clave: confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente, labor inspectora de la Comisión Europea, privilegio legal, derecho de defensa.

Abstract: 28 years after the decision *AM & S* of the ECJ the confidentiality of communications between lawyers and clients in European Antitrust sanctioning proceedings is still raising questions. During the inspections carried out by the European Commission there are still conflicts about the access to certain documents. The ECJ in its decision *AKZO* of September 2010 has reminded us the limits of this fundamental right. The legal privilege is only applicable to communications of external lawyers. Thus, the communications between the in house counsel and the managers of a company are not protected and the European Commission can include these documents its sanctioning file.

Key words: confidentiality of the communications lawyer-client, inspection powers of the European Commission, legal privilege, defence rights.

Sumario: I. Introducción. II. Definición de la confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente. III. Antecedentes del litigio. 1. Hechos. 2. Sentencias recurridas y procedimiento judicial previo. IV. La sentencia del TJCE. 1. Alcance del secreto profesional y principio de igualdad. 2. Evolución de los ordenamientos jurídicos nacionales y del Derecho de la Unión Europea. 3. Libertad de elección y seguridad jurídica. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El constante aumento de la labor sancionadora e inspectora de la Comisión Europea en asuntos de Derecho de la Competencia y de las autoridades nacionales de Defensa de la Competencia ha puesto de manifiesto que sigue habiendo numerosos conflictos en torno al respeto de los derechos fundamentales de los investigados o empresas durante las inspecciones o incluso durante el

procedimiento sancionador en sí.¹ En concreto el acceso a las pruebas con información sensible sigue provocando una gran repercusión y litigiosidad.² Dentro de esta categoría se encuentran documentos generados por los abogados y asesores de las empresas relacionados con el objeto de la inspección e incluye el acceso durante la inspección y su incorporación al expediente. Así las cosas, aunque la doctrina respecto a la confidencialidad y respeto absoluto de las comunicaciones entre abogados y sus clientes se halle consolidada, siguen existiendo una serie de cuestiones controvertidas en torno a esta cuestión.

2. La confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente ha sido durante mucho tiempo una cuestión discutida en el Derecho Comunitario de la Competencia y en el Derecho de la Competencia de los distintos Estados miembros.³ Ni siquiera a día de hoy existe una norma que regule de forma expresa que los documentos o información elaborados por un abogado o por su cliente en relación a una cuestión legal y la defensa de los intereses del cliente estén protegidos frente al acceso y copia por parte de los inspectores de la Comisión Europea en el marco de una inspección o su incorporación al expediente.

3. Ahora bien, desde la sentencia *AM & S* del año 1982 está claro que la confidencialidad de las comunicaciones entre un cliente y sus abogados es un principio general del Derecho de la Unión que debe ser respetado por los funcionarios de la Comisión.⁴ La reciente sentencia del TJCE en el asunto *AKZO NOBEL* de 14 de septiembre de 2010 nos recuerda que este principio general tiene carácter de derecho fundamental.⁵ Asimismo las conclusiones de la Abogado General *Julianne Kokott* describen detalladamente los fundamentos de este derecho que se desprende de los distintos ordenamientos legales de los Estados miembros y del artículo 8 apartado 1 del CEDH que protege la privacidad de la correspondencia y del artículo 6 apartados 1 y 3 letra c) del CEDH que establece el derecho a un juicio justo y del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el respeto a las comunicaciones y los artículos 47, I y II y 48 de dicha Carta.⁶

4. Pues bien, en el año 2010, es decir 28 años después de la sentencia *AM & S*, el privilegio de las comunicaciones entre abogados y sus clientes sigue dando que hablar.⁷ A pesar de las claras directrices del TJCE en la sentencia *AKZO 2007*, en las inspecciones realizadas por funcionarios de la Comisión Europea o de las autoridades nacionales de la competencia siguen surgiendo controversias en torno a qué documentos se encuentran protegidos por el conocido como privilegio legal de las comunicaciones

¹ Sobre los derechos de las empresas en procedimientos sancionadores ante la Comisión Europea vid.: A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 624 y ss. J. C. LAGUNA DE PAZ, «Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia», *Revista de la Competencia y Distribución*, nº 5, 2009, pp. 33-64.

² Así, en España, las primeras inspecciones de la CNC según la nueva Ley de Defensa de la Competencia han resultado en ocasiones polémicas debido a las controversias surgidas entre las empresas y los inspectores de la CNC. Véase al respecto: R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 83 y ss. Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 3 octubre 2008, *STANPA*, Expt. R 0006/08. Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Recurso nº 3/2008, 30 septiembre 2009.

³ M. GRAY, M. LESTER, C. DARBON, G. FACENNA, C. BROWN; E. HOLMES, *EU Competition Law: Procedures and Remedies*, Richmond, 2006, p.30. S. STEWARD, D. VAUGHAN, «Does Legal Professional Privilege Exist in the EEC?», *LS Gaz* 1207, 1975, p. 72. D. EDWARD, «Confidentiality and Privilege in the EEC Context», *NLJ*, 128, 1978, p. 1208.

⁴ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79, Rec. 417 (en adelante: sentencia *AM & S*).

⁵ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros*, C-550/07 P. (en adelante sentencia *AKZO* 2010).

⁶ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartados 47 y 48.

⁷ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417. STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 Rec. p. II-3523. (en adelante *AKZO 2007*). Sobre el debate vid.: J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law Of Competition*, 2ª ed. Oxford University Press, 2007, p. 745. E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005).

abogado- cliente.⁸ Precisamente esta cuestión es la que aclara la sentencia del TJCE en el asunto *AKZO 2010* tal y como veremos a continuación. El presente trabajo describe el debate actual definiendo el concepto y alcance de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y sus clientes. A continuación se extraen, cuestionan y comentan las principales conclusiones del TJCE.

II. Definición de la confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente

5. La confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente también se conoce y confunde con las expresiones inglesas «*attorney-client privilege*» o «*legal privilege*».⁹ Gracias a este derecho el cliente puede impedir que se revele a terceros el contenido de sus comunicaciones confidenciales con su abogado. A día de hoy, tribunales y doctrina coinciden en que el secreto profesional o privilegio legal constituye un elemento necesario del derecho de defensa del cliente que también se basa en el papel del abogado como «*Colaborador de la Justicia*» que deberá prestar su asistencia legal de forma independiente y en el interés superior de la Justicia.¹⁰ De este derecho se deriva que en un procedimiento administrativo o judicial no se pueda exigir la revelación de las comunicaciones entre un abogado y su cliente sin su consentimiento y por lo tanto éstas tampoco puedan ser usadas como pruebas en procedimientos administrativos o judiciales.¹¹

6. Este privilegio forma parte del derecho de defensa y en concreto del derecho a asistencia letrada y a no auto inculparse que a su vez se derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tal y como reconoce el artículo 24 de la Constitución Española.¹² La protección «*tiene por objeto garantizar el interés público de una recta administración de la justicia consistente en garantizar que todo cliente tenga la libertad de dirigirse a su abogado sin temor a que la información confidencial que le comunique pueda ser ulteriormente divulgada.*»¹³ El antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución *Pepsi/Coca-Cola* también nos ha recordado que el privilegio es una exigencia del Estado de Derecho con un «*doble objetivo*»: a) *proteger a cualquier persona que precise de la asistencia de un abogado para defender sus derechos y libertades* y b) *garantizar una justa y adecuada administración de justicia.*»¹⁴

7. La confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes se considerará privilegiada y por tanto absoluta «*cuando se trate de correspondencia mantenida en el marco y en interés del derecho de defensa del cliente y que por otro lado emane de abogados independientes.*»¹⁵ Aunque no se

⁸ El TPI en la sentencia *AKZO 2007* ha llegado incluso a detallar la forma de proceder en caso de discrepancias: STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 *Rec.* p. II-3523, apartados 79-85. R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 91.

⁹ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 970. R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 84.

¹⁰ STJCE, 18 de mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 *Rec.* 417 apartados 20,23 y 24 y STEDH 20 septiembre 2000, Niemietz/Alemania, Asunto nº 13710/88 serie A, nº 51-B, apartado 37.

¹¹ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 970. R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 84.

¹² R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 86. STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 *Rec.* 417, apartados 18 y 23.

¹³ TDC 22 julio 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, Expte. R 508/02 FJ 6.

¹⁴ TDC 22 julio 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, Expte. R 508/02 FJ 6.

¹⁵ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 *Rec.* 417, apartado 21. STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 *Rec.* p. II-3523, apartado 117.

plantee en la sentencia analizada conviene recordar brevemente que el privilegio abarca tanto la correspondencia mantenida una vez incoado el expediente como la correspondencia anterior relacionada con el objeto de dicho procedimiento.¹⁶

8. Tal y como se ha indicado, el alcance del privilegio se está convirtiendo en una cuestión de gran importancia en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea. En particular, la posibilidad de extender el privilegio legal a abogados internos, que es el objeto de esta sentencia, ha sido intensamente debatida en la última década. Recordemos que por abogado interno se entiende un jurista que trabaja como empleado en el departamento jurídico de una empresa o de un grupo de empresas y que al mismo tiempo, puede ejercer como abogado de acuerdo con las normas nacionales aplicables.¹⁷

9. Esta cuestión ya fue planteada en el Parlamento Europeo en el marco del desarrollo legislativo del Reglamento 1/2003. El informe *Evans* a la propuesta de la Comisión tal y como lo adoptó el Comité Económico y Monetario del Parlamento Europeo preveía una modificación que establecía que las comunicaciones entre un asesor externo o interno que contuviesen asesoramiento legal debían estar privilegiadas cuando el asesor legal estuviese suficientemente cualificado y cumpliera con las normas de ética profesional y disciplina.¹⁸ Aunque esta propuesta fue rechazada no significa que en el futuro el privilegio sí pueda ser finalmente extendido a este tipo de comunicaciones.¹⁹

10. Para completar la definición del privilegio legal y aunque esta cuestión no es objeto de la sentencia quisiera recordar que tan sólo el cliente y no su abogado puede acogerse o renunciar a este derecho.²⁰ Para hacer valer el privilegio el cliente deberá explicar a la Comisión Europea el porqué el documento en cuestión no puede ser revisado ni copiado por los inspectores mostrando aquellas pruebas o indicios que acrediten que el documento se encuentra protegido. En caso de discrepancias podrá apelar ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, la empresa es la que tiene la carga de la prueba.²¹

III. Antecedentes del litigio

1. Hechos

11. En febrero de 2003 la Comisión Europea realizó una inspección en las oficinas de *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* y *Akros Chemicals* con el objetivo de buscar y obtener pruebas relacionadas con prácticas contrarias al Derecho de la Competencia Comunitario. Durante las inspecciones surgieron una serie de discrepancias entre los representantes de *Akzo* y *Akros* y los inspectores de la Comisión sobre ciertos documentos que según las empresas se encontraban protegidos por el secreto profesional que protege las comunicaciones entre abogados y sus clientes. Por su parte los funcionarios contestaron que debían comprobar estos documentos aunque fuese sumariamente para formarse su propia opinión sobre el grado de protección de los documentos. Tras una larga discusión y bajo amenaza de sanciones coercitivas, las empresas admitieron que la responsable de la inspección consultara sumariamente los documentos.

¹⁶ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417, apartado 23. A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 629.

¹⁷ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 989.

¹⁸ Parlamento Europeo, Sesión 21 junio 2001, A5-0229/2001 Final, PE 296.005, at. 65-66 (Comité de asuntos económicos y monetarios) sobre la propuesta de Reglamento del Consejo para la aplicación de las normas de Competencia establecidas en los artículos 81 y 82 del Tratado modificando los Reglamentos (CE) N° 1017/68 y 2988/74, n° 4056/86 y n° 3975/87.

¹⁹ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 989.

²⁰ R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, n° 7, p. 85.

²¹ A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 630.

Durante el examen se ahondaron las discrepancias en torno a cinco documentos que han sido objeto de dos procedimientos distintos:

- 1º) El primer grupo de documentos se compone de unas notas con informaciones para un futuro dictamen jurídico externo, notas internas sobre los contactos y reuniones con abogados externos así como notas empleadas para mecanografiar la información anterior. Estos documentos fueron introducidos en un sobre lacrado.
- 2º) Dos correos electrónicos entre el Director General de *Akcros* y el coordinador de *Akzo* para el Derecho de la Competencia, siendo este último además abogado inscrito en un colegio de abogados neerlandés que, en el momento de producirse los hechos, pertenecía a los servicios jurídicos de *Akzo* y estaba por tanto empleado de forma permanente en la empresa. Estos documentos fueron incorporados al expediente.

2. Sentencias recurridas y procedimiento judicial previo

12. En mayo de 2003 la Comisión Europea desestimó las solicitudes de ambas empresas y les informó que una vez expirado el plazo para recurrir dicha decisión, procedería a abrir el sobre lacrado. *Akzo* y *Akcros* interpusieron dos recursos de nulidad ante el TPI dirigidos contra la decisión de verificación y contra la Decisión denegatoria. Así, con fecha 17 de septiembre de 2007 el Tribunal General dictó sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso de nulidad de *Akzo* y *Akcros* contra la decisión de verificación (Asunto T-125/03) y desestimó por infundado el recurso de ambas empresas contra la decisión denegatoria de la Comisión (Asunto 253/03).²²

13. En noviembre de 2007, *Akzo* y *Akcros* recurrieron la sentencia de 17 de septiembre de 2007. Este recurso gira en torno a los dos correos electrónicos intercambiados por el director general de *Akcros* y su asesor legal interno y si estos documentos están amparados por la protección de la confidencialidad de las comunicaciones con su asesor o no. Ambas empresas solicitan en su recurso la anulación de la sentencia y que se ordene la devolución de ambos correos a los interesados. Por su parte, la Comisión Europea solicita obviamente desestimar el recurso de casación. Recordemos que las empresas consideran que el privilegio legal incluye las comunicaciones con abogados internos de la empresa investigada mientras que la Comisión Europea basándose en la jurisprudencia *AM & S* considera que el privilegio no alcanza a este tipo de comunicaciones.

14. Este procedimiento ha despertado enorme interés tanto en los gobiernos de los Estados miembros como en particular en las asociaciones de juristas y abogados de la Unión Europea. Así, el Tribunal ha permitido la intervención de diversas asociaciones y colegios de abogados europeos, nacionales e internacionales.²³

IV. La sentencia del TJCE

1. Alcance del secreto profesional y principio de igualdad

15. La sentencia *AKZO 2010* comienza reconociendo que la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y sus clientes debe ser protegida a nivel comunitario por lo que la Comisión

²² STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 Rec. p. II-3523.

²³ Del lado de las empresas: *Conseil des barreaux européens* (CCBE, Consejo de la Abogacía Europea); *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (Consejo de la Abogacía de los Países Bajos), *European Company Lawyers Association* (ACCA); *European Chapter* (Asociación americana de abogados de empresa-sección europea) e *International Bar Association* (IBA, Asociación Internacional de Colegios de Abogados); Irlanda, Países Bajos y Reino Unido: STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P.

Europea tiene que respetar los límites que este derecho establezca a sus poderes de investigación.²⁴ Sin perjuicio de lo anterior, el TJCE también recuerda que este derecho está sujeto a dos requisitos acumulativos: a) Sólo se protege las comunicaciones vinculadas al ejercicio de los derechos de defensa en sí y b) cuando se trate de abogados independientes. Este segundo requisito es el objeto de la sentencia. El TJCE define la independencia del abogado de forma negativa estableciendo que el abogado es independiente cuando no está vinculado a su cliente mediante una relación laboral.²⁵ También continúa recordando los criterios establecidos por la sentencia *AM & S* según la que la obligación de independencia se deriva 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. La contrapartida de esta protección es la disciplina profesional impuesta y controlada en interés general. Tal concepción responde a las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros y se encuentra igualmente en el ordenamiento jurídico comunitario.»²⁶

16. En su reciente sentencia el TJCE insiste nuevamente en que la independencia implica la ausencia de cualquier relación laboral entre el abogado y su cliente por lo que la protección no alcanza a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa. De acuerdo con la Gran Sala, que sigue las conclusiones de la Abogado General, un abogado interno, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio y por tanto sometido a la disciplina profesional, no tiene el mismo grado de independencia respecto a su empresario que los abogados de un bufete externo respecto a sus clientes. Así, *el abogado interno no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo.*²⁷

17. Un abogado asalariado no pertenece a una estructura distinta de la su empleador por lo que no se trata de un tercero al que se le pasa una comunicación. Si los empleados y directivos actúan dentro del ámbito de su trabajo, actúan por el desarrollo de la actividad económica de la empresa.²⁸ El Tribunal explicó en el asunto *Becu* que los empleados realizan el trabajo por y bajo la dirección de las empresas. Así, durante la duración de la relación laboral están integrados en la estructura de la empresa por lo que forman una unidad económica con el empleador.²⁹ Esta sentencia muestra la tendencia general seguida por los Tribunales Europeos. En el asunto *Euro-Lex European Law Expertise* el TPI rechazó una solicitud presentada por una empresa alemana y firmada por uno de sus consejeros que además era abogado. El letrado alemán alegaba que de acuerdo con la normativa alemana podía representar a la empresa frente a los tribunales alemanes. Este hecho no impresionó al TPI que recordó que el principio de representación válida ante los tribunales exige que no sólo se trate de un abogado autorizado a actuar ante los tribunales de un Estado miembro sino que el abogado también tiene que ser «tercero» e independiente del «solicitante».³⁰ El Tribunal sigue esta misma línea en el asunto *Lopes* estableciendo que un abogado no puede representarse a sí mismo ante los Tribunales Europeos aunque los tribunales de un Estado miembro sí lo permitan.³¹ En el asunto *AM&S*, el TJCE se basó en estas dos sentencias indicando que para ser independiente «hay que ser un tercero en su relación con el cliente». Aunque el asesor interno pueda negarse a seguir instrucciones contrarias a la Ley, sigue dependiendo de su empresa por lo que su asesoramiento no puede equipararse al del abogado externo que siempre podrá rechazar el mandato y que no depende económicamente de su cliente y que puede decidir libremente si le representa o no.³²

²⁴ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 40.

²⁵ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 45.

²⁶ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417, apartado 24.

²⁷ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartados 61 y 62.

²⁸ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glimpse», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 1011-1012.

²⁹ STJCE 16 septiembre 1999, *Becu, Verweire, Smeg NV y Adia Interim NV*, C 22/98, 1999 Rec. I-5665, apartado 26. STJCE 19 febrero 2002, *Wouters, J.W. Savelbergh*, C-309/99 (2002), Rec. I-1577, apartados 49-51.

³⁰ STPI 8 diciembre 1999, *Euro Lex European Law Expertise GmbH*, Rec. II-3555, apartados 27, 29.

³¹ STJCE 5 diciembre 1996, *Lopes*, C-174/96 (1996), Rec. I-6401, apartado 11.

³² STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417, apartado 24. E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privi-

18. Akzo y Akcros consideran que la independencia del abogado interno se deriva de las normas profesionales establecidas por el Derecho Neerlandés. Sin embargo, en opinión de la Gran Sala, estos argumentos no son suficientes ya que «*el abogado interno, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, no puede ser asimilado a un abogado externo, debido a la situación de asalariado en la que se encuentra situación que, por su propia naturaleza, no lo permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional.*»³³ Así, el abogado interno y en particular el coordinador en materia de Derecho de la Competencia, puede influir la política comercial de la empresa reforzando los estrechos vínculos entre el abogado y su empresa. Por ello, la dependencia económica del abogado interno y los estrechos vínculos con su empresario no permiten que actúe con la independencia necesaria.³⁴

19. Como consecuencia de las apreciaciones anteriores, el Tribunal también rechaza la segunda alegación de las recurrentes por considerar que no hay ninguna violación del principio de igualdad por tratarse de dos situaciones esencialmente distintas que no son comparables y no pueden por tanto ser tratadas de igual forma.³⁵

20. Quisiera resaltar que es correcto que el abogado debe de ser independiente por lo que el Tribunal tiene insistir precisamente en este requisito. Ahora bien, también es cierto que la Gran Sala niega el privilegio sin ni siquiera distinguir entre un tipo de abogados internos y otros. ¿Si el abogado interno en cuestión se dedica al Derecho de la Competencia y si las comunicaciones están relacionadas con la defensa de la empresa en asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia porqué las empresas no pueden acogerse al privilegio? Precisamente el Derecho de la Competencia es una materia muy compleja que requiere asesoramiento especializado tanto desde el punto de vista meramente legal como desde el punto de vista económico. Por ello, las empresas tienen que ser asesoradas por personas que de una parte conozcan el marco legal y de otra conozcan el funcionamiento del mercado afectado, productos y las estrategias de la empresa. Para que la defensa sea efectiva, la empresa no sólo precisa de un abogado externo sino que también necesita un jurista interno que conozca los entresijos de su empresa y sepa trasladárselos al abogado externo. Ambos de forma conjunta podrán entonces desarrollar la estrategia de defensa más adecuada. El abogado interno ejercerá en ocasiones de interlocutor y en otras completará la defensa de la empresa. Curiosamente, si ejerce de interlocutor, por ejemplo informando internamente de las conclusiones de un abogado externo este informe sí está protegido tal y como establece la sentencia del TPI en el asunto *Hilti*.³⁶

21. De otra parte, y precisamente gracias a la labor sancionadora de la Comisión Europea y la consiguiente mejora de la aplicación de las normas de la Competencia, los abogados internos están ganando independencia dentro de sus propias empresas y los programas de cumplimiento o *Compliance* pudiendo incluso influir o vetar políticas comerciales dentro de la empresa si las consideran contrarias al Derecho de la Competencia. Ahora bien, la Abogado General considera que precisamente la cercanía a la empresa pone en entredicho la independencia del abogado interno.³⁷ Este argumento no parece tener en cuenta la realidad en las empresas. Es más, la sentencia del TJCE ni siquiera analiza en detalle el debate sobre la labor específica del abogado interno dedicado a los asuntos de Competencia dentro de la

lege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glances». *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 1012.

³³ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 47.

³⁴ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartados 66 y ss.

³⁵ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 58.

³⁶ STPI 4 abril 1990, *Hilti AG*, T-30/89, Rec. P. II-163. A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 629.

³⁷ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartado 118.

empresa. A favor de una extensión del privilegio también habla la complejidad de los asuntos de Derecho de la Competencia y en particular los procedimientos sancionadores por infracciones del artículo 101 del TFUE iniciados por la Comisión Europea. Precisamente este tipo de asuntos tienen carácter transnacional porque la Comisión resulta competente cuando la conducta afecta al mercado de varios países dentro de la Unión.³⁸ Si afecta a varios países, la empresa precisará el asesoramiento de varios abogados en los distintos países afectados y en Bruselas. Asimismo, estos abogados tendrán que comunicar tanto con la matriz como con las empresas filiales afectadas por la conducta. La única forma de canalizar esto de forma efectiva es a través de los abogados internos de la empresa que a su vez comuniquen con los abogados externos de cada región o país, centralizando y recabando la información necesaria. Por ello, la labor del abogado interno no sólo es necesaria sino más bien imprescindible y merece ser valorada en la misma forma que la labor del abogado externo.

2. Evolución de los ordenamientos jurídicos nacionales y del Derecho de la Unión Europea

22. Las recurrentes basaban su argumentación en que el TPI debía haber tenido en cuenta los cambios experimentados en el «mundo del Derecho» desde la sentencia *AM& S* que justificaban una reinterpretación de esta sentencia respecto a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Este argumento tampoco ha impresionado al TJCE que se limita a recordar que del estudio de Derecho Comparado realizado por el TPI en su sentencia no se desprende ninguna tendencia uniforme en los Derechos de los Estados miembros.³⁹ La Abogado General tampoco llega a otra conclusión en su análisis de la situación en el año.⁴⁰ Es más, ambas empresas han admitido que no se puede detectar ninguna tendencia generalizada a asimilar los abogados internos con los abogados que ejercen libremente su profesión.

23. En opinión de la Gran Sala, la modernización de las normas procedimentales comunitarias relativas a procedimientos relacionados con el Derecho de la Competencia y en particular el Reglamento 1/2003 tampoco justifican una nueva lectura de la sentencia *AM & S*.⁴¹ Así, estas normas no están en absoluto relacionadas con el ejercicio de la profesión de los abogados.⁴² Lo que sí establecen son los poderes de la Comisión Europea en cuanto a inspecciones en las empresas o asociaciones de empresas permitiendo que los funcionarios de la Comisión examinen libros, documentación profesional y hacer u obtener copias de dichos documentos.⁴³ Estas facultades se encuentran definidas de forma amplia ya que la detección de infracciones del Derecho de la Competencia resulta cada vez más difícil lo que exige preservar la eficacia de las inspecciones. Esta postura encaja con la posición adoptada por el Parlamento Europeo que rechazó la inclusión de una norma específica tal y como se ha indicado en el punto 8.

24. En mi opinión, la Gran Sala y la Abogado General no mencionan la práctica y envergadura de los casos seguidos ante la Comisión Europea que sí han evolucionado desde la sentencia *AM&S*. Desde la introducción de un programa de clemencia realmente efectivo las investigaciones y los procedimientos sancionadores se han vuelto más y más complejos además de abarcar infracciones de gran envergadura y repercusión transnacional.⁴⁴ Así, la estrategia de defensa en procedimientos ante la Comisión Europea en asuntos de Derecho de la Competencia puede diferir en gran medida de las estrate-

³⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 440 y ss.

³⁹ STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 Rec. p. II-3523 apartados 170 y 171.

⁴⁰ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartado 101.

⁴¹ Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Vid: A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 405 y ss.

⁴² STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 83.

⁴³ I. VAN BAEL, J.F BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen, 2010, p. 1000 y ss.

⁴⁴ Sobre la labor sancionadora de la Comisión Europea vid.: A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 549.

gias de defensa en otro tipo de procedimientos. En un procedimiento sancionador y dependiendo de la postura adoptada los representantes de la empresa en cuestión pueden verse obligados a recopilar, filtrar y transmitir a la Comisión Europea gran cantidad de información y datos que deben ser estructurados de forma adecuada y en poco tiempo. Para este tipo de tareas, la labor del abogado interno se convierte en esencial y merece ser protegida. De otra parte, si una empresa decide colaborar con la Comisión y trata de conseguir todas las pruebas que se encuentren en su poder con el fin de acogerse al programa de clemencia, también nos encontraremos ante una situación en la que los abogados que conocen la estructura de la empresa y a sus directivos están mejor situados para obtener esa información que un abogado externo que puede que desconozca las estructuras de la empresa o que los directivos no confíen en este último en la misma forma que en el primero. Aunque la Abogado General considere que los programas de *Compliance* suelen ser generales y por tanto de carácter preventivo es cierto que a raíz de la introducción de estos programas o incluso programas de clemencia internos, puede que los empleados comuniquen a sus abogados internos su participación en conductas ilícitas cuya ilegalidad desconocían hasta la introducción de estos programas. En este supuesto el abogado interno se vería obligado a contactar inmediatamente con sus asesores externos y delegar en ellos el asesoramiento en torno a la conducta detectada por completo.

3. Libertad de elección y seguridad jurídica

25. Para finalizar, *Akzo* y *Akcros* consideran que el Derecho de defensa, principio fundamental del Derecho de la Unión, incluye la facultad de ser asesorado, defendido y representado por el asesor jurídico que el justiciable escoja libremente y que la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes es una parte de este derecho. A este respecto, la Gran Sala recuerda que aun suponiendo que las consultas internas formaran parte del derecho a ser asesorados, defendidos y representados, determinadas restricciones y normas sobre el ejercicio de la profesión no menoscaban el derecho de defensa. Es más, los abogados de empresa no siempre pueden representar a su empleador ante los órganos jurisdiccionales nacionales.⁴⁵ Por ello, los justiciables debemos aceptar estas restricciones a la hora de elegir el abogado que defienda nuestros intereses.

26. Tampoco existe una violación del principio de seguridad jurídica ya que las normas que rigen las inspecciones nacionales pueden diferir de las normas aplicables a las inspecciones de la Comisión Europea. En opinión de la Gran Sala el reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales puede provocar una valoración diferente del privilegio legal.⁴⁶ El Tribunal concluye recordando que «*el principio de seguridad jurídica no obliga a recurrir, para los dos tipos de procedimientos... a criterios idénticos por lo que se refiere a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.*»⁴⁷

V. Conclusiones

27. La sentencia del TJCE es clara: El privilegio legal no se extiende a las comunicaciones internas. Sin perjuicio de lo anterior, la situación actual y en particular el riesgo que implica la inclusión de cualquier tipo de documento de carácter auto inculpatario en un expediente está generando tensiones que en mi opinión resultarían innecesarias si el privilegio se extendiese a los abogados internos. El TJCE parece ignorar que terceros en determinadas circunstancias podrán acceder a los documentos recogidos en el expediente por lo que el peligro de lesión de la defensa de la empresa no sólo se limita al proceso sancionador sino que puede afectar a procesos futuros ante los tribunales nacionales. Con el fin de evitar

⁴⁵ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartado 101.

⁴⁶ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 102.

⁴⁷ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 105.

dificultades, toda la comunicación se canaliza a través de los abogados externos que no cesan de reiterar que el documento o comunicación en cuestión se encuentra protegido por el privilegio legal. De esta forma, se genera una dependencia de los asesores externos innecesaria y desmedida puesto que pueden incluso convertirse en interlocutores entre el abogado interno y los directivos de la empresa con el fin de blindar la comunicación en cuestión.

28. Parece que la razón más evidente para limitar el privilegio a las comunicaciones con abogados externos es de carácter meramente práctico, puesto que si se extendiese el privilegio a las comunicaciones con abogados internos los conflictos en las inspecciones aumentarían notablemente. A los inspectores les resultaría difícil, sin tomar mínimamente conocimiento del documento, determinar si éste está protegido o no.⁴⁸ El TJCE trata de fijar unos criterios prácticos y fáciles de seguir en caso de discrepancias: Se protege el documento generado por un abogado externo y no se protege el documento generado o intercambiado con el abogado interno. Ahora bien, quizás sea interesante trabajar en una Comunicación de la Comisión Europea que defina los límites de una forma más explícita estableciendo una protección de las comunicaciones entre el abogado interno y sus directivos en determinadas circunstancias por ejemplo para solicitantes de clemencia o empresas que decidan cooperar con el objetivo de reducir una posible sanción.

⁴⁸ R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 88.