

Foro de Actualidad

España

LA CNMC RECHAZA QUE LAS COMUNICACIONES DE LOS ABOGADOS INTERNOS SE BENEFICIEN DEL SECRETO PROFESIONAL ABOGADO-CLIENTE

Isabel María Fernández Pérez y Jokin Beltrán de Lubiano
Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

La CNMC rechaza que las comunicaciones de los abogados internos se beneficien del secreto profesional abogado-cliente

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha afirmado que las comunicaciones con abogados internos no están protegidas por el secreto profesional abogado-cliente en dos recientes resoluciones que resuelven recursos presentados por Renfe en el contexto de una inspección la autoridad de competencia española. Las resoluciones, que desarrollan la posición de la autoridad, han sido objeto de un importante debate entre los profesionales de la abogacía.

PALABRAS CLAVE:

CNMC, Competencia, Inspección, Abogados internos, Secreto profesional.

The CNMC rules that communications between in-house lawyers and their clients are not covered by legal professional privilege

The CNMC has ruled that communications with in-house lawyers are not protected by lawyer-client privilege in two recent decisions resolving appeals filed by Renfe in the context of an inspection by the Spanish competition authority. These decisions, which clarify the authority's position in more detail, have sparked considerable debate among lawyers.

KEYWORDS:

CNMC, competition, investigation, in-house lawyers, legal privilege.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-3-2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 31-3-2025

Fernández Pérez, Isabel María, Beltrán de Lubiano, Jokin (2025). La CNMC rechaza que las comunicaciones de los abogados internos se beneficien del secreto profesional abogado-cliente. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 67, pp. 131-137 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Con motivo de una inspección de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") en Renfe Mercancías, la autoridad de competencia española ha tenido la oportunidad de explicar con detalle su posición sobre el secreto profesional (o "privilegio legal", en términos anglosajones) de las comunicaciones entre cliente y abogado interno.

La CNMC ha considerado tradicionalmente que los abogados *in-house* no quedan cubiertos por esta garantía y desarrolla esta posición en dos recientes resoluciones que resuelven recursos presentados por Renfe Operadora E.P.E. y Renfe Mercancías S.M.E., S.A. (conjuntamente, "Renfe") ante el Consejo de la CNMC. En particular, la CNMC desestimó los recursos de Renfe, presentados en el contexto de una inspección de la Dirección de Competencia de la CNMC, afirmando que las comunicaciones con abogados internos no están protegidas por el secreto profesional abogado-cliente. Las resoluciones han sido objeto de un importante debate entre los profesionales de la abogacía; a modo de ejemplo, el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid ("ICAM") publicó una nota de prensa en febrero de 2025 en la que mostraba su disconformidad con las resoluciones.

Estas resoluciones no son novedosas desde la perspectiva europea, ya que la primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") sobre esta materia es de 1982. En el asunto *AM & S* (sentencia 18 de mayo de 1982, C-155/79, *AM & S Europe Limited c. Comisión*, ECLI:EU:C:1982:157), el TJUE afirmó que las comunicaciones entre los abogados y sus clientes serían confidenciales "*siempre que, por un lado, se trat[ara] de la correspondencia mantenida en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente y, por otro lado, se trat[ara] de Abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral*". El TJUE reiteró esta misma posición en la sentencia *Akzo* (sentencia de 14 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c. Comisión*, ECLI:EU:C:2010:512), en donde reafirmó que las comunicaciones con abogados internos no estaban protegidas por el secreto profesional. Por lo general, se ha venido interpretando que esta jurisprudencia afecta solamente a los procedimientos sujetos al derecho de la Unión; es decir, que el derecho de la

Unión no impide que los Estados miembros concedan protección también a las comunicaciones con los abogados internos. Además, hay que entender esta posición en el contexto de regulaciones nacionales distintas, según las cuales, en varios países europeos y a diferencia de lo que sucede en España, los abogados internos no se pueden colegiar como abogados o deben hacerlo bajo una figura de asesor jurídico diferenciada.

Por su parte, la CNMC también venía sosteniendo que estas comunicaciones, de o con los abogados *in-house*, no estaban protegidas por el secreto profesional. El primer caso en el que recogió la jurisprudencia europea en relación con el secreto profesional fue en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de julio de 2002, r 508/02, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, aunque en este asunto no se planteó específicamente la cuestión en relación con los abogados *in-house*. Asimismo, en su *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007*, publicada en 2020, la CNMC sostenía que, en el marco de una inspección, podía recabar la documentación elaborada por los abogados internos de la empresa inspeccionada (y, en su caso, usarla como prueba contra la empresa). Más recientemente, la CNMC ha rechazado en varias ocasiones aplicar el secreto profesional a los abogados internos cuando estas cuestiones se habían planteado al Consejo al revisar la actuación inspectora de la Dirección de Competencia: en octubre de 2020 en su resolución R/AJ/066/20 *MSD*, en diciembre de 2020 en sus resoluciones R/AJ/078/20, *Santa Lucía*, y R/AJ/079/20, *Albia*, en octubre de 2022 en el expediente S/0026/19 *Merck Sharp Dohme*, y en diciembre de 2023 en su resolución R/AJ/090/23 *John Deere*.

No obstante, aunque la posición de la CNMC no ha cambiado, estas dos recientes resoluciones sí representan una novedad, pues desarrollan en detalle los argumentos de la autoridad de competencia y, además, consideran la regulación profesional más moderna que inequívocamente extienden el secreto profesional a los abogados internos. En particular, el artículo 39 del Estatuto General de la Abogacía Española ("EGAE"), aprobado en 2021, reconoce el derecho de secreto profesional a todos los profesionales de la abogacía sin distinción: "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" (los destacados son nuestros).

A continuación, se resumirán brevemente ambas resoluciones de la CNMC, así como el razonamiento de Renfe y de la CNMC respecto a la confidencialidad de las comunicaciones con abogados internos. Asimismo, se expondrán las implicaciones de estas resoluciones y las perspectivas de futuro.

2. Resolución de la CNMC de 6 de noviembre de 2024, expediente R/AJ/125/24 RENFE

En octubre de 2023, la Dirección de Competencia de la CNMC realizó una inspección domiciliaria en la sede de Renfe Mercancías. En el contexto de la inspección, el equipo inspector recabó una nota interna del año 2011 elaborada por la asesoría jurídica de Renfe. Pese a la petición de la empresa, que invocó el secreto profesional, la Dirección de Competencia se negó a devolver este documento. En consecuencia, en septiembre de 2024 Renfe recurrió el acuerdo de la Dirección de Competencia de la CNMC que denegaba parcialmente la confidencialidad de determinada documentación recabada en la inspección.

El motivo principal por el que Renfe defiende que la nota interna no debía ser incorporada al expediente era que había sido redactada por abogados internos y, por ende, debía estar protegida por el secreto profesional abogado-cliente. Renfe utiliza varios argumentos para defender esta posición. En primer lugar, Renfe afirma que la sentencia *Akzo* solo limita el privilegio legal a las comunicaciones con los abogados externos en los procedimientos incoados por la Comisión Europea. Por lo tanto, en procedimientos tramitados por una autoridad nacional de competencia, la aplicación del secreto profesional a las comunicaciones con abogados internos depende de lo previsto en la normativa nacional aplicable. En segundo lugar, Renfe invoca el artículo 39 del EGAE, que reconoce el derecho de secreto profesional a todos los profesionales de la abogacía, incluyendo los que están unidos con su cliente por un contrato laboral. En esta misma línea, Renfe también cita el artículo 5, apartados 1 y 2, del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado en 2019, y el apartado 148 del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 2017, ya que no hacen distinción en función de la forma de ejercicio de la profesión. Finalmente, Renfe se apoya en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de julio de 2002, *Pepsi-Cola / Coca-Cola*, para destacar que la salvaguarda del secreto profesional es fundamental para proteger a quienes necesitan asistencia jurídica.

La CNMC no acepta ninguno de los argumentos anteriores. En primer lugar, respecto a la alegación sobre la sentencia *Akzo*, la CNMC afirma que los tribunales españoles ya habían reconocido que las comunicaciones de la empresa con sus abogados internos no se hallan protegidas por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente en el contexto de investigaciones de la autoridad de competencia nacional. En particular, la sentencia de la Audiencia Nacional que cita la resolución de la CNMC (sentencia de 16 de mayo de 2018, rec. n.º 345/2016, ECLI:ES:AN:2018:1981) consideró que un informe relativo a una reunión, en la versión corregida por el abogado interno de la asociación sectorial FENIN, no estaba protegido por el secreto profesional. La Audiencia Nacional dio una serie de razones para ello. Por un lado, que no se trataba de una comunicación con un abogado externo ni se había redactado con el fin de pedir asesoramiento a un abogado externo. Por otro lado, que la comunicación no se había elaborado en el marco de un proceso judicial, que se había remitido a otras empresas y que el documento se refería a un informe de una reunión que incorpora unas meras correcciones (es decir, aunque no lo dice así la sentencia, que no parece referirse a asesoramiento jurídico).

Con base en esta sentencia (que parece asumir el criterio europeo, aunque no explica las razones por las que sería aplicable en derecho español), la CNMC afirma que la Audiencia Nacional había trasladado al ordenamiento español los requisitos establecidos en las sentencias *AM & S* y *Akzo* para considerar confidenciales las comunicaciones con abogados, es decir, que la comunicación debe estar vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente y debe entablarse con abogados independientes (no vinculados a su cliente mediante una relación laboral). Con respecto al primer punto, no obstante, ha de señalarse que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente del TJUE, no es necesario que la comunicación esté vinculada al ejercicio del derecho de defensa. Toda comunicación entre abogados y clientes está protegida por un doble fundamento: la defensa jurídica, sí, pero también el secreto de las comunicaciones, fundamento que es relevante incluso cuando la comunicación con el abogado no se refiere a un procedimiento en particular (sentencia de 8 de diciembre de 2022, *C-694/20 Orde van Vlaamse Balies*, ECLI:EU:C:2022:963).

En segundo lugar, con respecto a la alegación de Renfe sobre la publicación del EGAE en 2021 y, en particular, sobre su artículo 39, la CNMC afirma que si se apreciara la aplicación del secreto profesional como una atribución de derechos en favor del abogado interno, el artículo 39 encerraría una contradicción en sí mismo. Para tratar de demostrar esta contradicción, la CNMC observa que el artículo 47.4 del EGAE pone de manifiesto el deber del abogado de realizar sus tareas "*con plena libertad e independencia*", pero considera que no pueden apreciarse estas características con respecto a una relación laboral, caracterizada por la dependencia y ajenidad. De nuevo, la CNMC hace referencia a la sentencia *Akzo*, que en su apartado 94 establece que "*cuando una empresa se dirige a su abogado interno, no trata con un tercero independiente, sino que una persona que forma parte de su plantilla, sin perjuicio de los eventuales deberes profesionales que resulten de su colegiación*". Por lo tanto, la resolución concluye que la única interpretación posible del artículo 39 EGAE es que este no atribuye al abogado de empresa unos "derechos" propios del abogado externo, sino que simplemente contiene una obligación de que el contrato de trabajo respete, en lo posible, el concepto de abogado "libre", sin reconocer que este sea consustancial a la condición de abogado de empresa. Es decir, de una manera un tanto intrincada, la CNMC afirma que el artículo 39 EGAE no debe interpretarse en sus propios términos, sino que debe ser interpretado a la luz de otros artículos del EGAE de forma mucho más limitada.

Por último, la CNMC considera que tanto la aplicación del EGAE como las otras autoridades jurídicas invocadas por Renfe tampoco se sostienen por razones de carácter subjetivo, cronológico, jerárquico y sustantivo. Respecto al carácter subjetivo, basándose en la doctrina constitucional, la CNMC afirma que la facultad de invocar el derecho al secreto profesional corresponde al abogado titular del derecho y no a la empresa de la que es empleado. En cuanto al carácter cronológico, la resolución considera que el EGAE entró en vigor en 2021 y que no se aplicaría de manera retroactiva, por lo que no podría aplicarse a una comunicación que, como la del objeto del recurso, era anterior a su publicación. En relación con el carácter jerárquico, la CNMC determina que una norma con rango meramente reglamentario, como es el EGAE, no podía reformar la regulación de las inspecciones de competencia, que se rigen por una norma con rango de ley, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Y, finalmente, en cuanto a las razones de carácter sustantivo, la CNMC afirma que la mera publicación del EGAE no podía suponer un cambio de paradigma que pasara por alto la jurisprudencia europea y el requisito de independencia del abogado requerido por el TJUE.

En consecuencia, la CNMC desestima el recurso de Renfe, permitiendo a la Dirección de Competencia que incorpore al expediente la nota elaborada por la asesoría jurídica de Renfe que posiblemente, se podrá usar contra la empresa en un eventual expediente sancionador.

3. Resolución de la CNMC de 15 de enero de 2025, expediente R/AJ/148/24 *RENFE OPERADORA*

En noviembre de 2024, Renfe presentó un nuevo recurso contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de la CNMC que acordaba incorporar al expediente determinados documentos recabados en el marco de la inspección llevada a cabo en la sede de Renfe Mercancías en octubre de 2023. Los documentos habían sido incorporados al expediente de vigilancia en relación con el caso S/0511/14 *Transporte de mercancías por ferrocarril*, en el que la CNMC sancionó en marzo de 2017 a Renfe, Deutsche Bahn y varias empresas ferroviarias de ambos grupos, por entorpecer la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril. De forma similar al anterior recurso, Renfe alega que la inclusión de la documentación le causaría un perjuicio irreparable, por lo que debía ser excluida del expediente.

En este caso, Renfe esgrime varios argumentos para defender que la documentación no debía ser incorporada al expediente. Según Renfe, (i) determinados documentos que contenían comunicaciones con abogados internos estaban amparados por la confidencialidad abogado-cliente; (ii) ciertos documentos debían ser protegidos al tratarse de documentos elaborados para pedir asesoramiento a abogados externos o que reflejaban su asesoramiento; y (iii) determinados documentos no guardaban relación con el objeto del expediente de vigilancia y estaban fuera del objeto de la orden de inspección que autorizó la entrada y el registro.

Con respecto a los documentos que contenían comunicaciones con abogados internos, la CNMC vuelve a exponer de manera sucinta los argumentos expuestos en el anterior recurso. Mejor suerte corrieron los documentos elaborados para pedir asesoramiento a abogados externos o que reflejaban el asesoramiento de estos, ya que la CNMC aprecia la existencia de indicios de que esos documentos estuvieran protegidos por el secreto profesional abogado-cliente. Por ello y sin dar mayor explicación, la CNMC considera procedente su devolución y remoción del expediente. Finalmente, la CNMC estima que todos los demás documentos estaban relacionados con el objeto del expediente de vigilancia, por lo que no acepta que ninguno de ellos se encontrara fuera del objeto de la orden de inspección.

Por lo tanto, en este recurso, la CNMC vuelve a reiterar que las comunicaciones con abogados internos no están protegidas por el secreto profesional.

4. Implicaciones y perspectivas de futuro

Las resoluciones de la CNMC no suponen, como decimos, una novedad para aquellos que tenemos contacto habitual con esta institución, aunque sí han elevado el debate más allá del mundo de la defensa de la competencia, como se puede observar en la nota de prensa del ICAM. Y no es una cuestión menor: los abogados internos son el primer punto de contacto para cualquier cuestión jurídica en el mundo empresarial, y las condiciones en las que se produce ese contacto son fundamentales para garantizar sus funciones.

Esta doctrina puede tener efectos indeseados para el propio cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Piénsese en los programas de *compliance* en materia de defensa de la competencia, activamente promovidos por la propia CNMC, que se basan en buena medida en investigaciones internas y en la colaboración abierta entre los equipos comerciales y jurídicos de las empresas. Como parece claro, el necesario diálogo entre dichos equipos para detectar posibles infracciones pasadas y acometer su eliminación bajo el programa de cumplimiento se verá comprometido sin la protección del secreto profesional en favor de los abogados internos, pues la CNMC solo tendría que realizar una inspección domiciliaria y acudir directamente a la documentación custodiada por los abogados internos en el marco de un programa de cumplimiento para obtener prueba directa de las eventuales infracciones cometidas en el pasado. Este efecto puede desincentivar la comunicación franca entre gestores y asesores empresariales, comprometiendo así la efectividad de los programas de cumplimiento en materia de competencia.

El razonamiento jurídico de las resoluciones también presenta importantes dudas. Así, por ejemplo, las resoluciones no consideran las normas de rango de ley orgánica que protegen el secreto profesional, como son el artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, desde hace menos tiempo, el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa. Estas normas no hacen ninguna distinción entre abogados externos o internos, sino que se aplican con carácter general a todos los abogados colegiados en España. No resulta evidente, por tanto, que en derecho español una autoridad administrativa pueda crear una distinción con respecto al secreto profesional, especialmente cuando esa distinción se hace en perjuicio de empresas investigadas en un procedimiento sancionador. En cualquier caso, dada la importancia de la cuestión, resulta esperable y deseable que la pregunta sobre si las comunicaciones con los abogados internos también atraen la protección del secreto profesional sea sometida a debate judicial.