

## Sobre la extensión del privilegio de la confidencialidad al abogado de empresa en materia de Derecho de la competencia

***La posición tradicional: las comunicaciones con el abogado de empresa no gozan del privilegio de confidencialidad en las investigaciones de competencia***

Se acaba de publicar el último *Policy Brief* de la Comisión Europea dedicado, en esta ocasión, a la posible extensión del privilegio de confidencialidad a las comunicaciones con el abogado interno o de empresa en el marco de las investigaciones del derecho de la competencia.

El [documento publicado](#), que no representa oficialmente la posición de la Comisión, da respuesta a las críticas que se vienen haciendo desde hace años a la postura de las autoridades de competencia y de los tribunales europeos, incluidos los españoles de no reconocer la confidencialidad de las comunicaciones con los abogados internos en el ámbito del derecho de la competencia. El fundamento principal de esta tesis, que fue fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Akzo* de 2010, es que, al estar vinculados por una relación laboral, los abogados internos carecen de la libertad e independencia de criterio que sí tienen los asesores externos.

### ***La situación particular en España***

Esta cuestión es especialmente polémica en España, sobre todo desde que el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 135/2021, contempla expresamente la figura del abogado de empresa (art. 39) e impone a la empleadora el deber de respeto de su libertad, independencia y secreto profesional, principios que considera básicos para el ejercicio de la profesión legal.

Como es sabido, la CNMC ya se pronunció sobre el particular en su resolución de noviembre de 2024 en el caso [RENFE](#), rechazando la plena equiparación entre los dos tipos de abogados a estos efectos con el argumento de que no es

posible que un abogado de empresa pueda actuar con plena libertad e independencia si se tiene en cuenta que las notas definitorias de su relación laboral son precisamente las de dependencia y ajenidad.

### ***Las críticas a la posición tradicional***

Volviendo al *Policy Brief*, las críticas a las que responden los funcionarios de la Comisión son básicamente dos: (i) que desde 2010 varios Estados miembros han legislado para reconocer el privilegio de la confidencialidad también a los abogados internos colegiados, que están sujetos a las mismas obligaciones y tienen los mismos derechos que los externos; y (ii) que reforzar la protección del abogado de empresa no puede sino coadyuvar el objetivo compartido de mejorar el cumplimiento del derecho de la competencia por todas las empresas, especialmente si tenemos en cuenta el principio de *autoevaluación* por las empresas de la conformidad de sus prácticas con el derecho de la competencia que se impone en la regulación europea desde 2003.

### ***La respuesta de la Comisión***

a) En primer lugar, lo cierto es que la mayoría de los Estados miembros (21 de 27) siguen sin extender el privilegio de la confidencialidad a los abogados de empresa [según el documento, las únicas excepciones serían Bélgica, Irlanda, Hungría, Holanda y Portugal]. Por tanto, no cabe considerar que exista un mínimo consenso sobre esta cuestión que la convierta en un principio general del derecho de la Unión [como sí existe cuando hablamos de las comunicaciones de los abogados externos vinculadas al ejercicio de los derechos de defensa del cliente, según la doctrina del Tribunal de Justicia en su sentencia *AM&S* de 1982].

Por cierto, en cuanto a España, el documento reconoce que la posición de la CNMC contraria a extender el privilegio de confidencialidad al abogado de empresa está siendo discutida en los tribunales.

b) El documento insiste en que el pecado original que está en la base de todo el razonamiento de los tribunales y de las autoridades de competencia no ha cambiado.

Por mucho que el abogado interno esté colegiado y quede sujeto a las normas deontológicas de la profesión, nunca gozará de la misma independencia ni podrá lidiar con las situaciones de conflicto de interés entre sus obligaciones profesionales y los intereses de su empleador con la libertad que tiene un abogado externo. Esta afirmación era válida en 1982 (caso *AM&S*), en 2010 (caso *Akzo*), y sigue siéndolo ahora en 2025, con independencia de los cambios normativos que hayan podido ocurrir a nivel nacional.

c) El argumento de oportunidad [extender el privilegio de la confidencialidad al abogado interno solo puede favorecer que las empresas estén mejor asesoradas] también es rechazado.

Para empezar, esto ya fue analizado en 2010 y nada ha cambiado desde entonces porque (una vez más) las notas de dependencia y ajenidad son incompatibles con un asesoramiento plenamente eficaz. Al margen de que no han encontrado ninguna prueba de que el nivel general de cumplimiento sea mayor en aquellas jurisdicciones donde sí que existe una equiparación plena entre los dos tipos de abogados respecto de las demás donde no la hay.

d) El *Policy Brief* termina diciendo que extender el privilegio de la confidencialidad a los abogados internos tendría, al contrario, el efecto indeseado de minar la aplicación efectiva del derecho de la competencia al abrir la puerta a todo tipo de abusos que en la práctica serían difíciles de evitar si las empresas deciden estratégicamente utilizar al abogado interno para disfrazar o incluso facilitar la ejecución de conductas restrictivas. Por ejemplo, poniéndole en copia de los correos internos; haciéndole aparecer como (cor)responsable de la elaboración de determinados documentos internos o de la adopción de determinadas decisiones [citan dos casos de EUA

en los que este tipo de prácticas habrían quedado demostradas]. Es más, esta extensión podría llevar a dificultar sobremanera aquellas investigaciones en las que, precisamente, el papel del abogado interno no se limita a dar su asesoramiento legal sino que participa activamente en la toma de decisiones empresariales [ámbito que queda en todo caso fuera de la protección, según *AM&S*], siendo casi imposible trazar una línea que separe con claridad los dos tipos de situaciones [interesantemente, además del caso *Teva* resuelto por la Comisión en 2024, el *Policy Brief* cita como ejemplo el caso *MSD* decidido por la CNMC en el que, según la resolución de octubre de 2022, se habrían encontrado pruebas relevantes de la infracción consistente en litigación abusiva en las notas manuscritas del abogado interno de la farmacéutica].

### Conclusión

En definitiva, el *Policy Brief* concluye no hay razones suficientes para revisar la doctrina establecida en *AM&S* y *Akzo*.

Pese a la evolución normativa en algunos Estados miembros y al creciente protagonismo del abogado de empresa en los programas de cumplimiento, los funcionarios de la Comisión mantienen que la dependencia inherente a la relación laboral impide reconocerle la misma protección que al abogado externo.

Es más, extender el privilegio de confidencialidad sería incluso contraproducente al permitir estrategias fraudulentas o comprometer la eficacia de las investigaciones de las autoridades.