

Conflicto entre el compliance penal y el deber de secreto del abogado de empresa

Autor: **Iñaki Martínez Pagalday**, Lawyer | Abogado | Corporate Head of Compliance | Responsable Corporativo de Compliance

La aprobación del Estatuto General de la Abogacía Española mediante el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo ha equiparado al abogado de empresa con el resto de abogados en lo que se refiere a su libertad, independencia y secreto profesional, básicos para el ejercicio de la profesión. Esta regulación entraría en conflicto con el deber de denuncia de actos irregulares dentro una empresa en materia de Compliance Penal, si se entendiera que la obligación de informar al Compliance Officer no tiene excepciones.

La existencia del deber de informar de posibles riesgos e incumplimientos por actos irregulares en el seno de la empresa al órgano de Compliance (o Compliance Officer) es uno de los pilares obligatorios de los sistemas de Compliance Penal en el Derecho español, debido a la exigencia expresa que el legislador introdujo en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal en la reforma del año 2015.

Dicho mecanismo se sustenta en la necesidad de dotarse de un sistema de control interno eficaz que permita la detección de las irregularidades en la empresa por parte del Compliance Officer; órgano que carece del don de la ubicuidad y cuya autoridad para exigir información comprometida debe venir blindada y ser exigible a todos los niveles. Dotar de rango legal a dicha obligación es por tanto una muestra de buena salud y compromiso del ordenamiento jurídico con el Compliance.

Por su parte, el gozar del beneficio que ofrece el deber de secreto profesional es una antigua reivindicación de los abogados de empresa que, debido a una exigua pero contraria Jurisprudencia y a la ausencia de regulación legal expresa hasta el año 2021, ha puesto en entredicho que estos abogados pudieran hacer valer uno de los elementos que configuran su propia naturaleza y que garantizan el correcto ejercicio de la profesión para con su cliente, en este caso la empresa contratante (siendo irrelevante que la contratación del abogado se produzca en régimen laboral y no con carácter mercantil).

La Sentencia de referencia a este respecto en los últimos años ha sido la del caso AKZO NOBEL en 2010 en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denegaba el derecho al secreto profesional de los abogados de empresa al entender que carecería de independencia como consecuencia de la existencia de una relación de tipo laboral.

En la última década es posible que hayamos vivido una evolución en el entendimiento de ambas materias (deber de secreto profesional de los abogados de empresa y configuración del Compliance Penal en las empresas), y como muestra de ello está el valiente paso dado en España al reconocer sin ningún atisbo de duda el derecho y deber de secreto al abogado de empresa a través del artículo 39 del Estatuto Legal Estatuto General de la Abogacía Española de 2021:

“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.”

Dentro de la misma esfera de relación entre el Compliance y el deber de secreto de los abogados hay que tener presente el contenido de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que denuncian infracciones de la legislación de la Unión (la llamada Directiva Whistleblower).

La Directiva Whistleblower ha dado un espaldarazo al deber de denuncia antes referido como un elemento esencial de los sistemas de Compliance, pero ahora a nivel europeo, y no ha sido ajena a la problemática del deber de secreto de los abogados, al establecer la siguiente previsión en el "considerando" (26) y en su artículo 3 apartado 3:

"(26) La presente Directiva **no debe afectar a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes** («prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado») tal como se establezca en el Derecho nacional

[…]

3. La presente Directiva no afectará a la aplicación del Derecho de la Unión o nacional relativo a:

[…]

b) la **protección del secreto profesional de los médicos y abogados;**"

Tomando en consideración todo lo anterior, y en ausencia de mayor concreción normativa, es necesario encontrar un espacio de encuentro en el que se compatibilice el deber de denuncia en el seno de los sistemas de Compliance en las empresas y la exigencia de esta obligación a los abogados contratados internamente y que ejerzan como tal.

Ante esta situación, de lege ferenda y como régimen interpretativo transitorio, parecería razonable entender que el deber de secreto del abogado de empresa existe en la medida en que está participando en la defensa de la empresa en un procedimiento penal o administrativo sancionador (entendiendo que concurre tal circunstancia desde la primera diligencia de investigación impulsada por un juez o una administración), sin haber tenido conocimiento previo de los presuntos hechos delictivos, aplicando así analógicamente el deber de secreto a aquella clase de informaciones que los abogados externos deben conservar y no están obligados a revelar, por ejemplo en sede judicial y en amparo de dicho deber de secreto. Lo mismo ocurrirá cuando un abogado interno concreto ejerza formalmente como abogado defensor de la empresa en dicho procedimiento sin contar con abogados externos.

En consecuencia, en este marco teórico derivado de la interpretación sistemática de unas y otras normas para que sean compatibles entre sí:

- El deber de secreto del abogado de empresa podría operar cuando el abogado interno en cuestión participara con un abogado externo en la defensa de un procedimiento concreto (mimetizándose unos y otros en derechos y obligaciones a partir de ese momento), o cuando el propio abogado interno llevara la defensa letrada formalmente, acreditándose como tal en el procedimiento.
- De la misma manera, el abogado de empresa no podría invocar el deber de secreto para negar al Compliance Officer informaciones sobre: (i) hechos conocidos en un momento temporal anterior a la existencia de un procedimiento judicial o administrativo sancionador, a pesar de posteriormente coadyuvar o llevar la defensa letrada según lo antes indicado, o (ii) hechos revelados de manera oficial en el seno del procedimiento judicial o administrativo sancionador, esto es, información accesible en el expediente que no puede por tanto considerarse como una confidencia del cliente.

Con esta fórmula hipotética el Compliance Officer podría desempeñar perfectamente su labor sin interferir o poner en riesgo los derechos y obligaciones del abogado de empresa y viceversa.

En cualquier caso, solo el desarrollo normativo (o Jurisprudencial) futuro permitirán encontrar la fórmula que consiga resolver el aparente conflicto existente entre la posibilidad de que el Compliance Officer exija a los empleados de la empresa que le informen de actividades irregulares acaecidas en el seno de la empresa y la capacidad del abogado de empresa a negarse a ello. De igual forma, habrá que observar si otros países siguen la senda del estado español en esta materia.

Fuente: Legal Today