



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2009/23

Abril 2009

**ABOGADOS Y SOCIEDADES COTIZADAS
(Pequeñas reflexiones ante un gran problema)**

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail autor: jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense

<http://www.ucm.es/eprints>

Copyright © 2009 por el autor

**Abogados y sociedades cotizadas
(Pequeñas reflexiones ante un gran problema)***

Juan Sánchez-Calero**

Resumen:

Los escándalos y crisis empresariales han fortalecido la creación de mecanismos de detección y denuncia de irregularidades societarias. Esta tendencia se ha reflejado en las reglas de gobierno corporativo. Este artículo se ocupa de la posición en la que se encuentran los abogados internos y externos en una sociedad cotizada y se plantea la actuación exigible de ellos en caso de irregularidades. Se parte de las medidas previstas en la Ley Sarbanes-Oxley y se analiza su trasposición al ordenamiento español. Este análisis concluye con una respuesta negativa.

Palabras clave:

Sociedades cotizadas, abogados, gobierno corporativo, secreto profesional.

Abstract:

Financial scandals and crisis have strengthened the setting-up of corporate faults' monitoring and reporting. This tendency has been reflected in corporate governance rules. The paper deals with the position of both in-house and external lawyers of public corporations and discusses their expected conduct in case of corporate faults. Upon the measures adopted in the Sarbanes Oxley Act, the paper assesses their possible implementation into Spanish Law. The result of such analysis is a negative answer.

Key words:

Public companies, lawyer, corporate governance, legal privilege

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2004-03259/JURI, titulado "Las grandes empresas entre el Derecho de sociedades y el mercado de valores II", que ha sido financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Su origen está en la ponencia presentada en el IV Seminario Harvard-Complutense, celebrado en la Harvard Law School, el año 2006. Se han actualizado las referencias y notas.

** Catedrático de Derecho mercantil. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

I.-	INTRODUCCIÓN	4
II.-	GOBIERNO CORPORATIVO, ARMONIZACIÓN DE REGLAS Y DISPARIDAD DE ORDENAMIENTOS	9
III.-	DE CANCERBEROS Y DELADORES	13
IV.-	LA SECCIÓN 307 DE LA LEY SARBANES-OXLEY	16
V.-	¿DE QUÉ ABOGADOS HABLAMOS? (I) LOS ABOGADOS INTERNOS Y, EN PARTICULAR, EL SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN	19
	1. La especialización de los abogados internos	19
	2. El Secretario (y el Letrado Asesor) del Consejo de Administración	21
	3. El buen gobierno societario y el Secretario del Consejo	26
	4. El Secretario del Consejo y la información societaria	28
	5. Quién es el cliente del Secretario	30
VI.-	¿COMPETE LA DEFENSA DEL INTERÉS SOCIAL POR EL SECRETARIO?	31
	1. El poder de intervención del Secretario	31
	2. La dimisión como alerta	33
VII.-	¿DE QUÉ ABOGADOS HABLAMOS? (II) ABOGADOS EXTERNOS	35
VIII.-	SECRETO PROFESIONAL	36
IX.-	CONCLUSIÓN	38

I. INTRODUCCIÓN

El origen de estas páginas está en la lectura de un artículo periodístico que se preguntaba sobre las causas que habían posibilitado que, en el escenario de las crisis empresariales registradas en los mercados internacionales desde el año 2001, los abogados hubieran salido bien parados, en especial si se comparaban las acusaciones planteadas contra ellos con las dirigidas contra otras profesiones y entidades presentes en los mercados de valores, cuya consecuencia más evidente habría sido la desaparición de algunas de las más reputadas (al menos, hasta entonces) representantes de estas profesiones o entidades¹. Lo que se quería destacar era cómo eran escasas las demandas civiles o las acciones penales iniciadas contra letrados o bufetes de abogados (fundamentalmente por parte de la *Securities and Exchange Commission* -SEC-), y menos aún las que habían desembocado en condenas a indemnizar a los inversores perjudicados. En el marco de la crisis financiera cuya manifestación más cruda se ha producido en la segunda mitad de 2008, similares preguntas sobre el papel de los abogados en la causación o prevención de esa situación se han vuelto a plantear en el mercado norteamericano².

Más allá de los datos que facilitaba el indicado artículo, su interés radicaba, en mi opinión, en la orientación que revelaba con respecto a ciertos cambios que el movimiento a favor de un buen gobierno corporativo provoca en aspectos principales del régimen de las sociedades cotizadas. En este caso se apunta a los mecanismos de supervisión y al régimen de responsabilidad frente a los inversores. Esa información

¹ V. JOHNSON, C., "Look Who's Left Standing. Legal Penalties in Frauds Are Seldom Paid by Legal Advisers", *Washington Post*, 31 de agosto de 2006, p. D01. La referencia a los auditores y a su dispar suerte con respecto a los abogados es una constante: v. GANUZA, J.J./GÓMEZ, F., "Should we trust the gatekeepers? Auditors' and lawyers' liability for clients' misconduct", *International Review of Law and Economics* 27 (2007), p. 96 y ss.

² V. CARTER, T. "How Lawyers Enabled the Meltdown. And how they might have prevented it", *ABA Journal*, enero 2009, p. 34 y ss. que inicia con un severo reproche a la contribución de los juristas a la hora de facilitar la posterior crisis: "*As legislators, they helped remove restrictions on commercial banks that allowed them to get involved with subprime mortgage-backed securities. As regulators, they allowed leverage at investment banks to increase largely unchecked. As judges, they made it harder for shareholders to bring suits to stop the financial shenanigans. As counsel, their legal opinions gave sanction to deals that in the words of the analyst behind them, 'could have been structured by cows'*".

periodística se sumaba a otros materiales vinculados con el tratamiento que las entidades y profesiones relacionadas con los mercados de valores y con las sociedades cotizadas, vienen recibiendo en algunas influyentes legislaciones -en especial a partir de la promulgación de la Ley Sarbanes-Oxley y su influencia en la posterior agenda regulatoria europea - y con el planteamiento que allí se propone acerca de la función que aquéllas están llamadas a desempeñar. Se trata de un cambio profundo en la forma de entender y evaluar la conducta de esas profesiones, siendo esta tendencia especialmente clara si se refiere a los abogados³.

Las modificaciones que proponen las normas aplicables en esos mercados, afectan a principios y normas igualmente relevantes. Incluso podemos decir que son normas esenciales en la configuración de la profesión del abogado y de la prestación de servicios que comporta⁴. Esto sucede como consecuencia de la incidencia que sobre la relación existente entre el abogado y su cliente (la sociedad cotizada para la que trabaja o a la que presta sus servicios en función de una relación contractual) tienen reglas que se fundamentan en la tutela de intereses generales. Se vislumbra la exigencia a los abogados de una conducta que les ubica ante un conflicto de intereses cualificados. Las líneas que siguen no pretenden otra cosa que un apunte de algunos de los problemas fundamentales, que en esencia tienen que ver con la colisión que se adivina entre los intereses generales que inspiran la regulación de los mercados de valores (de forma destacada, la transparencia de los mercados y la protección de los inversores que cita el art. 13 de la Ley del Mercado de Valores -LMV-) y aquellos otros intereses, que también tienen un alcance general, presentes en la relación entre un abogado y una sociedad cotizada.

³ V. el interesante libro de COFFEE, J.C. JR., *Gatekeepers, The Professions and Corporate governances*. Nueva York (2006), y en concreto su referencia inicial en pp. 44-46. También, la reseña del mismo por FOX, M.B., en *Michigan Law Review* 105 (2006/2007) p. 1089.

⁴ Y así se explica la intensa atención que desde las corporaciones profesionales se viene prestando a la posición de los *corporate lawyers*: v. a modo de significativo ejemplo el muy interesante *Report of the City Bar Association Task Force on the Lawyer's Role in Corporate Governance-November 2006*, cuya versión resumida se puede consultar en *The Business Lawyer*, vol. 62 nº 2 (2007), p. 427 y ss.

El modesto alcance de estas páginas no impide una advertencia inicial sobre la novedad y la gravedad del problema. Su reconocimiento no puede ignorar el amplio daño causado por algunas crisis corporativas y las dudas que motivó la actuación de los abogados implicados en la gestión y en el desarrollo de tales crisis⁵. Quien, por ejemplo, dedique una mínima atención a la elaboración de la Ley Sarbanes-Oxley, habrá tenido oportunidad de toparse con la repetida interrogación retórica sobre “¿dónde estaban los abogados?”⁶. Su formulación parte de un hecho incontestable, consistente en graves infracciones normativas atribuidas a ejecutivos de grandes corporaciones que no fueron detectadas o impedidas por los mecanismos internos y externos de control. Frente a ello, la crítica que en aquella pregunta se orienta contra los abogados implica una posición de partida que no nos parece tan clara: los abogados participaban en las irregularidades o, cuando menos, las toleraban y, desde una visión más genérica, forma parte de su función contribuir a evitar irregularidades y abusos.⁷ Es en relación con estas “presunciones” donde el debate resulta especialmente interesante.

La adopción de la Ley Sarbanes-Oxley no ha dado lugar a una postura unánime sobre cómo actuar sobre la “*legal profession*”, si bien las corporaciones profesionales han afrontado y analizado el problema con toda seriedad⁸. Esa reacción acredita en qué

⁵ Para una formulación general del fenómeno, v. BOGLE, J.C., *La batalla por el alma del capitalismo* (trad. Moreno-Luque, B.), Madrid (2007), p. 75 y ss., que incluye a los abogados entre los responsables de la crisis.

⁶ La cuestión “*where were the lawyers*” ya fue acuñada en los años 80 en la crisis de una parte del sistema crediticio estadounidense, en la sentencia del Juez SPOKIN que rescata el muy interesante Report of The New York City Bar, p. 440, a la que siguen críticas muy severas por algunos Senadores, que hablaban ya de negligencia o complicidad de los abogados.

La misma pregunta se ha vuelto a formular en momentos recientes al hilo de la crisis hipotecaria. Se anuncia que la SEC está analizando el ejercicio de acciones de indemnización frente a determinados bufetes implicados en aspectos considerados lesivos frente a los inversores: v. referencias a esta iniciativa en CASSENS WEISS, D., “A lesson unlearned”, ABA Journal, (septiembre 2008), p. 65.

⁷ COFFEE, *Gatekeepers*, pp. 44 y ss., no duda a la hora de incluir a los abogados entre los responsables de la situación que derivó en las sucesivas crisis.

⁸ V. el exhaustivo *Report of the New York City Bar*, que expone un amplísimo catálogo de los problemas en juego. Su elaboración se encargó a un grupo de trabajo cuyo mandato ya era expresivo de la dificultad y alcance de la tarea encomendada: “*The Task Force will examine the role of counsel, both in-house and outside, with respect to counseling about corporate conduct. The Task Force will examine all aspects of the role of individual lawyers and law firms by examining recent failures to perform that role effectively as alleged by government agencies, Congress and the courts.*”

medida también el asesoramiento jurídico se ha visto alcanzado por el movimiento del “*corporate governance*” y el acierto de quienes ante las primeras crisis reconocieron la necesidad de replantear la posición y el estatuto de los “*abogados societarios*”⁹. Sustancialmente, lo que se está apuntado es un cambio en la responsabilidad profesional de los abogados, mediante la conexión de su actividad con intereses más amplios que los particulares de un cliente. No faltarán observadores que -con fundamento poco discutible- alegarán que antes que de una tendencia reguladora, la implicación de los abogados como (fallidos) vigilantes societarios en lugar de una orientación normativa o jurisprudencial, constituía una reacción mucho más fácil de explicar: ampliar el número de responsables frente a los inversores defraudados, siendo además solventes los abogados y despachos afectados¹⁰.

La evolución posterior y reciente en la práctica empresarial americana ha puesto de manifiesto la incidencia de ese cambio. Lo ha hecho a costa de un número considerable de responsables jurídicos de corporaciones, que han sido formalmente acusados por la SEC ante los Tribunales por los daños causados a los inversores. Una somera lectura del fundamento de esas acusaciones revela el alcance del debate¹¹. Cuando al Jefe de la asesoría jurídica, al Secretario del Consejo o a un abogado externo se le imputa una conducta fraudulenta por falta de diligencia en su asesoramiento o en las relaciones con los auditores, se está provocando una notable incertidumbre sobre cuál es la función de esas personas y la expectativa razonable de

The Task Force will also consider the interplay between ethical rules, privileges and the evolving enforcement climate. It will include within its focus an examination of decision-making within law firms, and the possible need for enhanced procedures to strengthen the oversight by law firms of the conduct of their attorneys”.

⁹ V., entre una amplia bibliografía estadounidense, MILLER, G.P., “From Club to Market: the Evolving Role of Business Lawyers”, en especial, p. 15 y ss. y MARGULIES, P., “Lawyers Independence and Collective Illegality in Government and Corporate Misconduct, Terrorism, and Organized Crime”, disponibles ambos en www.ssrn.com.

¹⁰ De esa posición de la SEC da cuenta GIBEAUT, J., “Supporting Actor Role”, ABA Journal, (julio 2006), pp. 12 y ss.

¹¹ V. WARD, S.F., “The Hammer Goes In-House”, ABA Journal, enero (2008), pp. 14-15, que relata la sucesión de procedimientos instados por la SEC contra los *general counsel* de diversas empresas y las reacciones y opiniones que ello ha provocado.

la que el ordenamiento parte a la hora de evaluar su conducta.

Todo lo anterior no debiera, sin embargo, difuminar los contornos precisos de la cuestión tratada. Las varias menciones a crisis o escándalos empresariales pueden abonar la idea de que estamos, otra vez, ante reacciones ocasionales o ante remedios excepcionales. Tal percepción resulta errónea, desde luego con respecto a la primera evolución del ordenamiento estadounidense. Más allá de nombres y casos, una reflexión atenta pone de manifiesto que estamos ante una genuina tendencia, que se inicia a finales de los años 90 y que llega hasta la actualidad, cuyos efectos son una clara erosión de los privilegios que tutelaban la relación entre un abogado y su cliente y que alcanzaban algunas de las garantías constitucionales básicas¹². Es esa evolución la que presenta un genuino interés y la que lleva a analizar su eventual vigencia en otros ordenamientos en relación con la disciplina de quienes participan en las sociedades cotizadas.

Desde nuestro ordenamiento, la cuestión apuntada y que concita la atención de estas páginas debe ser adecuadamente enmarcada. Es un hecho conocido, como primera y genérica referencia, que en la persecución de nuevos tipos de delincuencia económica se viene incidiendo en la habitual participación de ciertos abogados, lo que lleva a dictar reglas que están claramente orientadas a abordar las características especiales de la intervención profesional de éstos. El ejemplo más claro lo tenemos en la regulación del blanqueo de capitales, que afectó a elementos esenciales de la relación entre el abogado y el cliente¹³. Tampoco pueden pasar desapercibidas determinadas

¹² Tal es el diagnóstico de MARK, G./PEARSON, T.C., "Corporate Cooperation During Investigations and Audits", *Stanford Journal of Law Business & Finance*, vol. 13, nº 1 (2007), p. 1 y ss.

¹³ En el Derecho europeo, la compatibilidad de la legislación contra el blanqueo de capitales (principalmente, La Directiva 91/308/EEC, de 10 de junio de 1991, modificada por la Directiva 2001/97/EC, de 4 de diciembre de 2001) y principios esenciales en la defensa del cliente. La Sentencia del TJUE de 26 de junio de 2007 resolvió a favor de esa compatibilidad, en relación con el art. 6 de la Convención sobre la Protección de Derechos humanos y las Libertades fundamentales ("*derecho a un juicio justo*"). El Tribunal señaló que existirá una lesión de tal derecho allí donde, en el marco de un procedimiento (lo que incluye su preparación) se exigiera del abogado que facilitara a las autoridades información sobre su cliente. No existe esa infracción por requerir al abogado la información a la que ha accedido en la preparación o ejecución de transacciones que puedan implicar blanqueo de capitales; v. GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., "Blanqueo de capitales y secreto profesional

actividades de investigación o persecución criminal que incluyen a despachos de abogados, al tiempo que se denuncia el papel de éstos en determinados tipos de delincuencia¹⁴. Finalmente, la actividad inspectora e materia de competencia también revela una tendencia favorable a limitar los privilegios que presiden la relación entre las empresas investigadas y sus abogados¹⁵. Por lo tanto, la “*atención*” creciente que, a su pesar, merecen los abogados es una tendencia que excede de la regulación societaria y de los mercados financieros.

En relación con esa tendencia, llama la atención la pretensión de que los abogados que prestan sus servicios o trabajan en una sociedad cotizada, se conviertan, en primer lugar, en mecanismos de prevención o de detección de conductas irregulares de esa sociedad frente a los mercados en los que se negocian sus valores y, de no satisfacer esa pretensión, en responsables (civiles o penales) de los perjuicios padecidos por los inversores.

II. GOBIERNO CORPORATIVO, ARMONIZACIÓN DE REGLAS Y DISPARIDAD DE ORDENAMIENTOS

Convendrá en todo caso indicar que la cuestión expuesta se incardina en un ámbito empresarial y jurídico especialmente sensible a lo que cabe enunciar como la internacionalización de las normas que se destinan a las sociedades cotizadas y a su gobierno. No se trata simplemente de una manifestación más de la tópica armonización o unificación internacional del Derecho mercantil, sino ante una tendencia de mayor alcance.

del abogado” AJA 546-547 (2002), p. 1 y ss. y MULLERAT, R., “Las Directivas europeas contra el blanqueo de capitales”, La Ley nº 2 (2002), p. 1741 y ss.

¹⁴ V. QUINTANAR, M., “La responsabilidad penal del Abogado, con especial referencia al Abogado de empresa y al Letrado asesor”, Cuadernos de Política criminal, 72 (2000), pp. 667-676. Son notorias las diversas investigaciones penales que implican a abogados, a quienes se presenta, sobre todo, como responsables en el blanqueo de capitales.

¹⁵ V. ALLENDESALAZAR, R., “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 7 (2009), p. 83 y ss. y, en especial, p. 90 y ss.

La aproximación de las legislaciones y de aquellas otras reglas que, sin tener un carácter normativo estricto, sí conllevan que su cumplimiento voluntario o *recomendado* se contemple como imprescindible¹⁶, ha registrado en el movimiento del *corporate governance* una especial intensidad. Ésta resultaba previsible a partir de consideraciones sencillas. Si, por ejemplo, de lo que se trata es de la información que deben facilitar las sociedades, de las reglas de conducta y de los criterios éticos a aplicar en la actividad de la empresa (por ejemplo, frente a los trabajadores o a los proveedores), de los derechos que se reconocen a los inversores, de la forma de adoptar y difundir determinadas decisiones, cuesta admitir que una misma sociedad cotizada satisfaga los deberes vinculados con esos aspectos de su actividad en mayor medida en algunos de los mercados en los que ésta presente, frente al grado de cumplimiento de esos mismos o similares deberes en otros mercados. Resulta razonable, por ejemplo, que se exija a una misma sociedad cotizada que facilite a los inversores la misma información en cualquiera de los mercados en los que se negocien sus valores. La igualdad se establece a través del grado más alto de información disponible. Los encargados de impulsar esta equiparación serán, en primer lugar, los legisladores y, en segundo término, los supervisores de los respectivos mercados.

Ahora bien, ese proceso de aproximación (que encierra también una auténtica competencia directa entre legislaciones y mercados) topa con la tradicional dificultad de cualquier Derecho uniforme: la pretensión de adoptar soluciones semejantes para sistemas jurídicos diferentes. Las que podríamos describir como "*jurisdicciones*" más influyentes en la formulación de nuevas vías para hacer frente al fraude corporativo proponen innovaciones cuya validez no solo debe examinarse desde la perspectiva de su propia eficiencia, sino también de su inserción en sistemas de supervisión y sanción que no son plenamente homologables en nuestro ordenamiento sancionador (administrativo y penal)¹⁷. Similar llamada de atención habrá que hacer sobre la dispar

¹⁶ V. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a., "Naturaleza jurídica del Reglamento del Consejo de las sociedades cotizadas", Rds 26 (2006), p. 256 y ss.

¹⁷ Podemos encontrar similares análisis entre la compatibilidad de las innovaciones norteamericanas y otros ordenamientos: v. el estudio con respecto al Derecho canadiense que realiza Paton, P.D.,

posición que el abogado de empresa ocupa en cada Estado Europeo¹⁸. Las medidas normativas a analizar tienen como una de sus notas características más descollantes el interés por impulsar lo que podríamos enunciar como “*mecanismos internos de detección*”¹⁹ o, sencillamente, la denuncia de “*fraudes corporativos*”, dando fundamento empírico a los estudios que acreditan que son los empleados el principal factor a esos efectos²⁰. Con ese propósito el riesgo principal que atisba el denunciante es el de las posibles represalias laborales o de otra naturaleza (p. ej., demandas o querellas en su contra), lo que comporta la previsión de medidas de exención de responsabilidad para el denunciante o de inmunidad. La admisibilidad de estas medidas no es general.

Creo que esto también sucede en el tema propuesto, en el que se ha hablado con

“Corporate Counsel as Corporate Conscience: Ethics and Integrity in the post-Enron Era”, disponible en www.ssrn.com, en especial, pp. 536-537.

¹⁸ V. un apunte de la cuestión en MULLERAT, “La conciencia de la empresa”, *La Ley*, nº 1 (2007), p. 1793 y ss.

¹⁹ La vigencia de esa orientación la refleja el Código Unificado de Buen Gobierno (en adelante CUBG), integrado como Anexo I en el *Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas* de 19 de mayo de 2006, cuando, evocando la Recomendación Europea de 15 de febrero de 2005 (2005/162/CE) sobre consejeros externos y comisiones del Consejo, señala: “*Como novedad procedente de la Recomendación de la Comisión Europea -inspirada, a su vez, en la experiencia de Estados Unidos, Reino Unido y otros países cuyas compañías tienen establecidos cauces internos para que sus empleados puedan denunciar irregularidades (whistleblowing)-, el Código recomienda que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato. El Código parte de que tales mecanismos se destinarán preferentemente a la denuncia de irregularidades financieras y contables y, sobre todo, que respetarán escrupulosamente las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*”, para concluir atribuyendo al Comité de Auditoría, entre otras, la competencia consistente en: “*d) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa*”; v. pp. 33 y 34.

²⁰ V. por ejemplo el estudio de DICK, A./MORSE, A. ZINGALES, L., “Who blows the whistle on corporate fraud”, enero 2007 (www.ssrn.com), en particular, sus conclusiones en p. 40 y ss.), que en relación con sociedades cotizadas norteamericanas, concluye que el porcentaje de fraudes detectados a través de los empleados es de 19% de los unos frente a las cifras posteriores que deparan los medios de comunicación (14%), los reguladores (16%), los auditores (14%), o la propia SEC (6%).

Sin duda esa experiencia se ve abonada por la práctica empresarial, que desde las grandes multinacionales se ha expandido a otras empresas, tendente a instaurar procedimientos internos de denuncia de irregularidades por los trabajos y directivos que expresa la confidencialidad y la ausencia de riesgos para el denunciante.

acierto de un “*choque cultural*” entre jurisdicciones, ante la reticencia de algunas a aceptar las reglas y prácticas diseñadas en Estados Unidos²¹. De una parte, porque la relación entre el abogado y su cliente se ve afectada por la legislación y la jurisprudencia de cada Estado e incide sobre derechos fundamentales y consagrados por las Constituciones respectivas. De otra, porque estamos asistiendo a la exigencia de una conducta por parte de los abogados de esas sociedades bursátiles cuya licitud puede ser cuestionada no sólo desde una perspectiva sustantiva, sino también procesal. Las dudas no sólo radican en cuanto a si en algunas legislaciones la conducta que se reclama de los abogados puede resultar lícita, sino también sobre si el tratamiento procesal previsto para quien desarrolla esa conducta es equiparable. Sin necesidad de profundizar, basta con contraponer la posición y legitimación que disfruta la SEC con la de la CNMV. Existe una diferencia sustancial entre el margen de maniobra que disfruta la primera en la persecución de sociedades y abogados vinculados con ella y los limitados (o inexistentes) títulos de intervención y decisión que en ese ámbito reconoce nuestro ordenamiento a la CNMV.

Lo dicho hasta aquí debería alertar del alcance del problema. Aunque sólo sea porque el acercamiento propuesto evidencia que estamos ante un desafío al buen gobierno societario que no puede resolver sólo el Derecho de sociedades. Es más, se plantean problemas de alcance fundamental al apuntar a los principios de la abogacía o al tratamiento penal de los fraudes de la naturaleza y efectos de los que se presentan genéricamente como “*escándalos empresariales*”²². Algunos estudios comparados han profundizado en esos problemas para concluir la imposible armonización legislativa de las medidas diseñadas en la Ley Sarbanes-Oxley y en las normas posteriores, sin

²¹ V. GIBEAUT, J., “Culture Clash”, ABA Journal (mayo 2006), pp. 10 y 12, en donde ya se recogen algunos casos planteados en Francia o Alemania con respecto a filiales de sociedades cotizadas norteamericanas. El problema no radica tanto en la responsabilidad conforme a la Ley Sabanes-Oxley de los empleados o abogados de esas filiales europeas, como en que la inaplicabilidad extraterritorial de esa Ley impide a posibles interesados en denunciar un fraude acogerse a las medidas de protección diseñadas en ella: v. un primer apunte de la relevante cuestión en WOFFORD, D./WHYTE, T. W., “Key Issues in Whistleblower Case Law Under Sarbanes-Oxley (So far)”, Corporate Governance Advisor, vol. 14 -4º-2 (marzo-abril 2006), p. 3.

²² Dos buenas referencias de ello encontramos en MULLERAT, R., La Ley, nº 1 (2007), p. 1793 y ss y PASTOR MUÑOZ, N. “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa. ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, InDret 4/2006 (octubre 2006), disponible en www.indret.com/pdf/380_es.pdf, en especial pp. 7-8.

perjuicio de intentar que algunos de sus procedimientos se incorporen por vía de la llamada “*autorregulación*”²³.

III. DE CANCERBEROS Y DELADORES

La terminología al uso y en expansión imparable expresa eficazmente lo que se espera de los abogados –así como de otras personas y profesiones– que actúan en las sociedades cotizadas: que actúen como garantes de los intereses de los inversores y que para ello cumplan con el deber de denunciar cualquier irregularidad susceptible de afectar a la negociación de los valores de esa sociedad y a la información recibida por los inversores sobre los mismos. De ahí su inclusión en esas nuevas categorías que son los *gatekeepers* y los *whistleblowers*. Son términos que señalan una doble conducta que cabe esperar de una misma persona o entidad. La primera es de naturaleza preventiva²⁴ y permite entender que estamos ante una revisión empresarial de la figura mitológica del cancerbero. Pienso que es una actuación que casa sin problemas con la función de control legal propia de los abogados y cuya discusión puede considerarse superada en algunas jurisdicciones, en las que tal actuación se espera de los abogados internos²⁵. Mayores y relevantes dudas genera la condición del abogado como delator, que si bien es un término que es utilizado negativamente en sus acepciones principales y coloquiales, se adapta perfectamente a la conducta que se requiere de los abogados²⁶. Conducta que, resulta obvio, tampoco es fácil de ver como compatible con la esencia de la actuación de todo abogado (interno o externo) en una sociedad. El secreto profesional es un deber principal, pero junto a ello nos

²³ Desde el Derecho alemán, v. WEVER-REY, D., “Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation”, AG 11 (2006), pp. 406 y ss.

²⁴ V., en especial, COFFEE, *Gatekeepers*, p. 192, quien defiende que el abogado societario no puede pretender actuar como un simple “*advocate, whose role duty is the zealous representation of the client*”.

²⁵ Me remito a WARD, ABA Journal, enero (2008), p. 15, que refleja tal postura de la SEC y que concluye destacando la opinión conforme a la cual “*The rethoric about gatekeepers has in fact become a reality*”.

²⁶ En el Diccionario de de la Lengua Española, de la Real Academia Española, Madrid (2001), p. 741, la palabra “delator” da lugar a las dos primeras acepciones: “1. Revelar a la autoridad un delito, designando al autor para que sea castigado, y sin ser parte obligada del juicio el denunciador sino por su voluntad. 2. Descubrir, poner de manifiesto algo oculto y por lo común reprochable”.

encontramos con el hecho de que el abogado es, precisamente, el que merece una confianza personal o una designación profesional que le hacen depositario de esos secretos²⁷, lo que obliga a un análisis específico del problema²⁸. En todo caso, la actuación del abogado como un delator se inserta en esa tendencia hacia el fomento de los mecanismos empresariales de denuncia interna, que desde el mundo anglosajón se proyectan hacia el ámbito europeo, con los consiguientes problemas jurídicos de amplio alcance²⁹.

Por otro lado, es una circunstancia también conocida en la actividad de las sociedades cotizadas que los abogados –al igual que los sujetos pertenecientes a alguna otra profesión– se encuentran ubicados entre dos de las corrientes más acusadas del gobierno corporativo. La primera, la orientada a la reorganización de la estructura y del funcionamiento del Consejo de Administración y, la segunda, la del fortalecimiento de los mecanismos internos de control. Ambas tendencias han alcanzado de lleno a los abogados que de una u otra forma, participan en la gestión de aquellas corporaciones. Los abogados que prestan sus servicios en relación con la preparación de información relevante (conforme a su definición por el art. 82.1 LMV) o con actos de presentación y transmisión de esa información ante terceros, se ven especialmente afectados por esos nuevos criterios de evaluación de su actuación profesional.

Como señalé, la expresión normativa más clara en esa dirección la encontramos en las normas estadounidenses post-Enron, pero su influencia sobre la legislación europea es innegable. La aproximación inicial a esa cuestión puede hacerse reivindicando en términos solemnes y firmes los principios que caracterizan la

²⁷ Basta con volver al Diccionario de la Lengua Española, pp. 2035, a la primera acepción de la voz Secretario nos indica “*se decía de la persona a quien se comunica algún secreto para que lo calle*”.

²⁸ V. *infra* VIII.

²⁹ Como evidencian las interesantes aportaciones contenidas en el volumen AA.VV., *Derecho de la empresa y protección de datos*, (prólogo de A. Recalde), Madrid (2008), en particular la exposición general que con referencias a la Ley Sarbanes Oxley, ofrece GOÑI SEIN, J.L., “Criminalidad de empresa, mecanismos de denuncia o ‘whistlebloring’ y protección de datos”, en especial, p. 28 y ss.

relación del abogado y el cliente y la necesidad de que los mismos sean respetados también en los mercados de valores. Es lo que hacen con toda corrección las corporaciones profesionales implicadas y aunque esa reivindicación pueda parecer, a simple vista, evidente e indiscutible, creo que nos acercamos al meollo del asunto. Así, lo que proponen algunas legislaciones es que partiendo de que en las relaciones abogado-cliente en los mercados de valores concurren notas singulares, éstas pueden autorizar un alejamiento o, incluso, una derogación de los principios definidores de esa regulación.

Frente a esas propuestas, limitarse a sostener la vigencia inmutable de los principios de clásica invocación en la relación cliente-abogado, puede llevar a ignorar la real dimensión del problema, que es la que ha provocado una aproximación más severa sobre la actuación de los abogados. Es cierto que, en buena medida, la agresividad que se ha advertido hacia los abogados en determinados mercados y jurisdicciones (señaladamente, en los de Estados Unidos) puede deberse, en lo inmediato, a la búsqueda de nuevos responsables de los fraudes corporativos que han lesionado los intereses de numerosos inversores afectados y cuya indemnización patrimonial debe ser uno de los criterios rectores de la actuación de los poderes públicos. Los abogados y los bufetes asesores de esas empresas son vistos como posibles co-responsables civiles de los fraudes perseguidos, sin excluir que también se ejercite – como quedó indicado al inicio de estas páginas- la acción penal contra ellos.

Mas esa justificación no impide atisbar en esa actuación contra los abogados una preocupación de mayor alcance que la de hacerles pagar por lo pasado, y que pretende convertirles en un instrumento de prevención hacia el futuro. Las nuevas disposiciones tienen esa justificación, que es la que, más allá de las circunstancias de cada caso concreto (aunque se inserte en una suerte de epidemia delictiva), las dota de interés. Los abogados están llamados a contribuir al mejor funcionamiento de los mercados y a (la recuperación de) la confianza de los inversores si denuncian (en el ámbito interno o ante los mercados) cualquier hecho conocido en el marco de su actuación profesional y que pueda constituir un fraude actual o contribuir a su futura comisión. Desde la perspectiva del Derecho español, la duda es si esa pretensión

legislativa es viable, o es el propio ordenamiento el que la obstaculiza.

IV. LA SECCIÓN 307 DE LA LEY SARBANES-OXLEY

Creo que la exigibilidad de una determinada conducta informativa a los abogados vinculados con sociedades emisoras encontró su expresión más relevante, dada la influencia que la legislación norteamericana en materia de mercados de valores despliega sobre otros ordenamientos, en la Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley, que en este punto se convertía en una genuina Ley de bases, puesto que encomendaba a la SEC el desarrollo normativo de determinadas reglas vinculadas con la responsabilidad profesional de los abogados³⁰. El impacto de la nueva orientación legislativa y la preocupación por su incidencia sobre la actividad de los *corporate lawyers* se aprecia a partir de la bibliografía y documentos citados en estas páginas, que asume que se está produciendo un cambio en la delimitación de la actividad, en especial por la multiplicidad de perfiles que se establecen al respecto³¹.

De esa regulación llama la atención, en primer lugar, su fundamentación: se trata de regular una determinada conducta profesional (y por consiguiente, la responsabilidad derivada de su inobservancia) sobre la base de la tutela del interés público y con la finalidad de protección de los inversores. Además esa legislación debería de tener un carácter de mínima exigencia, es decir, haciendo posible el establecimiento por las sociedades cotizadas de reglas aún más severas en cuanto al desarrollo de dicha conducta. Finalmente, en lo que es una delimitación subjetiva de los abogados a los que iba a aplicarse esa nueva regulación, la Sección 307 optó por un criterio singularmente amplio: se trata de la labor de *todo* abogado que actúe ante la SEC en cualquier forma y en representación de una sociedad emisora. Esto implica, como es notorio, que las reglas dictadas iban a afectar tanto a los abogados internos, así como a aquellos abogados externos o despachos que con ocasión de determinadas

³⁰ Sobre la gestación de esta normativa y su concreción, v. el documentado relato de BAINBRIDGE, S. M./JOHNSON, C.J., "Managerialism, Legal Ethics, and Sarbanes-Oxley Section 307", disponible en <http://ssrn.com/abstract=434721>, p. 6 y ss. y COFFEE, *Gatekeepers*, p. 216 y ss.

³¹ V. VEASEY, N./DI GUGLIELMO, C., "The Tensions, Stress, and Professional Responsibilities of the Lawyer for the Corporation", *The Business Lawyer*, vol. 62, nº 1 (noviembre 2006), pp. 1-36.

operaciones pudieran ser contratados por la sociedad emisora.

Si nos fijamos en la conducta exigida a los abogados relacionados con sociedades cotizadas, incluso su enunciación básica por la Sección 307 ya plantea importantes dudas y problemas desde la perspectiva del ordenamiento español. Así sucede ante la pretensión de que el abogado aporte pruebas de una infracción de la legislación de los mercados de valores, lo que es tanto como esperar que el letrado se convierta en denunciante de su cliente y que lo haga, además, aportando documentos o cualquier otro medio probatorio a los que habrá tenido acceso sólo en razón de su actividad profesional. Además, dicha denuncia se debe de referir a una materia que, con gran frecuencia, admite opiniones contradictorias. El Derecho no es una ciencia exacta y el cumplimiento de muchas normas o su infracción pueden ser defendidas por medio de interpretaciones contrapuestas, tan sólidas argumentalmente, como intelectualmente honestas ambas. En cualquier caso, se dirá que la Ley actúa como un elemento relevante en esa denuncia, en especial si se considera que la misma debe alertar sobre una grave infracción (*material violation*) normativa, con lo que también se podrá apuntar que nos movemos, de nuevo, en un terreno incierto.

Ahora bien, lo que aún dificulta más delimitar la conducta profesional analizada, es la exigencia de que la denuncia se base no simplemente en una infracción legislativa, sino en conceptos tan indeterminados como el del incumplimiento de los deberes fiduciarios o cualquier conducta similar. Desde la perspectiva de la legislación española, podría entenderse que a los abogados se les está solicitando que se conviertan en jueces del comportamiento de los administradores o de cualquier otro directivo o empleado de la sociedad. Si ya es difícil esa función en relación con los deberes legalmente establecidos para los administradores (los de lealtad, fidelidad y diligencia que contemplan los arts. 127 y ss. LSA), lo es aún en mayor medida con respecto a otros sujetos cuyos deberes fiduciarios hacia la sociedad tienen un tratamiento jurídico más impreciso.

La denuncia debe de dirigirse bien al Jefe del Departamento Jurídico o al primer ejecutivo de la sociedad. Se dice en la Sección 307 (2) que si dicha denuncia no

merece una respuesta apropiada de sus destinatarios iniciales, de nuevo el abogado denunciante tendrá que presentar ésta ante el Comité de Auditoría o ante cualquier otro Comité integrado exclusivamente por Consejeros independientes. Con ello, la situación se ve especialmente agravada desde la perspectiva del abogado denunciante, puesto que tiene que reiterar su denuncia ante la cúspide jerárquica de la sociedad (pues el Comité de Auditoría o cualquier otra Comisión son órganos integrados en la suprema gestión de la sociedad) y además hacerlo en muchos casos no ante la simple pasividad del Secretario del Consejo, del Consejero delegado o de cualquier ejecutivo a quien ya informó de su denuncia, sino en una situación de abierto enfrentamiento con éste. Es decir, que cabe que la denuncia inicial haya dado lugar a un informe del Consejero delegado o del Secretario del Consejo ante el propio Comité de Auditoría u órgano similar, sosteniendo una opinión radicalmente contraria a la del denunciante.

De la anterior descripción se deduce la importancia y gravedad que tiene para la vida corporativa el desarrollo por un abogado del deber de denuncia que requiere la Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley. Dicho precepto ha sido analizado como una de las expresiones más nítidas de la orientación que caracteriza la citada Ley, que antes que una norma que trata con especial rigor a los administradores, lo que persigue es un mecanismo de control de los consejeros ejecutivos³². De ahí que, desde la perspectiva española pueda pensarse, con razón, que lo que se pretende es poco menos que un comportamiento heroico, e incluso suicida, del abogado, sobre todo si es un abogado que trabaja dentro de la sociedad y que pensará que proceder en la forma contemplada en aquella regulación puede costarle su puesto de trabajo. Precisamente para disipar ese temor, la Sección 806 de la Ley Sarbanes-Oxley se ha ocupado de prohibir cualquier tipo de repercusión contra los empleados que hubieren llevado a cabo una denuncia como la que a los abogados solicita la Sección 307³³.

³² V. las consideraciones que dedican BAINBRIDGE/JOHNSON, "Managerialism, Legal Ethics", cit., p. 9 y ss. a "The Antimanagementism of Sarbanes Oxley".

³³ La ejecución de la medida, de tutela de los *corporate whistleblowers* se encomendó al Departamento de Trabajo. Informaciones recientes han puesto de manifiesto la dificultad en la obtención de ese amparo (que se concedió en 17 casos, de entre 1273 solicitudes). La mayor parte de las 841 denegaciones explícitas se basan en el principal olvido de la Ley, que fue ampliar esa

Cumpliendo el mandato normativo, la SEC aprobó a principios del año 2003 una regulación titulada *Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys*³⁴. Se trata de una minuciosa normativa que, sin duda, va a resultar de interés en aquellos ordenamientos y mercados en los que, de alguna manera (mediante normas imperativas o dentro de las recomendaciones de buen gobierno), se introduzcan similares obligaciones a cargo de los abogados.

V. ¿DE QUÉ ABOGADOS HABLAMOS? (I) LOS ABOGADOS INTERNOS Y, EN PARTICULAR, EL SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

1. La especialización de los abogados internos.

En las sociedades cotizadas, la presencia de abogados puede ofrecer perfiles variados en lo que nos interesa, puesto que a la existencia de un departamento jurídico formado por los abogados internos, se suma la frecuente contratación de bufetes, bien para un asesoramiento continuado, bien para una actuación esporádica vinculada con determinadas operaciones de relativa complejidad y alcance (v.gr. OPV, OPA, emisión de valores, fusiones, transmisiones intragrupo, etc.). Nos ocuparemos en primer lugar de los abogados internos, esto es, de aquellos que en virtud de una relación orgánica o laboral, tienen en el asesoramiento jurídico hacia la sociedad su actividad habitual y, con frecuencia, exclusiva.

protección normativa a los trabajadores pertenecientes a filiales: v. LEVITZ, J., "Whistleblowers Are Left Dangling", en www.wsj.com. También son expresivas del balance que deja la aplicación de la Ley Sarbanes-Oxley las investigaciones de MOBERLY, R., "Unfulfilled Expectations: An Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win", en *William & Mary Law Review*, vol. 49 (2007), p. 65 y en www.ssrn.com; v., también su posterior artículo "Protecting Whistleblowers by Contract", disponible en www.ssrn.com.

Otras informaciones recientes permiten constatar la existencia de diferencias importantes en cuanto a la interpretación del alcance de la citada Ley: v. LEVITZ, J., "Senators Protest Whistleblowers Policy", en www.wsj.com, donde refiere la carta de protesta de dos Senadores frente a la interpretación restrictiva de la norma que viene realizando el Departamento de Trabajo.

³⁴ Puede consultarse a través de la página web www.sec.gov.

A partir de la mayor dimensión que suelen tener las sociedades cotizadas, nos encontramos con que el número de abogados internos es mayor que en cualquier otra sociedad. No se trata sólo de una consecuencia directa del mayor tamaño, sino también de la necesidad de que el departamento jurídico esté en disposición de hacer frente a los requerimientos que derivan de las legislaciones especiales que resultan de aplicación a su empresa (comunicaciones, energía, crédito), sea por razones sectoriales, o como resultado directo de la condición *pública* de la sociedad, esto es, de la obligatoria consideración de la legislación del mercado de valores. Basta con atender a la experiencia española vivida desde la aprobación de la Ley del Mercado de Valores de 1988 para advertir el grado de desarrollo que aquella legislación puede alcanzar, de la que no cabe duda que puede afirmarse que es un ejemplo de auténtica y caótica motorización legislativa³⁵, en la que de manera indiscutible destaca la exigencia de hacer posible el “*cumplimiento*” de esa normativa. De esa afirmación participan, en lugar destacado, el régimen del buen gobierno y el de la información financiera que debe hacerse llegar a los mercados. Pues bien, esos abogados internos mantienen normalmente con la empresa una doble relación: la laboral (ya sea en el marco general del contrato de trabajo o en algunos casos a través del régimen especial de la alta dirección) y la profesional³⁶. Su trabajo consiste en la prestación de un servicio profesional: el asesoramiento jurídico, entendido como la dirección y orientación de la actividad de la sociedad, en juicio o fuera de él (v. art. 6 del Estatuto de la Abogacía³⁷). En España existe un reconocimiento expreso del abogado de empresa como una forma de ejercicio individual de la profesión (art. 27.3 y 4 del Estatuto de la Abogacía³⁸), con el consiguiente sometimiento de tal abogado a las

³⁵ Sobre los mercados de valores españoles (y las sociedades que en ellos participan) no sólo se proyectan muchas normas, sino además normas en permanente crisis. No es éste el lugar para profundizar en ese grave problema, pero sí para denunciar la frecuencia de las periódicas reformas de la LMV (que es cierto que, en la mayoría de las ocasiones se limita a la transposición de normas europeas), que la conducen a una notoria hipertrofia.

³⁶ Los “*dos sombreros*” de los que habla MULLERAT, La Ley, nº 1 (2007), p. 1793 y ss.

³⁷ El Estatuto general de la Abogacía Española se aprobó por medio del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

³⁸ Disponen los apartados indicados: “3. *El ejercicio de la abogacía por cuenta ajena en régimen de especial colaboración habrá de pactarse expresamente por escrito, fijando las condiciones, duración, alcance y régimen económico de la colaboración.*”

normas legales y corporativas que rigen tal actividad profesional.

2. El Secretario (y el Letrado Asesor) del Consejo de Administración.

Dentro de las sociedades cotizadas y en la cima de sus abogados internos suele ocupar una posición singular el Secretario del Consejo de Administración. Al contemplar la posibilidad de que el Secretario actúe como un cancerbero o un delator debemos partir de dos consideraciones generales sobre esa figura. La primera es jurídica y sirve para recordar que estamos ante un cargo en el Consejo que carece de un adecuado tratamiento legal³⁹. Esto es especialmente claro en las sociedades cotizadas. Mientras que la Ley contempla al Secretario con una misión limitada a la documentación de los acuerdos sociales, las recomendaciones en materia de gobierno corporativo parten, con un criterio acertado por su realismo, de atribuir al Secretario una función de mayor alcance en el seno del Consejo y en relación con la marcha de la sociedad. Una segunda consideración es práctica y enlaza con la anterior: la posición del Secretario en el Consejo cobra una importancia creciente, lo que subraya la deficiencia regulatoria⁴⁰.

En la mayoría de los casos, a ese cargo vinculado con el funcionamiento del Consejo de Administración y al que se le atribuyen por la legislación societaria funciones esencialmente formales como son la llevanza del libro de actas (art. 142 de la Ley de Sociedades Anónimas -LSA-), la certificación de los acuerdos de la junta y del Consejo (arts. 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil -RRM-), y el impulso a la

4. La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad”.

³⁹ V. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor (2007), p. 597, donde recoge la Resolución DGRN de 19 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9122) que se manifiesta en tal sentido.

⁴⁰ Es una importancia en la mejor organización del Consejo. Cuestión distinta es que ese reconocimiento coincide con que en no pocos casos, el Secretario ha visto subrayada su posición como asesor legal, en detrimento de otras competencias que antaño detentaba, pero que no precisamente se han ido asignando a directivos con responsabilidad especial sobre esa área: al respecto, v. la descripción que hace SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F., *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, Madrid (1996), pp. 264-265.

elevación pública de unos mismos acuerdos se suma la de ser y actuar como Letrado asesor del mismo Consejo⁴¹, lo que se traduce en la encomienda legal de velar por la adecuación al ordenamiento de las deliberaciones y acuerdos del órgano de administración. Como acabo de señalar, no faltan casos en los que la figura del Secretario y la del Letrado-Asesor están repartidas entre dos personas. Distinguir entre esa situación y la coincidencia de esa doble condición nos obligaría a permanentes matizaciones de las que debe prescindirse, no tanto por la prevalencia de la segunda de las situaciones, como por la general validez de muchas de las consideraciones para una y otra hipótesis.

La ya lejana y vigente Ley 39/75, de 31 de octubre de 1975⁴², que impuso la presencia de un abogado en los órganos de administración de sociedades de cierta dimensión, definía la función del Letrado-Asesor como la consistente en “*asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración, y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista*” (art. 1.3). A ello se sumaba la exigencia de dejar constancia de esa intervención en la documentación social⁴³ y, también, un mandato a los jueces y partes en procesos de responsabilidad de administradores para que “*el incumplimiento de lo establecido en la presente Ley ... (fuera) objeto de expresa valoración*” (art. 1.4). Con ello se destacaba la importancia que tenía el control de legalidad de los acuerdos del Consejo, que es la misma función que, desde un primer momento, se destacó como esencial en el movimiento español hacia un mejor gobierno corporativo, en el que se reclamaba especialmente su independencia⁴⁴, probablemente a partir de la frecuente

⁴¹ Es de especial interés a este respecto la exposición de SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, p. 263 y ss.

⁴² La Ley indicada –completada por el R.D. 2288/1977, de 5 de agosto– sigue vigente, aún cuando alguna de sus disposiciones reclama una actualización.

⁴³ Lo que llevaba a exigir que se hiciera constar en las certificaciones de los acuerdos correspondientes (art. 1.4 de la Ley 39/1975 y el art. 3 del R.D. 2288/1977), si bien este mandato legal fue derogado por la Ley 19/1989, a pesar de lo cual es habitual que se mantenga esa mención en la práctica societaria.

⁴⁴ El Informe de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (*El gobierno de las sociedades*, Febrero 1998, 67 pp.), conocido como “Código Olivencia”, en su Recomendación 6 aconsejaba: “*Que se dote de mayor relevancia a la*

evidencia que reflejaba una estrecha relación de confianza, antes que con el órgano de administración, entre el Secretario y su Presidente, como se observa a partir de la habitual sustitución del Secretario como directa consecuencia del cambio de Presidente o primer ejecutivo.

En todo caso, la habitual coincidencia en una misma persona de su condición de Secretario y Letrado Asesor del Consejo implica un plus de relevancia y, por consiguiente, de responsabilidad. En especial si, además y por último, el Secretario suma a las funciones enunciadas la jefatura del departamento jurídico de la sociedad. A su vez, su autoridad resulta aún más destacada en los grupos de sociedades de organización jerárquica en donde el Secretario del Consejo de la dominante tiene un poder de dirección y coordinación sobre sus homónimos en las sociedades filiales. Un poder que resulta necesario no sólo desde el elemental principio de coordinación del grupo y de la dirección de su departamento jurídico, sino también con vistas a la información consolidada y a su transmisión al mercado. Bajo esos perfiles, la figura del Secretario se aproxima a la del *chief o general counsel* de las sociedades americanas. El término *general counsel* acierta al convertir a ese abogado en el responsable de toda cuestión con relevancia jurídica planteada en el marco de la actividad de la sociedad.

Otra consideración merece que quien es Secretario y Letrado Asesor del Consejo, al tiempo que responsable de la Asesoría Jurídica, sea consejero⁴⁵. A la hora de evaluar su actuación en el Consejo no puede ignorarse esa acumulación de condiciones, si bien el tratamiento de su régimen no puede tratar de confundir las disposiciones que regulan su estatuto de consejero y las que condicionan su actuación profesional. El caso más evidente es el de la responsabilidad. Una cosa será la que pueda ser exigida

figura del Secretario del Consejo, reforzando su independencia y estabilidad y destacando su función de velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del Consejo”.

⁴⁵ No es una hipótesis desdeñable: v. CNMV, *Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX-35 del ejercicio 2007*, disponible en www.cnmv.es, p. 26, que evidencia su actualidad: “Los Secretarios de los Consejos de 9 compañías -25,7% del IBEX_ tienen la condición de administrador, uno de ellos ha sido clasificado en la tipología de otros externos y los ocho restantes como ejecutivos”.

conforme al art. 133 LSA, y otra la responsabilidad contemplada en la legislación aplicable a cualquier intervención profesional de un Abogado. Separación que, desde un punto de vista general, no puede verse de forma absoluta. Esa acumulación de cargos es un factor de mayor responsabilidad, en particular a partir de la razonable presunción de que la persona en cuestión ha dispuesto de una especial información sobre la actividad de la sociedad, pues a su condición de consejero ejecutivo, se suma su función de asesoramiento del Consejo, condiciones ambas que legitiman para un conocimiento más que suficiente de los asuntos tratados y del alcance y consecuencias de los acuerdos a adoptar. En esas circunstancias, el Secretario-Consejero no sólo habrá participado en la adopción del acuerdo, sino que habrá colaborado en su participación y presentación al Consejo.

Ahora bien, si dejamos a un lado la posibilidad de que el Secretario y Letrado del Consejo sea consejero, el análisis de su posición reclama volver a lo fundamental. Esa persona se relaciona con la sociedad como abogado, formando parte de esa relación las características definitorias de la misma. La naturaleza jurídica de esa relación profesional viene siendo largamente discutida –si bien es mayoritaria la posición que la define como un arrendamiento de servicios-, pero no lo es, en especial, que comporta a cargo del Letrado un especial deber de fidelidad⁴⁶. A pesar de que ese deber suele destacarse de manera unánime, no son pocos los aspectos relativos a su alcance y exigibilidad que no aparecen tan claros, como posteriormente expondremos.

La exigencia de una especial fidelidad en la conducta del Secretario y Letrado Asesor

⁴⁶ Al respecto, entre una escasa jurisprudencia, v. la STS de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998,1651), que ha sido confirmada por la posterior STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007,3881). De la primera interesa destacar su construcción del deber de fidelidad: “El deber de fidelidad tiene su base en el Código Civil, artículo 1258, y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal «intuitu personae»; en el caso del Abogado, la tiene en los artículos 43 y 55 del mencionado estatuto.

Incurso en el deber de fidelidad se hallan, en relación con el contrato con Abogado en el caso de autos, primero, el deber de información adecuada durante la vigencia de la relación contractual y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción y, segundo, el deber de adecuada custodia de todos los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente”.

no varía allí donde nos encontremos con la existencia de una relación laboral⁴⁷. Ésta no empece la consideración de que estamos ante un cargo de especial confianza⁴⁸, frente a quien la exigencia de buena fe encuentra un sólido apoyo en el art. 54, 2,d) del Estatuto de los Trabajadores, que consagra como causa de despido la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. La jurisdicción social ofrece algunos ejemplos significativos de una orientación especialmente rigurosa a la hora de analizar el cumplimiento del deber de buena fe por el abogado de una empresa⁴⁹. A consideraciones similares llegaremos si esa relación laboral se hubiere canalizado a través del régimen de la denominada Alta Dirección, pues es conocido que en ésta la confianza y buena fe entre la empresa y el directivo (el Secretario y Letrado Asesor en este caso) constituyen el fundamento de su regulación⁵⁰.

⁴⁷ La compatibilidad de la intervención profesional que implica ese cargo y el establecimiento de una relación “*mediante contrato laboral*” está expresamente recogida por el art. 3 de la Ley 39/1975.

⁴⁸ V. SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, pp. 270-271, donde desarrolla esta característica.

⁴⁹ V. la STS (Social) de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989,7274) que declaró procedente el despido del Jefe de la Asesoría Jurídica a partir de irregularidades en la gestión y cobro a morosos y la STSJ Cataluña (Social-Sección 1ª) de 25 de enero de 2008, especialmente severa con la abogada que – vinculada laboralmente con una empresa para la llevanza de procedimientos judiciales y administrativos–, presentó jura de cuentas contra ésta reclamando honorarios profesionales, a pesar de que ya se le había negado repetidamente el derecho a percibir las costas, por corresponder éstas no a la Letrada, sino a la empresa.

Se dice en la Sentencia: “*El importante abuso de confianza que esto supone en quien ostenta la condición de abogada laboralmente contratada por la empresa justifica sobradamente la sanción de despido, pues al trabajador que ocupa un cargo de esta naturaleza le es exigible un comportamiento absolutamente leal y especialmente diligente en las relaciones con su empresario*”

A quien presta servicios para una empresa como abogado contratado laboralmente por la misma le es exigible un singular y especial respeto a las reglas de la buena fe, cuando se trata de cuestiones relacionados con los pleitos y litigios de su empleadora de los que se encarga por razón de su oficio, no pudiendo actuar en este ámbito de mala fe y con deslealtad hacia quien es su empleadora, aprovechando su condición de abogada y utilizando contra ella un mecanismo de reclamación ordenado a una situación bien distinta a la que se produce en la relación jurídica que la vincula con la empresa, como conscientemente conoce. Las circunstancias concurrentes en el caso de autos y el hecho de que la trabajadora haya querido utilizar contra su propia empresa ese privilegio procesal, supone una gravísima quiebra de confianza del empleador en quien ha sido contratada como su abogado, que justifica sobradamente la sanción de despido”.

⁵⁰ Dispone el art. 2 del Real Decreto 1382/1985, que regula esa relación especial, bajo la rúbrica “Fundamento” que “*La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe*”.

3. El buen gobierno societario y el Secretario del Consejo.

El avance del movimiento del gobierno corporativo en España ha afectado a la figura del Secretario del Consejo⁵¹. Así, en el CUBG, su Recomendación 17 desarrolla el contenido del control de legalidad de los acuerdos del Consejo que compete al Secretario, de manera que se amplían las referencias de necesaria consideración (junto a la Ley y los estatutos, aparecen los reglamentos internos de la propia sociedad y las recomendaciones en materia de buen gobierno) y se precisa el alcance de dicho control, puesto que al Secretario se encomienda velar porque las actuaciones del Consejo “*se ajusten a la letra y al espíritu*” de las leyes y de las demás reglas de referencia aconsejable.

Además, asistimos a una profundización en las condiciones personales y profesionales del Secretario⁵². No basta con que éste cumpla, en función de su cualificación o experiencia, con la condición de profesionalidad, sino que se quiere salvaguardar su independencia y su imparcialidad. Esto significa que al ser nombrado, el Secretario debería de ser una persona sin vinculaciones con otros Consejeros o accionistas que determinen una falta de autonomía en el ejercicio del cargo. Como luego detallaré, el reforzamiento de la independencia del Secretario del Consejo es una de las orientaciones más nítidas dentro del CUBG⁵³. Esa característica tendrá unos perfiles propios diversos de los que dan lugar a la independencia de determinados consejeros.

Precisamente por la importancia de su función en el órgano de administración de las

⁵¹ V. al respecto FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “*El Secretario del Consejo de Administración*” en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (coord. Esteban Velasco), Madrid (1999), p. 273 y ss. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, p. 810 y ss.

⁵² V. MATEU DE ROS, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Cizur-Menor (2007), p. 266 y ss.

⁵³ V. *Informe del Grupo*, p. 20: “*El Secretario juega un papel clave en el buen funcionamiento del Consejo. Debe facilitar el buen desarrollo de las sesiones del Consejo, ocupándose muy especialmente de prestar a los consejeros el asesoramiento y la información necesarios, de conservar la documentación, de dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y de dar fe de sus resoluciones. Esta función debe proyectarse no sólo en relación con la normativa externa e interna, sino también con las materias de buen gobierno.*”

grandes sociedades, existe una tendencia creciente a someter el nombramiento del Secretario del Consejo a especiales garantías que hagan efectivas las características que vimos que se requieren por las normas en materia de gobierno corporativo. El Secretario debe de ser una persona con competencia profesional y con independencia. Evaluar estas condiciones ha llevado a proponer que la contratación de un Secretario o su cese no sean, de facto, decisiones unipersonales (del Presidente o Consejero delegado) o limitadas a un grupo de Consejeros, sino que ambos acuerdos se adopten por el Consejo en pleno. De ahí que en el CUBG se establezca una expresa recomendación para que tanto el nombramiento como el cese del Secretario requieran un informe previo de la Comisión de Nombramientos del Consejo de Administración⁵⁴. Además, la imparcialidad supone que en su asesoramiento al Consejo y a sus componentes, el Secretario deberá de actuar con toda libertad de criterio y de manera neutral, sin alinearse con determinados bloques de Consejeros, al margen de que pueda estar integrado en alguno de ellos cuando al cargo de Secretario se suma la condición de consejero.

El reconocimiento de la figura del Secretario en el seno de las sociedades cotizadas se ha reflejado en otras previsiones referidas al ejercicio del cargo. En particular, al Secretario se le confía una explícita función de información a los consejeros, así como una implícita función de asesoramiento a los mismos. La primera función se delimita de una manera muy amplia por el CUBG, puesto que debe servir para atender el derecho (de diligente) información de cualquiera de los consejeros, “*sobre (cualquiera de los) asuntos de la competencia del Consejo*”⁵⁵. En esa competencia informativa, al Secretario se le sitúa además –a salvo de otra solución en los Estatutos y Reglamentos correspondientes- en una posición similar a la del Presidente y como alternativa a éste. Los consejeros pueden, a su elección, requerir la información que precisen a uno u otro. Si es al Secretario, ha de entenderse que éste debe atenderla conforme a su criterio independiente y que no precisa dar consentimiento o visto bueno del Presidente o de cualquier otro consejero.

⁵⁴ V. el párrafo final de la Recomendación 17 CUBG.

⁵⁵ V. Recomendación 22 CUBG.

Esa independencia de criterio es de singular relevancia cuando lo que recibe el Secretario es una solicitud de asesoramiento de alguno de los consejeros. Lo es porque se trata de una intervención que revela una especial confianza en el criterio del Secretario y porque implica una influencia indirecta y cualificada de ese criterio profesional en las decisiones del Consejo de Administración.

4. El Secretario del Consejo y la información societaria.

También es notable el protagonismo que el Secretario del Consejo puede adquirir en las sociedades cotizadas en relación con la información remitida a los mercados de valores. Lo es por la trascendencia que esa información cobra en la relación con los inversores y, por ello, por la repetida responsabilidad de quienes aparecen como sus responsables, allí donde su revisión pone de manifiesto que esa información no fue adecuada para permitir a los inversores y accionistas la formación de un criterio fundado sobre la situación de la sociedad y el curso de sus valores. Es obvio que en muchas ocasiones, la intervención del Secretario tendrá un carácter estrictamente formal: se limitará a trasladar los documentos que recogen lo acordado por el Consejo o lo aprobado por determinados órganos de la sociedad, sin haber tenido participación alguna en su elaboración.

Esta tarea tiene en la legislación y en la organización de la sociedad otros responsables, y no debe confundirse el control de la legalidad de su elaboración y presentación con la autoría de esa información. Ésta suele ser encomendada a directivos y departamentos específicos (v.gr., el Director Financiero y sus subordinados, auditoría interna, etc.), al tiempo que existe una explícita atribución de responsabilidad a la sociedad emisora y a sus administradores por los daños derivados de una información periódica deficiente (v. art. 35 ter LMV)⁵⁶.

⁵⁶ V., en relación con la presentación del Informe financiero anual y del Informe financiero semestral, los arts. 10 y 17 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, que desarrolla la LMV *“en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea”*.

En otras ocasiones, sin embargo, del Secretario del Consejo se va a reclamar un pronunciamiento expreso sobre la corrección de los informes remitidos. El ejemplo típico y significativo nos lo ofrece la traducción del principio de cumplir o explicar, que constituye una de las reglas fundamentales en el gobierno corporativo. En nuestro ordenamiento, este principio se ha acogido en el art. 116.4 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), que determina como un contenido mínimo del informe de gobierno corporativo de toda sociedad cotizada, la declaración sobre el grado de seguimiento de las recomendaciones en esa materia o, en el caso de que éstas no se aplicaran, la explicación de tal opción. Dada la función legal y la posición del Secretario en el Consejo que elabora dicho informe, tales declaraciones implican una responsabilidad directa de aquél.

La posición del Secretario en relación con la actividad del Consejo y con la información societaria, en especial la que es relevante desde el punto de vista de la contabilidad y de su verificación por los auditores internos y externos de la compañía, cobra además una mayor trascendencia en aquellos supuestos, de nuevo frecuentes en las sociedades cotizadas españolas, en los que el Secretario del Consejo lo es también de sus Comisiones y, en especial, de la Comisión o Comité de Auditoría. La proliferación de crisis empresariales derivadas de una mala información financiera llevó a implantar con carácter obligatorio en toda sociedad cotizada un Comité de Auditoría, que entre otras funciones, tiene las de conocer el proceso de información financiera de la sociedad y supervisar los servicios de auditoría interna y el desarrollo de la verificación contable por los auditores externos. Lo que aquí interesa destacar es la posición en la que se encuentra el Secretario de ese Comité de Auditoría a la hora de tener acceso a cuestiones directamente vinculadas con posibles irregularidades contables. Es una posición que cobra aún mayor relevancia si tomamos en cuenta que es esa Comisión la que, conforme a la Recomendación 49 del CUBG, debe servir para canalizar eventuales denuncias sobre irregularidades financieras y contables⁵⁷.

⁵⁷ V. SASTRE CORCHADO, G.J., "Sistemas de denuncia y mercado de valores", en AA.VV., *Derecho de la empresa y protección de datos*, cit., pp. 86-87, quien recuerda que esa previsión tenía su origen en

5. Quién es el cliente del Secretario

Así pues, el perfil del Secretario del Consejo en las sociedades cotizadas nos sitúa ante un cargo cuyo régimen legal pone de manifiesto una especial y creciente complejidad. De un lado, suele ser una persona que desde su posición privilegiada en el Consejo de Administración y en sus Comisiones accede a una información especialmente importante, que en no pocas ocasiones tendrá un carácter reservado. Se trata de una persona que, con frecuencia, suele estar integrada en la alta dirección de la sociedad, sobre todo cuando también se le atribuye la jefatura del Departamento Jurídico de la sociedad. Es decir, que además de participar en la gestión diaria, puede estar al tanto de proyectos y actuaciones vinculados con la estrategia corporativa. Pues bien, a ese directivo que ocupa una posición privilegiada es al que se le demanda de manera expresa por algunos ordenamientos, así como en algunas reglas *voluntarias* de buen gobierno que sea quien evite conductas irregulares de la sociedad, de sus administradores o directivos o de sus accionistas, o que denuncie a los responsables de las mismas a cambio de determinados beneficios. ¿Es razonable esta petición? Algunas opiniones apuntan que, en el caso de las sociedades cotizadas, reclamar ese comportamiento es congruente con la vigencia de intereses generales que alcanzan a la conducta de los Abogados de la Sociedad, incluido el Secretario. Los “clientes” merecedores de una diligente actividad profesional frente a situaciones irregulares serían los mercados e inversores. Opinión que, desde la perspectiva del ordenamiento español, no nos parece convincente.

La posición del Secretario está orientada a un adecuado asesoramiento jurídico del Consejo, de sus órganos delegados y de sus Comités, allí donde el Secretario está presente. Es un asesoramiento muy amplio desde el punto de vista objetivo, en coincidencia con la competencia del propio órgano. Al Secretario compete asesorar sobre cualquier hecho que entre dentro de ese ámbito de competencia, con

la Recomendación europea de 15 de febrero de 2005, sobre consejeros independientes y comisiones de supervisión y control.

independencia que se plantee la adopción de un acuerdo o no. Es un asesoramiento instrumental, que persigue el buen funcionamiento del Consejo.

Lo anterior no supone, sin embargo, que el acreedor de esa correcta actuación no es el Consejo. El Secretario y Letrado Asesor no actúa en una relación profesional hacia ese órgano o hacia sus componentes, sino que su actuación debe analizarse desde la perspectiva de la adecuada y mejor defensa de la sociedad. La fidelidad que le es exigible no pasa por la sumisión del criterio del Secretario a las instrucciones o posiciones de los consejeros ejecutivos o del Presidente, de forma que deba optar por no expresar su discrepancia ante operaciones o acuerdos cuestionables. Lo que procede es expresar la disconformidad al respecto y hacerlo de una manera que resulte efectiva para ser conocida y valorada, como paso previo a una posible corrección de esas operaciones. Esta tendencia es manifiesta en las normas de gobierno corporativo. En defensa de la Sociedad, se potencian los poderes del Secretario del Consejo, si bien con ello lo que se percibe es una modificación sustancial de ese cargo. De ser un órgano de funciones limitadas, pasa a dibujarse como un puesto al que compete una actuación cada vez más afín a la de un Consejero. El nexo de esa aproximación parece estar en tomar la tutela de la Sociedad como la referencia de un correcto proceder.

VI. ¿COMPETE LA DEFENSA DEL INTERÉS SOCIAL AL SECRETARIO?

1. El poder de intervención del Secretario

Uno de los “ordenamientos” que se han mostrado receptivos a consolidar la función especial del Secretario como un “gatekeeper” es el español. En concreto, nos encontramos con varias Recomendaciones dentro del CUBG que, sin suponer una traslación de las reglas que hemos comentado de la Ley Sarbanes-Oxley (y de las reglas europeas afines), sí denotan una clara influencia de aquellas. Esta se aprecia, en especial, en la imposición de una conducta expresa al Secretario del Consejo en relación con determinados aspectos de funcionamiento cuestionable del propio órgano de administración. Pero también en la atribución al cargo de Secretario de

expresas facultades de control. En ambas medidas se produce una aproximación del estatuto del Secretario del Consejo en las sociedades cotizadas a la posición de los consejeros.

En primer lugar, la Recomendación 21 del CUBG reconoce a favor del Secretario un poder de intervención en la marcha del Consejo, pues se le autoriza para expresar –en plano de igualdad con los consejeros- preocupaciones sobre alguna propuesta de acuerdo y se solicita que, de no ser resuelta esa preocupación, se deje constancia en el acta de la reunión “*a petición de quien las hubiera manifestado*”. Esa legitimación puede ser vista como algo plenamente coherente con la función del Secretario de control de la legalidad, si se entiende que sus preocupaciones sólo se atenderán a ese aspecto de los acuerdos que se propongan. En el funcionamiento normal del Consejo, raro será que se llegue a esa situación, puesto que normalmente esa labor de control la suele hacer el Secretario con carácter previo, en el marco de la preparación de la reunión y en colaboración con los ejecutivos que impulsan las distintas propuestas. Estaremos, por el contrario, ante una situación diversa si se reconoce al Secretario una facultad de intervenir para expresar su preocupación sobre otros aspectos de la propuesta que excedan los referidos a la revisión de su legalidad. La Recomendación mencionada parece contraria a ese reconocimiento, al excluir al Secretario de la expresión de preocupaciones sobre la “*marcha de la compañía*”, que compete a los consejeros. Pero esa diferenciación puede no ser efectiva.

La valoración de una propuesta de acuerdo puede hacerse invocando reglas precisas aplicables a una determinada operación o recurriendo a conceptos legales de contenido amplio, que permiten discutir cualquier propuesta en conexión, por ejemplo, con los deberes de los consejeros o la tutela del interés social. Son conceptos normativos, pero afectan a la totalidad de la gestión de la sociedad, de manera que su invocación puede servir en la práctica, para argumentar preocupaciones en relación con cualquier asunto que llegue a la mesa del Consejo o de sus Comisiones. Lo que convertiría al Secretario en un actor más, que si bien carecerá del derecho de voto, puede tomar la palabra y cuestionar cualquier decisión. Esta situación no debe admitirse, por su incompatibilidad con la naturaleza del cargo

de Secretario. Su intervención puede adoptar un tono crítico, pero siempre en conexión con el estricto control de la regular adopción de acuerdos y la legalidad de su contenido. No compete al Secretario controlar la gestión de la sociedad fuera de ese criterio.

Esa facultad reconocida al Secretario culmina en la plasmación en el acta de la preocupación no resuelta, cuya constancia se producirá a petición de quien la hubiere manifestado. Esta previsión, acertada con respecto a los Consejeros, no deja de situar al Secretario en un terreno incierto, puesto que nos encontramos con que quien expresa sus preocupaciones sobre una determinada propuesta, es al mismo tiempo quien redacta el acta de la reunión y se convierte en responsable de documentar su propia intervención crítica y las demás que la suya hubiere provocado (art. 142 LSA y art. 97.1, 5º RRM). En situaciones especialmente conflictivas entre el criterio expresado por el Secretario y el de otros consejeros, la redacción del acta por el primero para dejar constancia de su cuita no resuelta requiere de una esencial objetividad. Ahora bien, esas dificultades no deben llevar a desconocer la relevancia que la formalización de esa objeción expresada del Secretario y que éste entiende no resuelta puede tener para el buen funcionamiento de la sociedad. La precisión de que quede en el acta testimonio de esa discusión llevará al Consejo a analizar la propuesta con especial cuidado.

2. La dimisión como alerta

Por otro lado, la segunda asimilación entre el régimen de los Consejeros y el del Secretario la encontramos en la Recomendación 33 del CUBG, de la que se dice que, aun estando dirigida a los Consejeros, *“alcanza también al Secretario del Consejo, aunque no tenga la condición de Consejero”*. El CUBG pretende dentro de esa Recomendación que la discrepancia dentro del citado órgano no sólo cobre carta de normalidad, sino que además sirva para mejorar el funcionamiento del Consejo y, finalmente, pueda trascender los límites del órgano. Al Consejero y al Secretario discrepantes, se les invita a razonar su posición y a dimitir del cargo. Se dice que al Secretario del Consejo se le incluye en esta Recomendación como forma de reforzar

su posición, es decir, de hacer más intensas las características de independencia e imparcialidad, facilitando el desarrollo de su función de control.

La equiparación dentro de esa Recomendación del Secretario con los consejeros se corresponde con una intención elogiada y constituye una de las expresiones de la relevancia que el CUBG atribuye al cargo⁵⁸, pero invita a hacer algunos reparos dada la diferente posición jurídica de uno y otros, a salvo de la posible coincidencia en el Secretario del *status* de consejero. Lo que el CUBG persigue, al igual que sucede con la motivación fundamental de la Ley Sarbanes-Oxley, es establecer mecanismos internos de corrección o alerta ante situaciones irregulares. Frente a la probada resistencia de los Consejos a abandonar un comportamiento monolítico y renuente a las discrepancias, origen de que algunas situaciones terminen dilucidándose en la "plaza pública" (entendiendo por tales los mercados de valores y, posteriormente, los Juzgados y Tribunales) se quiere incentivar la autonomía de criterio de cada consejero y asegurar que las discrepancias se exponen en el seno del propio Consejo. Si el resultado de la discusión es un acuerdo que, en opinión del discrepante, resulta contrario al interés social, aparece como solución recomendable la dimisión, cuya relevancia se incrementa al recomendarse una formalización escrita y su posterior publicación. La dimisión se convierte así en una singular señal de alarma, en un genuino acto de "whistleblowing", aún cuando no se corresponda exactamente con la forma de denuncia existente en la legislación americana. La eficacia de esa dimisión como llamada de atención sobre una cuestión problemática en el seno del Consejo, se refuerza ante la obligatoria notificación de la misma como hecho relevante y al publicarse el Informe de Gobierno Corporativo, que debe explicar las razones si éstas no se hubieran difundido con anterioridad.

La dimisión actúa como una suerte de denuncia indirecta: puede que no precise *qué* es lo que va mal, pero sí alerta de que *algo* va mal. Pero su fundamento en el Código Unificado es el que conduce a los reparos que merece el tratamiento homogéneo de los consejeros y del Secretario. Me refiero a que tal actuación discrepante y, en su

⁵⁸ V. MATEU DE ROS, *El Código Unificado*, p. 316.

caso, la posterior dimisión, tienen la defensa del interés social como motivación. Siendo incuestionable que la defensa del interés social es uno de los deberes exigibles a todo consejero, no lo es menos que su desempeño no pasa siempre por consideraciones estrictamente jurídicas y que la propia definición de lo que constituye el interés de la sociedad ante determinada situación, puede dar lugar no sólo a opiniones diversas, sino abiertamente contradictorias entre los consejeros, siendo todas ellas al tiempo legítimas. Esto pone de manifiesto que al someter al Secretario del Consejo a la conducta prevista en las Recomendaciones 36 y 37 CUBG, se está reclamando de éste que actúe bajo un criterio rector de obligada atención para los consejeros y que, además, lo haga a partir de consideraciones que, en muchas ocasiones, no guardarán ninguna relación con el asesoramiento jurídico y el control de legalidad que constituyen su función característica dentro del Consejo. De ahí que entendamos que, reiterando el aprecio que merece la intención de fortalecer los mecanismos internos de control, la Recomendación 32 CUBG yerra al pretender del Secretario un comportamiento no sólo extraño, sino incluso incompatible con su función y estatuto, ambos singulares y ajenos a los que corresponden a los consejeros de la sociedad.

VII. ¿DE QUÉ ABOGADOS HABLAMOS? (II) ABOGADOS EXTERNOS

En las sociedades cotizadas, la presencia de asesores externos es una norma de funcionamiento. Bien como respaldo habitual a la actividad ordinaria de los administradores o de los abogados internos de una sociedad, o bien como consecuencia de operaciones de especial trascendencia o problemas en los que se reclama una opinión jurídica extraña a la sociedad, lo cierto es que muchas veces nos encontraremos con letrados que, en razón de su función de asesoramiento, tienen un especial conocimiento de determinados aspectos más o menos delicados de la administración social. Visto lo dicho en anteriores apartados, la cuestión siguiente se adivina con facilidad: ¿cabe exigir de estos abogados externos un comportamiento conforme con los criterios expresados en la Ley Sarbanes Oxley? La respuesta, bajo el ordenamiento español, debe ser negativa. Las razones se exponen a continuación pero convendrá anticipar que esa respuesta no obedece tanto a rechazar la exigencia

de un determinado deber a los abogados externos, como a la incompatibilidad entre esa conducta y la naturaleza de la relación que les vincula con la sociedad/cliente.

La naturaleza de la relación jurídica es la de un arrendamiento de servicios, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial⁵⁹. En esa relación, la prestación debida es la del asesoramiento jurídico, es decir, una prestación de medios en la que conforme a la *lex artis* corresponde al abogado (o a la organización colectiva a través de la que se despliega esa actividad) desplegar una actividad leal y diligente con respecto a los intereses del cliente. Su actuación debe enmarcarse en la legalidad, esto es, la que afecta a los actos de la sociedad y la que, conforme al ordenamiento, cabe exigir a un letrado en el desarrollo de esa relación. No compete al abogado condicionar su prestación a cuestiones que fuera del criterio de legalidad, tomen en consideración los intereses de terceros, incluidos determinados intereses generales.

VIII. SECRETO PROFESIONAL.

A la hora de evaluar la conducta que se requiere de los Abogados vinculados con sociedades cotizadas en orden a la denuncia de conductas que pudieran constituir irregularidades contables o financieras, conviene no perder de vista la repetida definición de la relación entre ambos como de carácter profesional, es decir, aquella en la que siguen en plena vigencia las características propias de toda vinculación entre un abogado y su cliente. Dicho de una manera directa, lo que se plantea es la compatibilidad de aquel deber de denuncia con el deber de secreto que preside aquella relación.

El deber de secreto del abogado tiene un acogimiento legislativo contundente en nuestro ordenamiento. Lo es, en primer lugar, por el asiento normativo que lo reconoce y por los términos que tal reconocimiento merece. Me refiero a la imposición de ese deber de guardar secreto que impone el art. 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Un deber que no se limita a la actuación que el abogado

⁵⁹ V. SSTS de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2007,8429) y de 31 de octubre de 2008 (JUR 2008,358734), entre las más recientes.

pueda desarrollar ante los juzgados o tribunales, sino que se formula con especial amplitud objetiva: alcanza a *“todos los hechos o noticias de que (los abogados) conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”*. En el más preciso ámbito del procedimiento penal, conviene recordar que mantienen su vigencia normas destinadas a hacer efectivo el respeto de ese deber, por medio de las singulares dispensas que establecen los arts. 263 y 416, 2º LECrim (de denunciar hechos delictivos conocidos por razón de la actividad profesional y de declarar respecto de hechos confiados por el cliente), que convierten en contrario a Derecho el testimonio del abogado en contra de su cliente⁶⁰, que declaró inválidas todas las pruebas derivadas de la infracción del deber de secreto de los acusados, que fueron absueltos.

Dentro de la visión restrictiva del secreto profesional del abogado nos encontramos con algunas decisiones jurisprudenciales de obligada mención. Así, la SAP de Baleares de 12 de junio de 2000⁶¹, debió de valorar la negativa de un abogado a responder a las preguntas que se le hacían como testigo en relación con la existencia de hechos interruptores de la prescripción de la acción de reclamación de cantidad formulada contra su cliente. El abogado declaró que estaba obligado a acogerse al secreto profesional, siendo su alegación rechazada por el Tribunal, que entre otros pronunciamientos señaló que *“en nuestro ordenamiento jurídico, la protección de éste (el secreto profesional) se circunscribe exclusivamente a aquello que pueda afectar a la intimidad y vida privada de las personas, pero no cuando se refiera a cualquier otro tipo de facetas y actividades, como por ejemplo las comerciales y económicas, y menos aún si, como ocurre en el presente caso, lo que se pretende ocultar son actuaciones realizadas por el profesional, no con el cliente, sino con terceros”*, así como que *“el recurso al secreto profesional en ningún caso puede conllevar la aplicación de un efecto jurídico que represente perjuicio para terceros”*.

⁶⁰ V.URBANO CASTRILLO, E., “La testifical del abogado como prueba ilícita”, AJA 501 (2002), p. 2 y ss., que comenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 12 de noviembre de 2002.

⁶¹ AC 2000\2473.

Tal argumentación judicial provoca una primera discrepancia sobre sus argumentos más ligeros. Así, una actuación de un abogado frente a terceros está amparada por el secreto si se hace no a título personal, sino en nombre del cliente. El secreto no se agota en la estricta relación bilateral. Donde cobra todo su significado es frente a terceros, a los que el abogado no puede transmitir lo que sabe sin consentimiento de su cliente. En segundo lugar, lo relevante de la eficacia del deber de secreto es su repercusión sobre los intereses del cliente. Se exige como parte del deber de fidelidad del abogado hacia aquél y de la tutela prioritaria de sus intereses. Lo que importa es que el secreto ampare al cliente, que su vulneración no le perjudique. Lo que ello implique para los intereses particulares de terceros es irrelevante en cuanto a la ponderación de ese deber y de su cumplimiento.

Pero, sin duda, lo que resulta especialmente errónea es la restricción objetiva del secreto. De acuerdo con el criterio acogido por la AP de Baleares en la decisión citada, éste despliega sus efectos y debe respetarse en el ámbito personal o familiar, pero no en las relaciones económicas. Tesis ésta que es cuestionable también desde el momento en que trata de fundamentar esa alegación en un Auto del Tribunal Constitucional de dudosa validez con respecto al deber de secreto del abogado. En efecto, nada tiene que ver el secreto exigible a cualquier abogado en su actuación profesional (en cualquier modalidad que adopte) y el que analizó el Tribunal Constitucional en el Auto 600/1989, en una cuestión relativa, en alguna medida, al secreto médico⁶².

IX. CONCLUSIÓN.

En el ordenamiento español, la posición que ocupan en el funcionamiento de una sociedad cotizada los abogados internos y externos no permite reclamar de éstos una

⁶² En el citado Auto 600/1989 (RTC 1989\600), el Tribunal Constitucional se ocupó de la demanda de amparo planteada por una antigua concesionaria de la gestión de un centro municipal de salud, que al ver extinguido y no renovado el contrato de gestión se negaba a facilitar los historiales clínicos a una Institución Municipal. Se afirmaba por la recurrente que con la entrega solicitada se vulneraban los arts. 18.1 y 20.1 de la Constitución, dado que la entrega de los expedientes implicaría una vulneración del derecho a la intimidad y del secreto médico.

actuación similar a la diseñada para los abogados de las sociedades norteamericanas por la Ley Sarbanes Oxley. Esta conclusión se fundamenta en la vigencia del secreto profesional y en las características particulares que presiden la actuación de los abogados vinculados con una sociedad cotizada, sea por una relación laboral, o por un contrato de arrendamiento de servicios. Admite algún matiz la delimitación de la figura del Secretario en las reglas de gobierno corporativo. Aunque se ha asimilado su régimen en algunos aspectos al de los consejeros, no puede ser visto el Secretario como una suerte de *whistleblower* de quien quepa esperar, más allá del control de legalidad de la actuación de los órganos de administración, una suerte de supervisión general de los actos de los administradores.