



Roj: **STSJ AS 758/2019 - ECLI: ES:TSJAS:2019:758**

Id Cendoj: **33044330012019100213**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2019**

Nº de Recurso: **43/2019**

Nº de Resolución: **192/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE RAMON CHAVES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00192/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION Nº 43/19

APELANTE: D^a Inmaculada

PROCURADOR: **CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA**

APELADO: **D. Cesareo (ADHERIDO)**

PROCURADOR: **D^a FLORENTINA GONZALEZ RUBIN**

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Antonio Robledo Peña

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. José Ramón Chaves García

En Oviedo, a dieciocho de marzo de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 43/19, interpuesto por el Consejo General de la Abogacía Española, representada por la Procuradora D^a Inmaculada , siendo parte apelada-adherida D. Cesareo , representado por la Procuradora D^a Florentina González Rubín. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ramón Chaves García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 105/18 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de los de Oviedo.



SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2018 . Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 14 de marzo pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Actuación impugnada*

1.1 Es objeto de recurso de apelación por el Consejo General de la Abogacía Española, la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 6 de Oviedo, con fecha 10 de diciembre de 2018 , por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Cesareo , contra la resolución de la Comisión de Recursos y Deontología del Consejo General de la Abogacía de 9 de febrero de 2018, que confirmó la resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Oviedo de 20 de septiembre de 2017, por la que se impuso al recurrente la sanción de suspensión de un mes del ejercicio profesional, anulando la misma únicamente en cuanto a la gravedad de la infracción que ha de ser leve en lugar de grave.

1.2 Por el Consejo General de la Abogacía Española se considera que la divulgación de las comunicaciones entre abogados, que tutela el art. 5 del Código Deontológico , asegura la confianza y confidencialidad entre cliente y abogado y ampara el derecho a la intimidad y a no declarar en su contra, imponiendo al abogado el derecho y deber de guardar secreto. Se alertó que si se saldase como falta leve, frecuentemente el abogado limitará o restringirá las comunicaciones con su colega por la duda de que salgan a la luz, pese a que tales negociaciones agilizan la justicia al canalizar la solución de los problemas. Se insistió en la calificación grave del art. 92.k) de los Estatutos del Colegio de Abogados de Oviedo de tal conducta y la sanción de suspensión por plazo no superior a tres meses.

1.3 Por D. Cesareo , se formuló oposición y adhesión al recurso de apelación. Como oposición a la apelación se adujo que la infracción no se califica como grave en los Estatutos del Colegio de Abogados de Oviedo ni en el Código Deontológico, sino que puede calificarse como leve en función de las circunstancias concurrentes, por lo que, atendiendo al caso concreto, la Juzgadora la ha calificado de leve. Se rechazó el planteamiento del apelante que califica, en todo caso, de infracción grave los hechos eludiendo la valoración del caso, pese a que el art. 92 admite la posibilidad de calificación como leve atendiendo al contenido concreto de las comunicaciones.

Como adhesión a la apelación se expuso que la comunicación no contenía ningún dato dentro del ámbito objetivo del secreto profesional, pues consistía en una reclamación extrajudicial dirigida por el letrado sancionado a una empresa, así como dos correos electrónicos en que se insistía en la procedencia de la reclamación frente a la negativa de la contraria. Se insistió en que las comunicaciones no encierran negociación sino que delimita el objeto de la litis que se planteó ulteriormente. Se expuso que no se debe sancionar al abogado del reclamante si éste no actúa como debe cuando quiere evitar la indefensión de su cliente, e insistiendo en que debe poder aportar a un procedimiento judicial la contestación a la reclamación extrajudicial.

SEGUNDO.- *Fondo litigioso*

2.1 Dado que la apelación y la adhesión a la apelación yuxtaponen las perspectivas de recurso, hasta el punto de conformar esta alzada como una duplicación del proceso de instancia, abordaremos las dos cuestiones del litigio. En primer lugar, si existe conducta infractora y en segundo lugar, su tipicidad y consecuencia sancionadora.

2.2 Así pues, las conductas que lesionan la confidencialidad de negociaciones o comunicaciones entre abogados se alza en infracción de normas éticas y/o deontológicas (en especial del art 5.3 del Código Deontológico de la Abogacía española, aprobado por el Pleno de 27 - IX - 2002, modificado el 10 - XII -2002) y en particular del art. 34.e) del Estatuto de la Abogacía, que prevé como deber de los colegiados: "*Mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento*".

Tal previsión pretende mantener la confidencialidad de las conversaciones entre letrados, de forma que puedan negociar e intentar conciliar los conflictos sin vinculación de sus tesis en un proceso posterior,



y tal confidencialidad puede verse vulnerada y comprometida por la sorpresiva aportación de los correos, comunicaciones o grabaciones de conversaciones a un escenario procesal de beligerancia, que lesiona la buena fe de la parte contraria (al no contar con su consentimiento) y perjudica de forma indirecta el derecho a la tutela judicial efectiva de su cliente.

Así, la STS de 17 de febrero de 1998 (rec. núm. 2060/1992) considera que se pondría en riesgo el derecho a la tutela judicial, si el deber de secreto pudiera entenderse restringido. Y por ello, la STS de 22 de abril de 1997 (rec. núm. 4893/1992) subraya su alcance, precisando la fuerza de tal tutela ya que: *"no pueda limitarse aquella reserva a las meras conversaciones orales y a la correspondencia personal, máxime cuando podía trascender sea cuales fueren las razones que se expongan contra tal criterio en el resultado del procedimiento judicial iniciado, y siendo ello así, no cabe estimar sino contraria a las normas deontológicas profesionales"*.

2.3 Hemos de partir de la técnica utilizada por los vigentes Estatutos del Colegio de Abogados de Oviedo.

- El apartado k) del art. 92 de los mismos califica como infracción grave: "Aportar a los Tribunales o facilitar al cliente cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la parte contraria sujetas al deber de confidencialidad, sin autorización expresa de éste último, o, en su caso, de la Junta de Gobierno."

- d) del art. 93 de los Estatutos dispone como conducta que integra infracción leve: "Las previstas en el artículo anterior, cuando no tengan la entidad suficiente para ser consideradas muy graves".

Nos encontramos con una técnica de tipificación habitual, que en vez de optar por un régimen de tipificación de conductas tasadas y cerradas con sus consecuencias punitivas, incorpora una especie de "válvula de equidad" que permite que si bien *prima facie* provoca la subsunción inicial de la conducta en una infracción con específica gravedad, si tras el examen singularizado, casuístico y pragmático de las circunstancias del caso revelan la desproporción del reproche, deberá degradarse la calificación hacia la infracción inferior en grado. Así, en el caso planteado, el punto de partida es la tipificación de la conducta que lesiona el deber de confidencialidad como infracción grave, pero es posible que la misma se reoriente hacia la infracción leve si las circunstancias del caso aconsejan una menor dosimetría punitiva. Ello en armonía con la previsión del art. 29.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aplicable a los colegios profesionales cuando ejercen potestades disciplinarias y que dispone que "Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior".

2.4 Bajo esta perspectiva, compartimos plenamente las apreciaciones de la sentencia apelada en el Fundamento de Derecho Quinto sobre la existencia de conducta infractora, teniendo en cuenta el art. 34 del Estatuto General de la Abogacía y la naturaleza de las comunicaciones reveladas, si bien discrepamos en cuanto a la calificación como infracción leve.

En efecto, es patente que existieron comunicaciones entre abogados en relación a asunto sometido a confidencialidad. No consideramos que se tratase de requerimientos formales o preceptivos para ejercer acciones puesto que no estamos ante una primera reclamación extraprocesal que se cierra con la simple negativa contraria, sino que existen una segunda y tercera comunicación del abogado sancionado, insistencia que revela una conducta encaminada a abrir espacios de encuentro, ejercer presión o de solución transaccional (máxime tratándose de contienda con telón de fondo de reclamación de indemnización por daños, donde pueden propiciarse acuerdos sobre presupuestos, circunstancias o cuantías); es evidente que el efecto útil de esas comunicaciones no era cumplir con requisitos procesales o precisar pretensiones, sino que perseguían un contacto entre abogados que en esa fase preprocesal solo podía tener un sentido negociador, o al menos así podía percibirlo la abogada contraria destinataria del mismo.

Subrayaremos que tal conducta del abogado es legítima y forma parte de su deber de poner fin al conflicto si con ello satisface los intereses de su cliente y se produce economía procesal, pero lo que no es legítimo es revelarlo al tiempo de entablar el litigio (Juicio verbal 168/16, ante el Juzgado de primera instancia núm. 1 de Pravia), sin contar con el consentimiento expreso de la abogada de la parte contraria.

2.5 Por tanto, consideramos que existía una infracción de la normativa deontológica y consideramos que es subsumible y con encaje en el apartado k) del art. 92 (infracción grave), sin que existan motivos para degradarla a leve. En este particular, nos apartamos del criterio del Juzgado puesto que ciertamente juega en favor del infractor el hecho de no haberse ocasionado perjuicios a la abogada denunciante y que carece de antecedentes disciplinarios el abogado sancionado, pero tales factores actúan atemperando la consecuencia sancionadora en el marco del art. 93 que asocia a las faltas graves la sanción de suspensión del ejercicio profesional por un máximo de tres meses, por lo que ya se tomó en cuenta para fijarla en tan solo un mes.

En cambio, nos encontramos con que el apartado k) del art. 92, califica como infracción grave la "aportación a los tribunales (de) comunicaciones o notas que reciba del abogado de la parte contraria sujetas al deber



de confidencialidad, sin autorización expresa...", lo que nos sitúa ante una infracción de mera actividad, que no se cualifica por el resultado dañoso para un tercero ni beneficioso para el infractor, ni se vincula a una consecuencia procesal precisa. Se agota la tipicidad con la constatación de tales aportaciones procesales de documentos confidenciales sin autorización.

De ahí que para operar la degradación de la infracción se precisa la demostración de una conducta que objetivamente carezca de enjundia y lesión del bien jurídico protegido. Sin embargo, en el presente caso ha existido una lesión de la confidencialidad, a espaldas del abogado contrario, y explicitada no en una comunicación aislada sino en varias, las cuales introducen elementos sobre la posición o estrategia de cada abogado, ya que los correos electrónicos litigiosos mantenidos entre el abogado denunciado y la abogada denunciante (folios 18 a 20 expte.) son reveladores de un contacto negociado para intentar poner fin al litigio, cuyo tono es de insistencia y de contraste de posiciones, escenario de diálogo que va más allá de la fría y formal reclamación, para adentrarse en verter respectivos argumentos de sus tesis y entablado bajo la notoria carpa de la confidencialidad que impera en las relaciones entre abogados cuando existe un litigio de telón de fondo.

En esas específicas circunstancias, a la vista del elocuente contenido intrínseco de tales correos electrónicos, según el contexto del litigio anunciado, y valorado todo ello con arreglo a la sana crítica, consideramos que no existen elementos sólidos para minimizar la gravedad del caso hasta el punto de saldarlo con una falta leve.

2.6 Ello teniendo en cuenta tres factores objetivamente relevantes. En primer lugar, el alto bien jurídico en juego, la confidencialidad entre abogado y cliente y entre abogados; en segundo lugar, el servicio de tales negociaciones desarrolladas con franqueza, confianza y naturalidad, para alcanzar acuerdos que pongan fin al litigio, que ciertamente quedarían amordazadas si se saldasen como regla general con una simple falta leve, lo que podría llevar a la consecuencia indeseada por la legislación administrativa, y plasmada en el art. 29.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que impone la previsión de que "la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficios para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas"; y en tercer lugar, la necesaria ejemplaridad que debe reinar en los casos aislados que merezcan reproche por este concepto, dado que nos movemos en el ámbito corporativo donde resulta valiosa y útil la función pedagógica al servicio deontológico profesional, que resulta inherente a toda sanción.

Por lo expuesto, hemos de estimar el recurso de apelación formulado por el Consejo General de la Abogacía Española y desestimar el recurso de apelación, por adhesión, interpuesto por D. Cesareo .

TERCERO - Costas

No procede imponer las costas ante las dudas de derecho acogidas en la propia sentencia apelada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a Inmaculada, en nombre y representación del Consejo General de la Abogacía Española, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Oviedo, con fecha 10 de diciembre de 2018, por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Cesareo, contra la resolución de la Comisión de Recursos y Deontología del Consejo General de la Abogacía de 9 de febrero de 2018, que confirmó la resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Oviedo de 20 de septiembre de 2017, por la que se impuso al recurrente la sanción de suspensión de un mes del ejercicio profesional, anulando la misma únicamente en cuanto a la gravedad de la infracción que ha de ser leve en lugar de grave.

La estimación comporta la revocación de la sentencia apelada en el particular relativo a que debe confirmarse el acto administrativo impugnado en su integridad, tanto en cuanto a la infracción grave apreciada como a la extensión de la sanción impuesta y fijada definitivamente en un mes de suspensión de actividades profesionales.

Desestimar el recurso de apelación interpuesto frente a dicha sentencia por D. Cesareo .

Sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia la infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso Administrativo de este TSJ si es legislación autonómica.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ