

Examen Profesión Jurídica.
Profesor. Rodrigo Cortés.
Depto. de Ciencias del Derecho.
Facultad de Derecho.
Universidad de Chile.
Santiago.

Opción Práctica.

Instrucciones.

Sobre dos sendas no transitadas por nuestra regulación profesional.

- a. Se aplican las mismas reglas sobre estructura y formato descritas para las evaluaciones parciales.
- b. Hemos tratado de analizar de manera comparada la regulación profesional a la que se encontrarían afectos abogados. De hecho, de su taxonomía se puede concluir que el prisma regulatorio debe estar en el “cliente” y no en el “abogado”; que no debiera ser el “abogado” el resorte de determinación infraccional, pues su juicio siempre se encontrará afectado (Cfr. Behavioral Law & Economics); que en lo posible el contenido positivado debiere encontrar mecanismos de adaptación a las dinámicas de contratación.
- c. Sucede además, que pese a la sofisticación con que se pretende regular, desde el legislador de todas maneras se cuelean ciertas intencionalidades que “relajan” la regla cuando se afectan algunos intereses, confiando el redactor en la integridad del profesional, cuestión no siempre constante.
- d. De hecho, en las discusiones habidas al tiempo en que se redacta el NCEP, ese conflicto surge (Cfr. Sobre la inhabilidad del abogado que apodera accionistas y sobre la posibilidad que éste tiene de ejercer como director de una S.A.) y el punto se resuelve no ya de una manera normativa sino funcional.
- e. Hemos visto en clases, cómo las distintas crisis (Cfr. Maddof, Hipotecas, etc) han tenido a abogados como protagonistas y que pese a la existencia de reglas ciertas, determinadas y sofisticadas, tales no han sido suficientes para “afectar” la evaluación de costos que hace el sujeto (en una dimensión utilitaria-anglosajona del punto), y éste de todas maneras la vulnera con consecuencias desastrosas.
- f. Una forma de reaccionar a la desviación profesional -y es el “estado de arte” en la materia. En el sentido que son éstos los puntos que actualmente se encuentran siendo discutidos- son los deberes que se le han impuesto a los abogados en la ley denominada Sarbanes-Oxley (en adelante “S&O”).

<http://www.interamericanusa.com/articulos/Leyes/Ley-Sar-Oxley.htm>

- g. Un punto bastante importante sobre la forma de regular la conducta profesional es su “sectorialidad”. I.e. ya no valdrían los “códigos de ética genéricos” sino que cada dimensión profesional debiere erigir sus propios modos de conducta que ahora ya no constan en “sistemas de buenas prácticas” sino que están contenidos en obligaciones legales asociadas a sanciones privativas de libertad. Así la ley S&O se refiere específicamente a los abogados “corporativos”, y les aplican a éstos exigencias que se entienden justamente en esa “sectorialidad”.

h. Tales toman la denominación de “*up-the-ladder*” duties. Se podría traducir la expresión como “deberes de reporte”.

i. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada entendieron que las normas éticas resultaban insuficientes para regular la conducta del abogado que representaba a una sociedad o persona jurídica. En un primer momento, se desarrolló lo que tomó la denominación de “Teoría de la Representación Organizacional” (a.k.a. Entity Theory) y que comportaba como elementos esenciales al ejercicio de la abogacía, los deberes de cuidado, competencia y lealtad a la persona jurídica. Tales, luego fueron recogidas en la regla 1.13 de las ABA RULES.

(A) Un abogado empleado o contratado por una organización representa a la organización a través de sus actuaciones debidamente autorizadas.

(B) Si un abogado toma conocimiento que un ejecutivo (en toda la posibilidad de cargos) de la organización pretende o intenta verificar una actuación o se niega a actuar en un asunto relacionado con la representación, y dicha acción u omisión constituye una violación de una obligación legal a la que la “organización” se encuentra afecta, o implica una violación del derecho que razonablemente podría ser atribuida a la organización, y que es probable resulte en un perjuicio importante a la organización, el abogado procederá en la forma que sea razonable y necesaria en el interés de la organización. A menos que el abogado crea razonablemente que no es necesario en el mejor interés de la organización hacerlo, deberá remitir el asunto a la autoridad superior de la organización, incluyendo, si se justifica por las circunstancias, a la máxima autoridad que puede actuar en nombre de la organización según la ley aplicable.

(C) Salvo lo dispuesto en el párrafo (d), si

(1) pese a los esfuerzos del abogado, de conformidad con el párrafo (b), la máxima autoridad que puede actuar en nombre de la organización, insiste en la verificación de la actuación o en su omisión, sin que a su respecto adopte una medida tendiente a la evitación de la infracción; y (2) si el abogado cree razonablemente que la violación implicará -razonablemente- un daño o perjuicio a la organización

el abogado se encontrará empoderado de revelar el contenido de dicha información -dando cuenta de la acción u omisión, y de la infraccionalidad de tal-, sea que la regla 1.6¹ lo permita o no, pero sólo en aquella extensión de contenido, que permita evitar el perjuicio eventual a la organización.

(D) El párrafo (c) no se aplicará en relación a aquella información a la que el abogado acceda con motivo de la relación profesional, cuando dicha prestación de servicios profesionales ha sido contratada por la organización para investigar una presunta violación de la ley, o para defender a la organización o un funcionario, empleado o otro ejecutivo asociado a la organización frente a una reclamación que surja de una presunta violación de la ley.

(G) Un abogado que representa a una organización también puede representar a cualquiera de sus directores, funcionarios, empleados, miembros, accionistas u otros ejecutivos, con sujeción a la Regla 1.7. Si el consentimiento de la organización para la representación dual es requerido por la Regla 1.7², la autorización se concederá por un funcionario competente de la organización que no sea la persona que va a ser representada por el abogado, o por los accionistas.

J. Pese a que tales “deberes de reporte” constituyen ya la regla comparada, nuestro Nuevo Código de Ética no hace referencia a las “teoría de la entidad”, pese a que en las actas de manera reiterada se citan conceptos y desarrollos jurisprudenciales anglosajones que suponen en los redactores el conocimiento del “estado del arte” en la materia. Sobre el particular,

¹ La regla se refiere a los deberes de reserva y confidencialidad a los que se encuentra afecto el abogado: Viz. ACP, WPD & regla de confidencialidad.

² La regla 1.7 se refiere a los conflictos de interés a los que se puede encontrar afecto un abogado, específicamente a clientes actuales que tengan intereses contrapuestos. En esa hipótesis, la reglamentación profesional de las ABA rules hace disponible la representación conjunta, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos (Viz. que la representación conjunta no esté prohibida, que ello sea razonable) exigiendo además el que los clientes hayan consentido por escrito en ello.

por ejemplo, y muy en abstracto, en los casos La Polar, colusión entre Farmacias y otros, la injerencia deliberativa de abogados (in-house) necesariamente se produjo y fue determinante en la verificación de los hechos denunciados, y desde la regulación comparada, tales profesionales, sujetos a la verificación de las hipótesis descritas, habrían tenido que “reportar” ex ante, las infracciones eventuales a las que ellos asistían profesionalmente -y no ya como un mero deber “ético” sino positivo-.

El problema, sin embargo, es que de a poco se transforma al abogado en una suerte de “guardián de la justicia”, cuya objetividad y omniconsciencia pareciera servir de regla. Tal como vimos en clases, muchas veces, desde la función que el abogado desempeña en la empresa, la visión “general” que ese abogado pueda tener, es muy parcial.

H. Lo que hizo el legislador en la ley S&O fue eliminar los elementos discrecionales que fundaban las obligaciones de reporte contenidas en el Modelo de las ABA Rules, y se agregó además como condición para la aplicación del estatuto obligacional inserto en la normativa, que el abogado sobre el que pesan los nuevos deberes de reporte, debe “appear and practice before de Commission” (comparecer y ejercer profesionalmente ante la Superintendencia de Valores y Seguros). Así la regla dispone:

“Si un abogado que comparece y ejerce ante la Superintendencia, representando a un sujeto afecto a la vigilancia de la repartición, toma conocimiento de una violación material por parte de éste, o de alguno de sus ejecutivos, directores, empleados, tal deberá reportar esa violación material y los elementos de convicción que la sustenten, al fiscal o jefe jurídico de la entidad; o al fiscal y al gerente general de la entidad”.

Sobre esa base

(i) Y a diferencia de la regla ABA no hay elementos de “razonabilidad” que permitan al abogado evaluar la existencia de la obligación a la que se encontraría afecto.

(ii) La regla, si bien exigente, vuelve aún más “guardián de la justicia” al abogado, produciendo como externalidad el efecto inverso al buscado. I.e. si el abogado puede incurrir en una infracción si no da a conocer situaciones violatorias de normas de valores -en excepción a las reglas de confidencialidad y reserva a las que todo profesional se encuentra afecto-, lo más probable es que los ejecutivos, directores y otras personas de la S.A. no “cuenten” a ese abogado las situaciones “dudosas” de la persona jurídica.

(iii) Incluso más, aún con la regulación de la S&O -que se adopta con ocasión de la crisis producida por los escándalos de ENRON, WORLDCOM, TYCO y otros, en las que se utilizaron SPEs para ocultar la información financiera y contable real de las empresas, y así permitir una mejor valoración bursátil de las mismas-, se produce luego la crisis de Hipotecas y derivados financieros asociados a los créditos que nacían de dichos contratos. (Esta crisis fue principalmente producida por abogados). I.e. la regulación no fue capaz de servir de contrapeso pese a sus estándares de exigencia.

I. Una segunda vía que ha sido desarrollada por la doctrina, principalmente española, dice relación con la responsabilidad profesional del abogado por “*pérdida de chance*” -el concepto es muy español-.

http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972010000100005&lng=es&nrm=

<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art03.pdf>

A través del concepto en cuestión, se busca hacer responsable al abogado negligente. Y si bien, pareciera que la dimensión que debiera servir de fuente a tales obligaciones, se encontrarían allende la profesional, no deja de ser llamativo que desde dicha regulación también se propenda a una exigencia en el cumplimiento del deber y all modo como se ejerce la abogacía.

J. Las preguntas que surgen son muchas. Entre ellas.

- a. Por qué nuestra regulación profesional, siendo muy “nueva” no da cuenta de estos desarrollos doctrinales y comparados cuando somos “los ingeleses de latinoamérica” y ya facturamos en dólares, y utilizamos técnicas profesionales que son estadounidenses. El punto no es solamente “político” o “funcional” o “intencional”. Claramente, desde la ineficacia de la regulación existente en derecho comparado, la decisión de omitir cualquier referencia estaría justificada, sin embargo, no pareciera ser esa la razón.
- b. Si la omisión, en realidad respondería -pese a que no existiría evidencia en tal sentido- a una decisión del redactor de entender que el abogado no puede ser instalado como una suerte de “defensor de la justicia y la verdad”. I.e. no ya por razones de eficacia legal, sino en relación a la “función” que al abogado le compete. La creación de estos “deberes de reporte” vulneraría gravemente el concepto de “relación fiduciaria” y la confianza (Cfr. Full and frank disclosure) que el abogado requiere para el cumplimiento efectivo de su tarea.
- c. Si efectivamente la nueva regulación y la creación “de deberes de reporte” se hace necesaria considerando las nuevas dinámicas corporativas; y si tiene justificación o asidero la forma de la nueva regulación (en su sectorialidad, en su objetividad y en su exigencia). Es decir, qué tanto le cree Ud. a esta nueva forma de regular la conducta profesional.
- d. Si la senda de la “pérdida de chance” que hace más exigente el cumplimiento profesional y sanciona la negligencia, es un contenido que debiera ser abordado desde la regulación profesional, o en realidad, su contenido debiera corresponder al ámbito de la responsabilidad civil contractual -sin que el hecho derivado de que el infractor sea abogado la especifique-.