

Opción Práctica.

“Conflicto de interés”.

1. El “Conflicto de interés” es una materia de gran importancia aunque de muy difícil regulación. Esa dificultad surge, no tanto de la abstracción de los supuestos a reglamentar sino de los intereses concurrentes que impiden -a juicio del suscrito- normas claras y específicas. Por ejemplo, baste ver la nota a pie número 3 del documento “Propuesta de Nueva Regulación Ética de Abogados relativa a Conflicto de Intereses e Incompatibilidades”.

“Esa regla no concitó unanimidad en el Grupo. La propuesta minoritaria se divide en dos alternativas, una principal y otra en subsidio. La principal propone seguir lo establecido en la ley No 20.382. En subsidio, propone como regla de incompatibilidad de alcance más limitado la siguiente:

El abogado no podrá prestar servicios *de patrocinio y representación en juicio* al mismo cliente al cual la empresa en que participa, trabaja o colabora presta servicios de auditoría”.

Esta segunda propuesta consideró, adicionalmente, que sería razonable permitir que los abogados de la empresa auditora pudieran también patrocinar y representar a la compañía en juicio si contaban para ello con la autorización de la empresa auditada, la que debería provenir del Directorio y en la cual se debería dejar constancia que la compañía estaba en conocimiento del asunto y que consentía en que los abogados de la empresa auditora prestaran los servicios de patrocinio y poder en juicio.

Finalmente, el Grupo acordó manifestar que esta regla puede extenderse al rol de abogado y de certificador de la Ley No 20.393 respecto a un mismo cliente, por cuanto la entidad otorgante de la certificación podría mantener compromisos con abogados o estudios jurídicos que asesoren o hayan asesorado a la empresa cuyo modelo de prevención se trata de certificar. Al respecto, Cury, Enrique (2010).

La norma a la cual se refiere la nota a pie es aquella contenida en el numeral 2.3 del NCEP y que establece:

“2.3. Rol de auditor. El abogado no podrá prestar servicios legales el mismo cliente al cual la empresa en que participa, trabaja o colabora presta servicios de auditoría”.

En tal sentido, la cita evangélica debiera resultar bastante decidora de la técnica legislativa: “no se puede servir a dos señores”, por mucho que se inventen mecanismos o procedimientos que intenten soslayar los conflictos que de hecho se producen, la regulación no puede transformar la prestación de servicios contradictorios en una cuestión de formas o matices.

2. La Legislación y la doctrina comparada han entendido que esta materia es de máxima importancia precisamente por el “free-riding” que a su respecto se produce. Por esas cosas

de la vida, los abogados -en otros sistemas- han resultado ser gente muy desmedidamente ambiciosa, y en esa posibilidad, han incurrido en grandes infracciones. Baste recordar que todo el problema de ENRON se produce por situaciones de conflicto de interés, en las que abogados que concurrían como “auditores y controladores” de la empresa, al mismo tiempo, comparecían a nombre de ésta en distintos servicios corporativos. Es por ello, que la doctrina comparada ha empezado a utilizar, en relación a los abogados, el término de “Gatekeeper” -algo así como “portero” o en forma más precisa -y disculpando la metáfora- “portero de discoteque brígida”-.

3. I.e. no basta ya con el contenido, por ejemplo, referido en la regla 1.7 de las ABA rules, la que señala:

“Relación cliente-abogado. Regla 1.7 Conflicto de interés: clientes actuales

(a) Salvo lo dispuesto en el párrafo (b), un abogado no podrá representar a un cliente si dicha representación comporta un conflicto de interés con el interés de un cliente concurrente. Los intereses de dos o más clientes concurrente se encuentran en conflicto si:

(1) la representación de un cliente es directamente adversa a la del otro cliente, o

(2) existe un riesgo significativo de que la representación de uno o más clientes se vea limitada materialmente por las responsabilidades que el abogado tiene para con otro cliente, un antiguo cliente o un tercero, por un interés personal del propio abogado”.

4. Nuestro NCEP profesional dispone

a. “1.1. *Deber de lealtad*. El abogado debe siempre obrar en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés a los de cualquier otra persona, incluyendo el suyo propio. El deber de lealtad hacia el cliente no reconoce más límites que el respeto a la ley y a las reglas de ética profesional”.

b. En nota a pie 10 de la “Propuesta”, se señala:

“El Grupo no propone una definición sobre el concepto de cliente porque entiende que esta materia trasciende el ámbito de su tarea. Sin embargo, debe advertir que las reglas sobre conflicto de intereses que aquí se proponen suponen un concepto determinado de cliente, el cual se enuncia con el objeto de que se comprenda adecuadamente su alcance y se tenga en consideración en el momento oportuno: Caso del cliente potencial o fallido. El Grupo considera que, aun cuando la calidad de cliente se adquiere propiamente cuando se perfecciona consensualmente un mandato (basta “aquiescencia tácita”), las reglas sobre conflicto de intereses deben aplicarse tanto al cliente actual y al cliente anterior como al cliente potencial o fallido. A juicio del grupo, los deberes de lealtad y confidencialidad con el cliente surgen a partir de la “consulta inicial con el propósito de establecer una relación profesional”, la que es, por tanto, suficiente para determinar la inhabilidad del abogado para actuar en contra de sus intereses. Por ello, el concepto general de cliente debería precisar esta situación”.

c. Sin embargo, en nota a pie 12 se consigna en relación a la regla que estatuye sobre el conflicto de intereses del abogado director de una sociedad anónima:

“Esa regla no concitó unanimidad en el Grupo. La propuesta mayoritaria que es la recogida por la regla 3.5 la sostienen Cristóbal Eyzaguirre, Alberto González, José Luis Lara, Alfredo Montaner y Rafael Vergara. La posición minoritaria, sostenida por Sebastián Castro, Alicia Domínguez, Mónica Fernández y Julián López, propone una regla de incompatibilidad entre el rol de director de una sociedad anónima con el rol de abogado de la compañía o del accionista que lo designó como tal cuyo texto reza así:

“2.3. *Rol de director de una sociedad anónima.* El rol de director de una sociedad anónima es compatible con el rol de abogado de la compañía o del accionista que lo designó como tal, sólo cuando en dicha sociedad todos los socios o accionistas pertenezcan al mismo grupo empresarial o se encuentren relacionados”.

El concepto de personas o empresas relacionadas debe ser entendido en el sentido que le atribuya la ley vigente al momento de la aplicación de la regla. Actualmente, debe entenderse como una referencia a los artículos 96 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores”.

5. En las normas que se citan, y tal como hemos visto, el abogado ya no es visto como un “consejero”, y no porque no lo sea, sino porque el interés que se protege o que se reputa esencial, no es ya el privado sino público. Por ejemplo:

“In many recent financial crises, however, lawyers all too often failed to be effective gatekeepers. In the Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX), Congress directed the Securities and Exchange Commission to adopt rules of ethics governing lawyers who appear or practice before the Commission. As adopted, the post-SOX rules give lawyers what purports to be a very “simple” up-the-ladder reporting obligation. As one proponent explained counsel’s duty: “You report the violation [to top management]. If the violation isn’t addressed properly, then you go to the board of directors].”¹ (Cfr. Bainbridge, Stephen M., *Corporate Lawyers as Gatekeepers* (January 6, 2012). S. Bainbridge, *CORPORATE GOVERNANCE AFTER THE FINANCIAL CRISIS*, Oxford University Press, 2012; UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 12-03. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1980975>).

Ahora bien, juzgue la siguiente jurisprudencia gremial.

¹ “En muchas de las crisis financieras recientes con demasiada frecuencia, los abogados no se han “comportado” como guardianes eficaces. Y fue por ello que en la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 (SOX), el Congreso ordenó a la Comisión de Bolsa y Valores la obligación de adoptar normas de ética que reglaran la conducta corporativa de los los abogados que comparecen o despliegan funciones de representación ante la SEC (nuestra SVS). Tal como se aprobó el texto de la ley, las reglas SOX estatuyen para los abogados una serie de deberes que buscan tener una estructura “simple” y que se denominan *up-the-ladder duties*, y que consisten en la obligación de informar. Como un defensor explicó, a partir de la norma, es deber del abogado: “denunciar cualquier infracción corporativa”.

TRIBUNAL= Consejo General del Colegio de Abogados de Chile

FECHA= 29.03.1999

ROL= Ing. No. 27/98, Rol No. 450

NORMA= Art. 29 Código de Ética Profesional

DESCRIPTORES= Conflicto de Intereses. Patrocinio y Poder, Aceptación, Acto Solemne. Aceptación, Requisito de Existencia. Insuficiencia de Prueba

DOCTRINA= La denuncia fundada en un supuesto conflicto de intereses en el ejercicio de la actividad, supone una relación profesional preexistente entre el denunciante y el denunciado, que imposibilite a éstos, asumir la defensa de su contraparte. Por lo tanto, no infringen el Código de Ética los abogados que asumen esa defensa sin haber sido previamente contratados por el denunciante.

EXTRACTO= Reclamante interpone denuncia contra dos abogados colegiados, señalando que contrató sus servicios profesionales para la protección y defensa de la marca comercial de un hotel, que intentaba registrar a su nombre. En lugar de asumir la defensa del poderdante, uno de los reclamados presentó con posterioridad una oposición a la marca que se pretendía registrar, en representación de otra sociedad; esto es, asumió la representación de su contraparte. En definitiva, esta oposición fue rechazada.

Por su parte, los abogados denunciados señalaron desconocer al denunciante y que este jamás ha sido cliente suyo, y que ellos asumieron responsablemente la representación profesional de su contraparte en el juicio.

Para verificar alguna infracción por parte de los reclamados, resulta fundamental dilucidar si existió una relación profesional entre las partes. Ninguno de los documentos acompañados es capaz de acreditar la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, de un mandato o de un simple otorgamiento de poder aceptado por el o los apoderados. En el caso de autos, el documento acompañado por el reclamante, denominado "poder especial", si bien lleva membrete del estudio jurídico de los reclamados, es un formulario que está firmado tan sólo por el denunciante y no puede acreditar voluntad de obligarse, si no lleva la firma de los abogados que constituyen ese estudio.

A mayor abundamiento, el artículo 15 de la Ley 19.039, sobre Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial establece que todos los poderes relativos a materias de propiedad industrial son actos jurídicos solemnes, especificando la forma en que deben otorgarse los poderes. El documento denominado "poder especial" no cumple con dicha solemnidad, por lo que en estricto derecho debe estimarse inexistente, y en el mejor de los casos, nulo de nulidad absoluta.

Con lo señalado queda suficientemente comprobado que el denunciante no produjo prueba suficiente para dar por acreditada la relación profesional que invoca con los abogados denunciados. Se resuelve rechazar la denuncia formulada".

(Cfr. Disponible en:

http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/contenido_detalle.html&idcat=188&idart=349&nseccion=Jurisprudencia%20%C9tica%20%20%3A%20Jurisprudencia%20%C9tica%201999-2008%20%3A%20Conflictos%20de%20inter%20E9s

).

6. Y una última cita:

“Where were these professionals, a number of whom are now asserting their rights under the Fifth Amendment, when these clearly improper transactions were being consummated? Why didn’t any of them speak up or disassociate themselves from the transactions? Where also were the outside accountants and attorneys when these transactions were effectuated? What is difficult to understand is that with all the professional talent involved (both accounting and legal), why at least one professional would not have blown the whistle to stop the overreaching that took place in this case.”²

En la doctrina y la legislación comparada la forma de abordar el conflicto de interés difiere del gesto adoptado entre nosotros. En EE.UU por ejemplo, existe un modelo de código profesional (Cfr. ABA RULES) que ha demostrado ser ineficaz al tiempo de regular la conducta de los abogados. Los escándalos sucesivos dan cuenta de que la norma no es un parámetro de conducta en la representación de sus imperados. Desde tal constatación el legislador propuso que la regulación del conflicto de interés -de los abogados- tuviera por fuente no ya una reglamentación gremial sino legal. Para tal efecto, dictó la Sarbanes Oxley estableciendo específicamente “deberes de reporte” para los abogados. Ie. Es la misma norma la que establece la obligación para abogados que se desempeñan en contextos corporativos y que comparecen ante la SEC, el deber de “denunciar” a sus clientes, en los casos en que existen situaciones de infracción a reglamentaciones del mercado de valores. Sin embargo, dicho contenido ha demostrado también ser insuficiente.

De ahí, que el término GATEKEEPER sea pertinente. El punto, sin embargo, es cómo hacer que el abogado se comporte como un verdadero “portero de discoteque brígido”. Integral y con la suficiente distancia para poder discriminar aquellas situaciones en las que su interés se ve comprometido, sin que esa intervención por lo mismo sea funcional a sus resultados.

Nuestra regulación gremial por su parte, ha buscado replicar el contenido de códigos de conducta extranjeros, sin embargo, cuando hay que poner el punto sobre las íes, pareciera que ese mismo legislador impetuoso se vuelve feble. Y genera “notas a pie”, o regulaciones “con excepciones” o con “conceptos axiológicos”. E incluso más, cuando se trata de resolver

² “¿Dónde estaban los abogados (algunos de los cuales hoy en día buscan hacer valer sus derechos bajo la Quinta Enmienda) cuando esas operaciones claramente inadecuadas estaban siendo consumadas? ¿Por qué ninguno de ellos reportó las mismas o buscó desvincularse de las personas jurídicas que las estaban verificando? ¿Dónde estaban los contadores y abogados externos cuando esas operaciones se efectuaban en perjuicio de toda la sociedad? Lo que es difícil de entender es que con todo el talento profesional disponible (tanto contable y legal), ¿Cómo es que por lo menos un profesional no hizo sonar el silbato para detener las infracciones que se verificaron en este caso?”

situaciones de conflicto controvertidas, las alegaciones son derechamente marcianas. Y en el peor de los sentidos.

Cómo entonces, abordar la materia del conflicto de interés. Considere que todas las fórmulas han resultado ser ineficaces. Quizás, Kant podría ayudar. O Habermas. Desde la posibilidad cierta de que sean los individuos, quienes desde la confrontación, puedan desplegar su actuar de manera recta. Pero, seamos honestos, eso pareciera un ideal. O no. O quizás. Quién sabe. (Bueno, Ud. debe intentarlo).