

Examen.
 Prof. Jdca.
 Prof. Rodrigo Cortés.
 Depto. Cs. del Derecho.
 Facultad de Derecho.
 Univ. de Chile.
Santiago.

I. Parte práctica.

Welcome to the jungle.

G'n R.

Cómo regular el conflicto de interés.

Una primera tesis en “primera persona”: Una de las gracias -y es una suerte de analogía quizás no muy atinente- de pelear en “Todo Vale” es que todo vale. Y ello obliga a estar preparado para todo. La ausencia de reglas, empodera al peleador, y lo fuerza a generar una estrategia. De hecho, en los torneos de “Todo Vale” es muy difícil ver un K.O -como sale a veces, en la televisión-. Y es muy difícil, porque cada participante, sabe e intenta anticipar cada gesto de su contrincante. I.e. cuando todo vale, los sujetos se vuelven más atentos y conscientes no solo del otro-en-frente sino también, de sus propios despliegues.

La existencia de reglas profesionales ha probado ser ineficaz al tiempo de regular la conducta de los imperados -los abogados- desde la representación que éstos hacen de la norma en cuestión en su despliegue. Hipotéticamente, uno podría discutir el aserto, considerando los casos “hipotéticos” de no infracción en los que la norma sí funciona. Pero de nuevo, ese debate es más bien abstracto, y al “final del día”, nos encontramos con casos como “Lehman Brothers” y “Cascadas”.

En uno y otro, abogados han sido condición de posibilidad de la verificación de cada uno de los gestos que configuran la estructura del caso. Sin abogados en posición de conflicto de interés y que no resuelven sino en su beneficio la contradicción, no habría habido ni “Lehman Brothers” ni “Cascadas”.

El punto es que la regla supone un espacio de deliberación que entrega al abogado, y además, la misma regla presume -desde el tercero que ve y contrata al abogado- el cumplimiento de su descripción. Sin esa regla, quizás, todos los involucrados, habrían estado “más atentos” respecto de quienes como profesionales-abogados, concurrieron otorgando y preparando los actos y contratos que posibilitaron las convenciones y negocios jurídicos que estructuran uno y otro caso.

Una segunda tesis: No necesitamos ni códigos de ética ni reglas éticas ni superintendencias éticas; pero tampoco necesitaríamos que se positivicen deberes profesionales para desde el abogado regular el mercado de valores. Esa posibilidad ha probado ser empíricamente fallida.

(i) Lehman Brothers y la Sarbanes Oxley act.

En la quiebra de Lehman Brothers, y en la crisis financiera que terminó con su extinción de la vida jurídica, una oficina de abogados fue determinante (Sullivan & Cromwell LLP). El estudio representaba -al mismo tiempo- a Bear, Stearns & Co, a Lehman Brothers, a American Insurance Group, a Goldman Sachs & Co, y a Barclays PLC, sin considerar el apoderamiento que ostentaba del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y de la Reserva Federal de los Estados Unidos en las negociaciones tendientes a determinar si se cursaba o no un mutuo a entidades financieras en problemas.

[Lehman Brothers informó ingresos por 60 billones de dólares al 29 de Enero de 2008. En septiembre de 2008, su valor accionario había caído un 95%, y el 15 del mismo mes, impetró su quiebra. La más grande de la historia de los Estados Unidos. En las semanas que siguieron a dicha petición, se produjo una “corrida” equivalente a 3.6 trillones de dólares -los inversionistas liquidaron sus inversiones y las retiraron de instrumentos de cotización y compraron “oro” y “diamantes”. La falta de liquidez afectó la caja de empresas como Goodyear Tire & Rubber Co. las que carecían de dinero para pagar cuentas de rutina. En respuesta, el Congreso de los Estados Unidos aprobó lo que se denomina la “Trouble Asset Relief Program” y que inyectó al mercado 700 billones de dólares a fin de poder paliar los efectos de la crisis].

Todos los representados, en ese mismo tiempo, tenían intereses contradictorios. De hecho, es posible concebir las representaciones como un juego de “suma cero”. (“Suma cero” es una expresión económica muy equivalente a “Todo vale”).

La norma de la ABA sobre este punto señala: “Los usuarios sofisticados de servicios legales pueden consentir y liberar al abogado del conflicto de interés”. Es decir, en el caso en comento, y tratándose de clientes financieros muy sofisticados, se presume que cada uno de ellos sabía que su representación exitosa por parte de la oficina de abogados exigía como condición, al menos, la quiebra de uno de los otros representados por la misma oficina. Y sabiéndolo, consentía en la situación de conflicto y liberaba al abogado del impedimento legal que le imposibilitaba esa representación conjunta.

Sin embargo, todos necesitaban a Sullivan & Cromwell. O más que a la oficina, a H. Rodgin Cohen -socio del estudio de abogados-, una especie de “Harrison Ford” del mundo del Derecho Corporativo y del Investment Banking de Wall Street.

De acuerdo a la regla 1.7 de las ABA Rules, un abogado puede representar a un cliente, siempre y cuando no tenga conflictos de interés que le impidan dicho apoderamiento. Y un

conflicto de interés existe si la representación de uno de sus clientes es directamente *adversa*¹ a la de otro. La justificación a la regla es asegurar la independencia de juicio del profesional. Ahora bien, las ABA Rules no señalan una definición de lo que debe entenderse como “directamente adverso” aunque los “comentarios” listan ejemplos de supuestos que verificarían la descripción.

El punto, eso sí, y en un gesto quizás análogo al de nuestro legislador gremial², es que esa representación conjunta y pese al “conflicto de interés” puede ser perseverada por el profesional, siempre y cuando, de acuerdo a la regla, se cumplan requisitos copulativos (Cfr. 1.7. b.): (i) que el abogado razonablemente crea que podrá entregar un servicio competente y diligente y representar de manera competente y diligente a los clientes afectados³; (ii) que la representación [conjunta] no esté prohibida por la ley; (iii) que la representación no implique la aseveración de un hecho en perjuicio de otro cliente representado por el mismo abogado en el mismo procedimiento judicial; (iv) que cada uno de los clientes otorgue al abogado su “consentimiento informado”, confirmando su conocimiento y liberación por escrito.

Si se compara la lectura y la lógica con los artículos 84 y 118 del NCEP con la antes citada, pareciera ser la misma. Las dos visiones suponen que el abogado tendrá o estará en posición de analizar la situación de conflicto. En tal sentido, es abundante la literatura que cuestiona esa posibilidad. Véase en tal sentido:

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Jolls_Behavioral_Law_and_Economics.pdf

http://www.law.uchicago.edu/files/files/46.CRS_.Behavioral.pdf

El concepto de “judgment error” busca dar cuenta de lo anterior. Las personas “mal-evalúan” su

¹ Las ABA rules utilizan la expresión “adverse”. Nuestro legislador gremial también la utiliza (Cfr. Artículo 73 del NCEP) y quizás, en una traducción poco feliz de la expresión. La “adversidad” del concepto en la descripción legal norteamericana tiene más que ver con lo perjudicioso, y en tal sentido, “perjudicial” sería una traducción si bien no “literal”, en sentido equivalente a la pretensión legislativa estadounidense.

² Ver en tal sentido la nota a pie número 12 de la “Propuesta de nueva regulación ética sobre conflicto de intereses e incompatibilidades:

http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/cont_listado.html&idcat=134&nseccion=%c9tica%20y%20C%fdigos%20de%20Buenas%20Pr%e1cticas%20Profesionales%20%3a%20Propuestas%20de%20reforma%20al%20C%fdigo%20de%20%20c9tica

Es decir, ante la disyuntiva, el legislador elige la “honorabilidad” del abogado con el riesgo que ello implica. (Y quizás, por razones utilitarias

³ ¿Existirá algún abogado que crea que ello no es posible? Y existiendo ese abogado, ¿Es posible creer que ese “único” abogado constituye parámetro para regular la actuación de los abogados? Se debe recordar, y en un argumento Weberiano, que la base de la regulación legal norteamericana toma como base una sociedad protestante. Ese solo dato impediría transposiciones automáticas a nuestra legislación. Es decir, implica que la lógica tras la regla anglosajona no puede ser la misma que aquella que justifica la regla gremial nacional. Ahora bien, incluso en ese colectivo puritano, la norma pareciera no tener sentido. O lo tiene, y es claramente funcional a la utilidad del profesional.

situación de comportamiento.

La pregunta es si existe evidencia empírica y conceptual sobre esa imposibilidad, por qué se insiste en hacer del abogado el resorte de tal decisión.

Y de nuevo, pareciera que la respuesta es funcional al interés del regulador. Lo que -personalmente- no me parece “malo” de suyo, sin embargo, justifica el argumento de la ausencia de reglas -como un gesto de sinceramiento de las pretensiones de todos (o casi todos) quienes somos abogados- y un ambiente “Todo vale”.⁴

La legislación del Mercado de Valores Norteamericana ha reaccionado a través de lo que denomina “up-the-ladder-duties” presentes en la Sarbanes Oxley Act.

Estos deberes son obligaciones de reporte a los que se encuentran afectos abogados “corporativos” que concurren o trabajan con clientes afectos a la supervigilancia de la Securities Exchange Commission. Estas obligaciones de información implican, entre otras cosas, que en la dimensión del “Mercado de Valores” la obligación de confidencialidad se ve “fuertemente debilitada”, pues el profesional frente a un hecho que considere infraccional, debe revelarlo al Gerente General, y en defecto de una actuación del mismo, al Directorio, y de un modo fehaciente. Esa comunicación, no está afecta a “protección” alguna, y puede ser “descubierta” por el regulador.

En definitiva, *la* Sarbanes Oxley transforma, bajo responsabilidad personal criminal del abogado, al abogado en un “soplón”. Y la justificación estriba en la protección que merece la fe pública y los inversiones. Recuerde que en un solo día desaparecieron del mercado, 3.6 trillones de dólares. Es lo que el regulador pretende evitar utilizando al abogado como gozne.

En Chile, en el mes de septiembre de 2013 la SVS hace la siguiente formulación de cargos.

http://www.svs.cl/sitio/admin/Archivos/com_20130910-01.PDF

Explicación del caso cascada.

<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2013/12/655-556373-9-la-intensa-nueva-etapa-legal-d-el-caso-cascadas.shtml>

<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2013/10/655-548940-9-la-discusion-sobre-las-operaci>

⁴ No intente contra-argumentar induciendo el argumento. Es decir, sosteniendo, por ejemplo, que si lo que justifica el argumento es la infracción, y de esa infracción y de falta de representación de no cumplimiento, se deriva la pretensión de “ausencia de reglas”, el Código Penal -por ejemplo- sería impertinente, y así con la regla prohibitiva. Sin embargo, esa posibilidad está vedada al no encontrarse justificada la inducción. Si así quiere hacerlo, tendrá que hacerse cargo de la posibilidad de inducir, como cuestión primera. Y luego, arremeter contra mi propuesta.

[ones-en-bolsa-que-desato-el-caso-cascadas.shtml](#)

<http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2013/09/895-544317-9-los-valores-en-juego-en-el-caso-cascadassqm.shtml>

<http://www.emol.com/noticias/economia/2013/10/02/622607/caso-cascadas-investigacion-de-la-svs-revelo-modus-operandi-de-julio-ponce.html>

<http://www.elmercurio.com/blogs/2013/11/12/16886/Caso-cascadas-y-el-modelo-lecciones.aspx>

En el caso Cascada, por ejemplo, toda la estructura de compra y venta de acciones a través de *operaciones sin difusión* necesariamente fue ocurrencia de un abogado. Los aumentos de capital, las sesiones de directorio, los hechos esenciales y reservados informados al regulador. Todos los actos jurídicos que no sólo sirve de soporte a la operación sino de condición de posibilidad de la misma, fueron preparados por abogados pero, y más importante, fraguados por abogados. De nuevo, la operación Cascada tiene una estructura, muy torpe y burda, pero finalmente, responde a un sentido jurídico que algún abogado informó y sugirió.

Más allá de las responsabilidades penales o eventualmente, regulatorias, la pregunta es por la razón de ser de la reglamentación profesional.

Entonces:

a. ¿No será mejor un “Todo vale”? Donde sabemos que nuestra contraparte, y donde cada abogado, se comporta como un maximizador sin limitación de su propio interés, de modo tal, que mis gestos, sirven entonces, como limitadores de ese intento por maximizar el interés del otro. Es como en “TODO VALE”. Si mi contrincante me quiere estrangular, existen distintas técnicas para evitarlo, y no sólo eso, sino también, me permiten pasar de una situación de riesgo, a una de sometimiento activo. A mí me gusta la analogía. Me parece bien gráfica. El punto, eso sí, es si efectivamente resulta eficaz.

b. Le hace sentido la fórmula “gringa”. Es decir, en transformar al abogado en soporte de la regulación del mercado de valores, y en positivar sus deberes profesionales de un modo que rompe la forma tradicional de concebir sus deberes fiduciarios, y en particular, la obligación de confidencialidad.

c. Cree Ud. que al Colegio de Abogados le compete o asiste algún deber de pronunciarse, aunque de manera abstracta, sobre el comportamiento de los abogados que tomaron parte en el desarrollo y concreción de la estructura del caso Cascadas.

d. Le hace sentido, desde la eficacia, la forma en cómo nuestro NCEP regula las situaciones de conflicto de interés, y en particular, la discusión que se produce en torno a la posibilidad de si el

abogado puede o no ser Director de la Sociedad Anónima que representa.