

I. Opción “profesional”.

(i) Ésta gira en torno a la noción de conflicto de interés. Para tal efecto, podrá consultar los siguientes documentos:

- a. Propuesta de Nueva Regulación Ética del Colegio de Abogados relativa a conflictos de intereses e incompatibilidades. Disponible en línea en www.colegioabogados.cl
- b. Nuevo código de ética profesional. Disponible en línea en www.colegioabogados.cl
- c. Opinión del colegio de abogados de Chile sobre conflictos de intereses entre abogados y directores de sociedades anónimas. (Se transcribe a continuación).
- d. El texto: “La Regulación del conflicto de intereses (sic) en el ejercicio de la abogacía” de la profesora Ángela Aparisi Miralles. (Se transcribe a continuación).

(ii) Opinión del colegio de abogados de Chile sobre conflictos de intereses entre abogados y directores de sociedades anónimas:

OPINIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE ABOGADOS Y DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

1. Frente al denominado «conflicto de intereses» que se presenta entre un abogado que asesora a un cliente accionista o al controlador de la Compañía y el rol del abogado-Director en representación del cliente accionista se debe tener presente que más que un problema deontológico o una encrucijada ética, existen deberes, lealtades y responsabilidades distintas.

2. La lealtad debida al cliente que lo designa como Director presupone que su actuación debe ajustarse a los intereses sociales.

3. Es fundamental que el cliente esté debidamente informado, antes de su proposición, dónde comienza y dónde termina la actuación de su abogado designado como Director.

4. La propuesta normativa de los Gobiernos Corporativos es velar para que el comportamiento de los accionistas controladores, directores y administradores sea cada vez más independiente y refuerza la tendencia a evitar el conflicto de interés.

5. El abogado tiene la obligación ineludible de guardar el secreto profesional, mas no puede ampararse en ese secreto en el desempeño de su función como Director, ya que prevalece como interés relevante el de la sociedad y la obligación de actuar fiel y lealmente con sus accionistas.

Santiago, 04 de julio de 2005.

(iii) La regulación del conflicto de intereses en el ejercicio de la abogacía

Autor: Ángela Aparisi Miralles

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Navarra

Fecha: Lun, 21/05/2012 - 14:07

Publicado en:

Revista de Tarragó-Bech Abogados

El conflicto de intereses es, desde un punto de vista deontológico, uno de los mayores retos con los que se enfrentan, en la actualidad, los despachos de Abogados. En España la regulación actual es escueta (artículos 4 y 13 del Código Deontológico de la Abogacía española) e insuficiente, de acuerdo con las necesidades de la práctica profesional. El Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE) no es ajeno a esta problemática. Este órgano constituyó, ya en 1996, un Comité específico para estudiar el tema. Su finalidad es revisar y actualizar la normativa vigente sobre la materia que, a nivel europeo, viene constituida por el artículo 3.2 del Código Deontológico del CCBE. La complejidad de la cuestión queda patente, entre otras cosas, en el hecho de que, a pesar del intenso trabajo del Comité y de los diversos informes y propuestas de regulación emitidos, hasta la fecha ha sido imposible llegar a un acuerdo de consenso sobre esta cuestión.

Para llevar a cabo una adecuada regulación de esta materia, existe un presupuesto que, en mi opinión, es insoslayable: la previa reflexión sobre el sentido y la misión actual de esta profesión en la sociedad. El oficio de Abogado nace en el contexto de las relaciones sociales, ante la necesidad de que cada uno tenga y disfrute pacíficamente de lo suyo (ya sean bienes o derechos). Para ello, se requiere del trabajo de un profesional comprometido con la defensa de los justos derechos e intereses de las personas. En consecuencia, el Abogado se debe a la justicia, entendida, no tanto como un valor superior o ideal, sino como justicia real o humana, como justicia del caso concreto.

La realización de esta justicia particular exige, a su vez, el respeto a los principios esenciales de la profesión. Entre ellos, podemos destacar el secreto profesional, la lealtad, la independencia, el desinterés y la confianza en el Abogado. Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el Código Deontológico de la Abogacía Española, cobran un papel insustituible las virtudes de la “honradez, probidad, rectitud, lealtad... y veracidad”. Como indica este texto, dichas virtudes “deben adornar cualquier actuación del Abogado. Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza Abogado-Cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión”.

Partiendo de esta realidad, surge un conflicto de intereses cuando se presentan ciertas condiciones que pueden motivar que la función social y los principios fundamentales de la profesión de Abogado, sean distorsionados por intereses secundarios, como el beneficio económico, el prestigio profesional, el reconocimiento social o el de los colegas, etc. Ciertamente, toda actividad del Abogado persigue un legítimo interés subjetivo o personal. Pero, al mismo tiempo, debe respetar el interés objetivo y los principios esenciales de la profesión. Por ello, el problema del conflicto de intereses estará en determinar en qué medida, en una concreta situación, existe un claro riesgo de que determinados intereses personales o subjetivos puedan afectar o, incluso, dañar los bienes y principios esenciales de la profesión. Ciertamente, los límites entre las

situaciones de riesgo y las que no lo son nunca serán nítidos. De ahí la importancia de concretar normativamente las distintas posibilidades.

En el contexto actual asistimos a un proceso de competitividad y mercantilización creciente en la práctica jurídica. Existe una tendencia al pragmatismo que inclina a asimilar el trabajo de los profesionales del derecho a la actividad que se lleva a cabo en cualquier otra empresa comercial. Precisamente, en este nuevo contexto profesional podemos ponderar mejor la importancia y la necesaria preservación de los principios y virtudes que tradicionalmente han regido en el ejercicio de la Abogacía. Una adecuada regulación del conflicto de intereses puede ser de gran ayuda ante este reto.

(iv) A partir del artículo 65 del NCEP, se regulan hipótesis de conflicto de funciones e intereses. Específicamente, en el artículo 72 y 73 se establecen reglas que permiten la identificación de una hipótesis de conflicto y de parámetros que permiten su definición. Desde ya, de todas maneras, las siguientes preguntas:

- a. El texto de la “regla general” y el de “criterios para definir el conflicto de interés” parecieran contradictorios al no existir desde la regulación un criterio que permita una jerarquía entre ambos. Así, pudiere ser que objetivamente (desde el supuesto del artículo 73) exista una hipótesis de conflicto, pero el abogado entienda que “tiene la libertad moral” para asumirlo.
- b. Cuál sería el sentido de establecer una regla que aluda a la independencia moral, sin la configuración del supuesto de conflicto de interés, se da de manera objetiva. El legislador habría querido otorgarle al abogado la posibilidad deliberativa de poder soslayar –desde la rectitud moral- el supuesto objetivo.
- c. Por qué no derechamente haber considerado la regla del 73, y haber suprimido la del 72.
- d. Qué sucedería, si el abogado no siente libertad moral en un supuesto fuera de la consideración del artículo 73.
- e. Cuándo hay una “adversidad directa” o un “riesgo sustancial”. Qué es lo agrega o califica la “directitud” de la adversidad o la “sustancialidad” del riesgo. I.e. si el interés de un cliente es adverso al de otro cliente, ¿no se configuraría el supuesto de conflicto de interés?
- f. Sobre este punto cabe señalar, que las expresiones están tomadas o podrían estarlo, al menos, constituyen traducciones bastante similares de textos anglosajones que se encuentran insertos en contextos jurisprudenciales dinámicos, en los que las expresiones como “adversidad directa” o “riesgo sustancial” tienen contenidos dinámicos y no constituyen formulaciones abstractas. Es decir, cuando el legislador “gringo” se refiere a los conceptos en cuestión supone un acervo jurisprudencial que “integra” las lagunas que la regulación positiva deja. En rigor, no se trata de conceptos que deben ser integrados sino interpretados por la instancia de adjudicación. Entre nosotros, sin embargo, si el legislador profesional, no las define, el adjudicador, y en particular, el abogado que se cuestiona la posibilidad, se enfrenta a un concepto abstracto, sin contenido, que suena bien, sin embargo.

- g. El concepto de “libertad moral” supone una amplitud de visiones en la que cabe Charly García y Monseñor José María Escrivá (sintiéndonos más cerca del primero que del segundo, en todo caso).
- h. Ninguno de los documentos en cuestión se refieren a dicha libertad moral, ni tampoco esbozan la categoría desde la cual el concepto estaría acuñado. En tal sentido, un abogado-Charly-García se representan y deliberan moralmente de manera muy distinta a un abogado-Monseñor-José-María-Escrivá.
- i. En particular, por ejemplo, en la página 11 del documento Propuesta de Nueva Regulación Ética del Colegio de Abogados relativa a conflictos de intereses e incompatibilidades, se lee en nota a pie número 12 -refiriéndose a la posibilidad de conflicto de interés del abogado director de una sociedad anónima-: “Esa regla no concitó unanimidad en el Grupo [...] 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 tal cuyo texto reza así:

“2.3. Rol del 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”.¹

- j. Si el mismo texto de la comisión que preparó el NCEP hace descansar en el deber de lealtad -que es un concepto que surge en el derecho corporativo anglosajón, y que vincula a los directores de sociedades anónimas con la sociedad- la regulación que previene en el conflicto de interés, en qué sentido ese abogado puede ejercer sus funciones de manera “Libre” si al mismo tiempo, debe velar por los intereses de la sociedad, y de su cliente (sin considerar que por el hecho de concurrir en tanto *officer* pierde la posibilidad de invocar los privilegios profesionales).
- k. Qué sucede con el resto del directorio cuando al tanto de que existe un abogado entre ellos, y sabiendo que ese abogado tiene como cliente a uno de los accionistas (pudiendo ser un minoritario), se discuten temas relevantes y confidenciales.
- l. Nuevamente, en otras legislaciones, esa posibilidad se encuentra “protegida” desde una regulación comercial muy sofisticada (cfr. Duty of Care, Duty of Royalty y Duty of Good Faith), existiendo, además, sanciones disponibles que claramente tienen un rol preventivo en cualquier posibilidad de *freeriding*. No es nuestro caso –nuevamente–.

(v) En clase hemos revisado la actuación que tuvo la oficina Sullivan & Cromwell con ocasión de la quiebra de Lehman Brothers

En ese caso, una misma oficina de abogados representó de manera coetánea a Lehman Brother y a Merrill Lynch en una hipótesis de *suma cero*. Es decir, solo uno de los clientes podía eventualmente no quiebrar, cuestión que evidenciaba el conflicto de

¹ Cfr. Ver artículo 118 del NCEP.

interés y lo manifiesto de lo directamente adverso entre las pretensiones entre ambos, sin embargo, la oficina de abogados, mantuvo la relación profesional

La regla 1.7 de la ABA Rules señala (Cfr. http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_7_conflict_of_interest_current_clients.html).

Rule 1.7 Conflict Of Interest: Current Clients

(a) Except as provided in paragraph (b), a lawyer shall not represent a client if the representation involves a concurrent conflict of interest. A concurrent conflict of interest exists if:

(1) the representation of one client will be directly adverse to another client; or

(2) there is a significant risk that the representation of one or more clients will be materially limited by the lawyer's responsibilities to another client, a former client or a third person or by a personal interest of the lawyer.

(b) Notwithstanding the existence of a concurrent conflict of interest under paragraph (a), a lawyer may represent a client if:

(1) the lawyer reasonably believes that the lawyer will be able to provide competent and diligent representation to each affected client;

(2) the representation is not prohibited by law;

(3) the representation does not involve the assertion of a claim by one client against another client represented by the lawyer in the same litigation or other proceeding before a tribunal; and

(4) each affected client gives informed consent, confirmed in writing.

Regla 1.7 de las ABA Rules.

(a) Salvo lo dispuesto en el párrafo (b), un abogado no podrá representar a un cliente si la representación implica un conflicto de intereses concurrentes. Un conflicto de intereses concurrentes, si existe:

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

(2) hay un riesgo significativo de que la representación de uno o más clientes se vea materialmente limitada por las responsabilidades del abogado para con otro cliente, un ex cliente o una tercera persona o por un interés personal del abogado.

(b) No obstante la existencia de un conflicto de intereses concurrentes en virtud del párrafo (a), un abogado puede representar a un cliente si:

- (1) el abogado cree razonablemente que el abogado será capaz de proporcionar una representación competente y diligente a cada cliente afectado;
- (2) la representación no está prohibida por la ley;
- (3) la representación no implica la afirmación por parte del abogado de un hecho que funde la acción del otro cliente que éste pudiera tener en contra del cliente del abogado en ese procedimiento o en otro pendiente
- (4) si cada cliente afectado da su consentimiento informado, confirmado por escrito.

En este caso, de hecho, las reglas resultan aplicables. Y Sullivan debió haber renunciado a la representación de uno y otro. La historia y los sucesos dan cuenta, que ninguno de los dos clientes estaban o tenían la posibilidad de hacerlo, porque Sullivan era parte del “salvavidas”. Renunciar a la oficina implicaba que ese que renunciaba se ahogaba. El reconocimiento de ese hecho, sin embargo, no obstaba a Sullivan a tomar la decisión de renunciar. Sin embargo, no lo hizo. De acuerdo a las normas, el hecho de perseverar en la relación profesional significaba que Sullivan sí creía que podía seguir desplegando sus servicios profesionales de manera *competente y diligente* cuestión que era bastante dudosa.

Incluso más, Barclays (el banco de inversión UK) apareció en medio de la crisis como el “salvador”. Éste podía comprar uno de los dos bancos de inversión. El punto era que Barclays era cliente de Sullivan. Es decir, de las tres partes involucradas.

Tal como vimos en clases, Sullivan luego asesoró al gobierno de los Estados Unidos, quien en una decisión económica decidió “dejar” quebrar a Lehman Brothers y “salvar” a Merrill Lynch. Y nuevamente, Sullivan estuvo involucrado en la decisión.

El punto es que tratándose de unas legislaciones comerciales más sofisticadas y avanzadas, con instancias de adjudicación en extremo conscientes de las aristas y externalidades económicas de las decisiones legales, la hipótesis en la que incurrió Sullivan resultó absolutamente infraccional. En particular, la normativa profesional se vio abiertamente vulnerada, y ninguno de tales cuerpos positivados permitió “prevenir” la situación de conflicto.

La pregunta es por qué. Y cómo debería ser la regulación para que ese tipo de situaciones no ocurriera, al menos desde la configuración abstracta de la situación de conflicto.

(vi) En los comentarios a la regla 1.7 de las ABA Rules se contiene el siguiente texto (Cfr.

http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_7_conflict_of_interest_current_clients/comment_on_rule_1_7.html:

Identifying Conflicts of Interest: Directly Adverse

[6] Loyalty to a current client prohibits undertaking representation directly adverse to that client without that client's informed consent. Thus, absent consent, a lawyer may not act as an advocate in one matter against a person the lawyer represents in some other matter, even when the matters are wholly unrelated.

“Identificando supuestos de conflicto de interés: Directamente adverso.

(6) El deber de lealtad que asiste al abogado en su ejercicio profesional le prohíbe asumir la representación o el apoderamiento que sea directamente adverso al de un cliente actual sin que ese cliente actual tome conocimiento de la situación y acepte ésta mediante su consentimiento informado. Por lo mismo, en caso que ese consentimiento informado no medie, el abogado no podrá asumir la representación o apoderamiento indicado, aún cuando las materias o asuntos específicamente no tengan relación entre sí. -I.e. mientras los intereses entre los clientes sean adversos resulta irrelevante el contenido del asunto en sí, mientras no medie el consentimiento informado-.

(v) Comente de manera crítica la regulación sobre conflicto de interés, tomando alguna o todas las referencias que se señalan anteriormente. La idea es que proponga modos de resolver la situación de conflicto -más allá de textos específicos- o si tal, en rigor, debiere ser transparentada y asumida por partes racionales que pueden, ante su irrupción, decidir perseverar en ella y tolerarla, o en su defecto, resistirla.

(vi) Considere las mismas reglas de formato y otras, aplicables a la primera prueba.