

Opción práctica:

“No nos saquemos la suerte entre gitanos”.

1. Hemos visto que la relación entre cliente y abogado puede ser caracterizada como una relación fiduciaria, entendiendo que la “confianza” resultaría un elemento estructural a la misma. De hecho, nuestra regulación, en todo su intento por “parecerse” a la normativa extranjera, ha dado cuenta de manera reiterada de dicha característica. De nuevo: la confianza sería condición de posibilidad en la relación entre el profesional y su asistido. Ellos tiene su justificación en distintas consideraciones. Viz. “full and frank communication”, “el abogado es un servidor de la justicia”, “el abogado es una suerte de auxiliar en la administración de la justicia”. Y las citas -“hippies”- podrían seguir, y todas ellas darían cuenta de esa suerte de profesión inmaculada que por gracia de un título, nos hace depositarios de la confianza ajena y más aún, daría cuenta -ese mismo título- de lo que Levinas denomina la “droiture” moral.

2. Sin embargo, la realidad ha dado cuenta que ello no es así. Y de manera reiterada. Y mucho más que reiterada. Al punto que pareciera que eso de la “relación de confianza” es más bien “el nombre de Dios” -del que habla Zizek-. Es decir, esa suerte de pretensión que nos revela de suyo en nuestra más completa inmoralidad profesional. De ahí, que se hable y enfatice tanto ésto de la “relación de confianza”.

3. Los hechos han demostrado que siempre ha habido abogados presentes en los grandes escándalos financieros. De hecho, Bernard Madoff -el hombre que estafó al mundo- es abogado. Sobre ese punto, la doctrina -siempre, “comparada” porque entre nosotros, el ser “abogado” pareciera seguir generando esa suerte de “halo” a priori- ha anotado el concepto de “gatekeeper” y de su funcionalidad al interior de contextos corporativos. El abogado sería un gatekeeper. Una especie de “guardián” de la adecuada conducta de la compañía en la que desempeña sus labores o de los clientes a quienes asesora. En tal sentido, y en una diferencia considerable con nuestra óptica, la legislación internacional tendería a descansar su exhaustividad si existe presente en la contraparte un abogado que ha visado informes, certificados, reportes, balances y estados de resultado.

4. Sin embargo , (y la conjunción se vuelve más adversativa que nunca) al gringo también su puritanismo (Cfr. Max Weber) le ha pasado la cuenta. Y los abogados, no son ya vistos como “apoderados de virtud” alguna. Más aún, el legislador en clara sobre-reacción a los escándalos financieros (World Com, Tyco, Enron, Mortgage frauds) exige ahora a los profesionales la función que antes presumía en éstos: La de Gatekeeper. Ello significa, que del abogado ya no se espera una conducta supervigilante sino que se le exige ese despliegue a riesgo de su propia condena en cárcel.

“As Senator John Edwards aptly summarized the problem, when companies break the law, “you can be sure that part of the problem is that the lawyers ... are not doing their jobs.”⁸ Edwards successfully persuaded Congress that “corporate lawyers should not be left to regulate

themselves [any] more than accountants should be left to regulate themselves.”⁹ SOX therefore required the Securities and Exchange Commission (SEC) to adopt new ethics rules bringing the corporate lawyer – client relationship into the federal regulatory sphere”.

Traducción: Tal como lo ha señalado el senador John Edwards resumiendo el problema. Cuando las empresas transgreden la ley, usted puede estar seguro que parte del problema es la presencia de un abogado que no hizo su trabajo. Edwards persuadió al Congreso sobre la idea de que los abogados corporativos no “deben ser dejados solos” en la regulación de su despliegue profesional, así como los contadores... Es por ello, que SOX exige a la SEC la adopción de reglas éticas nuevas que exijan del abogado corporativo y sitúen la relación de éste con su cliente, en un contexto regulado y afecto a la vigilancia e imperio de la Comisión”.

5. Es lo que la legislación de valores Estadounidense denomina “up-the-ladder-duties”. En tal perspectiva, seguir hablando de la relación cliente abogado como una fiduciaria, como una en la que prima la “confianza” es como ir vestido con pantalones “pata de elefante” a una fiesta de vampiros; es como pretender escuchar Abba cuando todos están escuchando a Peter Murphy (y las metáforas podrían seguir). Es decir, no es sólo equivocado sino hasta divertido por su desfase. (Nótese en este sentido, que la noción de “up-the-ladder-duties” fue introducida el año 2002 por la Sarbanes-Oxley Act (“SOX”), y que nuestro NCEP es muy posterior a dicha normativa y pese a ello, el cuerpo gremial no da cuenta ni en su texto ni en su discusión del punto en cuestión).

6. Sobre el punto 5. dos observaciones. (i) La introducción del concepto no implica su aceptación. Es decir, la idea es poder generar un acercamiento crítico a la noción. Lo que no puede ocurrir, sin embargo, es simplemente ignorar su desarrollo (considerando su afectación directa entre nosotros a través de las sociedades que listan ADRs., por ejemplo. Además, por expresa disposición administrativa de la Securities Exchange Commission, la sección 307 -que se verá a continuación, se hace aplicable a abogados extranjeros); (ii) Eso no significa que la relación profesional no pueda ser descrita como una fiduciaria en abstracto, el punto es si esa descripción tiene ya sentido en razón del contexto tanto objetivo como subjetivo.

7. La “sección 307” de la SOX señala:

“Not later than 180 days after the date of enactment of this Act, the Commission shall issue rules, in the public interest and for the protection of investors, setting forth minimum standards of professional conduct for attorneys appearing and practicing before the Commission in any way in the representation of issuers, including a rule--

1. requiring an attorney to report evidence of a material violation of securities law or breach of fiduciary duty or similar violation by the company or any agent thereof, to the chief legal counsel or the chief executive officer of the company (or the equivalent thereof); and
2. if the counsel or officer does not appropriately respond to the evidence (adopting, as necessary, appropriate remedial measures or sanctions with respect to the violation), requiring the attorney to report the evidence to the audit committee of the board of directors of the issuer or to another committee of the board of directors comprised solely of directors not employed directly or indirectly by the issuer, or to the board of directors.”

Traducción.

“En un plazo no superior a 180 días de la promulgación de la presente ley, la Comisión [SEC] deberá dictar las reglas que permitan una adecuada protección del interés público y los inversionistas, y que implemente estándares mínimos de conducta profesional aplicables a los abogados que concurren y ejerzan profesionalmente ante la Comisión en apoderamiento, cualquiera fuera su forma, de sociedades o personas jurídicas afectas a la vigilancia de esta comisión. Las reglas a dictar deberán comprender:

1. Todo abogado deberá reportar y allegar los antecedentes probatorios fundantes, sobre cualquier infracción material a la Ley de Mercado de Valores, o infracción de un deber fiduciario o circunstancia similar incurrida por la Compañía para la que desempeñe funciones sea como dependiente o consultor externo, o por algún apoderado de ésta. Dicha información deberá ser puesta en conocimiento del Fiscal de la Compañía o su Gerente General o su equivalente; y

2. Si el Fiscal o el Gerente General o la persona que desempeña un cargo equivalente a quien el abogado ha reportado la o las infracciones antes referidas, no respondiera de manera adecuada a dichos antecedentes o no adoptara las medidas correspondientes a la información allegada (comprendiéndose entre tales, las sanciones equivalentes a dichas infracciones), el abogado deberá reportar tal información y antecedentes al comité auditor del Directorio de la compañía, o a algún comité equivalente asesor del Directorio de la Compañía que no se encuentre en una situación de subordinación con la compañía, o directamente al Directorio”.

8. La implementación de la Sección 307 puede ser revisada en el siguiente link. (está sólo en inglés. Pero la traducción de Google funciona bastante bien).

<http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm>

9. ¿El problema es ético? ¿Cómo regular la relación cliente abogado? Desde la abstracción y la visión formularia que la entiende como una relación de confianza. ¿Qué ventajas o externalidades tiene regular la relación profesional tal como lo hace el NCEP -que la supone como una fiduciaria-? ¿Y qué ventajas o externalidades tendría regularla desde una noción de “Up the ladder duties”? Considere la siguiente cita:

“One explanation for the attorneys’ failure may be that they lost sight of the fact that the corporation was their client. It appears that some of these attorneys considered the officers to be their clients when, in fact, the attorneys owed duties to Enron.”

Traducción:

“El fallo en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los abogados puede ser explicado en el sentido de que el profesional perdió de vista quién era su cliente. Al parecer, alguno de los

abogados concebían a los “ejecutivos” de las compañías para quienes trabajan como sus clientes, y no a la compañía que lo había contratado y a quién debían deberes fiduciarios”.

De lo que se ha expuesto, apareciera que la forma de regular la relación profesional no depende tanto de su estructura sino de los incentivos a los que se encuentra afecto el abogado. Vimos en clases, que una de las razones del despliegue infraccional de los abogados en los escándalos financieros encontraba justificación en la trama de stock options de la que éstos eran titulares. De tal manera, la motivación para defraudar era real y representacionalmente superaba en éstos el costo que tenía aparejado. Éstos querían entregar la información falsa que estaban entregando porque de esa forma y exponencialmente, se veían beneficiados.

Sin duda alguna, que los abogados acceden a información sensible e importante y depende de éstos, la representación a una autoridad superior del contenido de la misma, o por el contrario, la reserva de los antecedentes de que conocen. El punto, es que la pregunta: “Cómo debe actuar el abogado en ese caso” no es ya “normativa-kantiana” sino “pavloviana”. Es decir, no es que el abogado elegirá el Bien, sino que elegirá su-bien. Y en razón de esa “nueva forma” de despliegue, la regulación debe generar una respuesta. Se trata, en definitiva, de encontrar los incentivos, y precaver su “juego”. Concepciones pre-concebidas deberían dar lugar a modelos económico-descriptivos-cognitivos (Cfr. que permitan adelantar la decisión del abogado, y precaver la sanción E.g. Dilema del Prisionero, dilema del fugitivo:

(i) http://works.bepress.com/renzo_saavedra/1/

(ii) http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf

Por lo mismo, regulaciones gremiales que pretendan hacer operativas reglamentaciones desde un eventual “deber ser” fallan, porque esa regulación, buscan efectividad, debiere adoptar patrones económico-conductuales.

NOTA. Recuerde eso sí, que las normas que se están revisando sólo aplican al “abogado corporativo” que puede ejercer “corporativa o judicial-administrativamente” ante la Comisión. Aunque esta nueva forma de regular tiende a volverse la regla en otros ámbitos profesionales. Sin embargo, el debate lo restringimos

10. Revise los siguientes links:

(i)
http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=54313

(ii)
http://www.svs.cl/sitio/admin/Archivos/com_20120622-02.PDF

(iii)

<http://diario.latercera.com/2013/06/02/01/contenido/negocios/27-138228-9-caso-la-polar-multas-de-la-svs-dieron-origen-a-27-juicios-civiles.shtml>

(iv)

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000100003&script=sci_arttext

11. Por experiencia -el suscrito es abogado corporativo y ha concurrido ante la SEC- la “regulación gremial” parece muy insuficiente y desfasada en su posibilidad de efectividad. Pero la sección 307 y sus implementaciones, son de una estrictez abrumante y asumen en el abogado una posición pareciera contradictoria. Hay un punto, eso sí, complejo y no sé si todos han visto esas series de HBO en donde muestran las cárceles en EE.UU. Ese es el punto complejo.

Qué hacer, entonces.