

José Carlos Llerena Robles^(*)

Y la pregunta del millón: **¿quién es el cliente?** Acerca de la importancia de la identificación del cliente^{(**)(***)}

«EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE HAY UNA SITUACIÓN JURÍDICA DE VENTAJA Y OTRA DE DESVENTAJA. A PARTIR DE ESTO, RESULTA EVIDENTE QUE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE DESVENTAJA DEL ABOGADO CONSTITUYE UNA DEL TIPO DE DEBER, MEDIANTE LA CUAL SE PRETENDE SATISFACER EL INTERÉS DEL CLIENTE (DÍGASE INTERÉS AJENO)».

1. Introducción

Heráclito dijo “nadie se puede bañar dos veces en el mismo río, porque el río permanece, pero el agua ya no es la misma”⁽¹⁾. Las palabras del citado filósofo presocrático demuestran lo cambiante y mutante que resulta ser nuestra realidad. Si bien este enunciado fue formulado en el siglo V A.C., si reparamos y echamos un vistazo a nuestra sociedad, podremos corroborar lo visionario que resultó ser. Efectivamente, en la actualidad todo varía constantemente, nuestras costumbres, herramientas e inclusive, las profesiones. El ejercicio de distintas profesiones como la medicina, ingeniería, entre otras, ha variado en virtud de los aportes tecnológicos y nuevas necesidades que nacen a partir del fenómeno de la globalización. El derecho no es ajeno a estos factores y, al igual que otros oficios, ha acoplado su ejercicio a las nuevas necesidades de las personas así como ha ido aprovechando las distintas herramientas que la tecnología le ha podido suministrar. Entre los cambios evidentes del nuevo paradigma del ejercicio de la abogacía resultaron ser el uso de software para el cobro de honorarios, el uso del Internet como mecanismo de publicidad, la especialización de los abogados por cada materia a abordar, entre otros⁽²⁾.

(*) Estudiante de Octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**. Asistente de docencia del curso de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado dictado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Agradezco los comentarios de Juan Luis Avendaño Cisneros, Beatriz Boza Dibos y Fedor Llerena Dextre. No obstante lo mencionado, las ideas vertidas en el presente trabajo son de entera responsabilidad del autor.

(***) A mi madre.

(1) Citado por MARÍAS, JULIAN. *Historia de la Filosofía*. Madrid: Alianza, 2001. p. 26.

(2) Para una mayor aproximación al nuevo escenario de la abogacía, véase BOZA DIBOS, Beatriz. *La abogacía: ¿profesión o empresa? Nuevos desafíos para el ejercicio profesional del abogado*. En: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. pp. 291-385.

El presente artículo tiene como finalidad analizar de manera específica el nuevo escenario del ejercicio de la abogacía, circunscrito a un elemento fundamental de la misma: la relación abogado-cliente. Estamos convencidos de que tanto el fenómeno de la globalización como el desarrollo de las tecnologías han generado modificaciones drásticas en la tradicional relación abogado-cliente, las cuales ameritan un especial estudio, en virtud de las distintas consecuencias que podrían generarse en sede de responsabilidad profesional. No podemos comenzar el estudio mencionado sin antes advertir al lector que no pretendemos agotar completamente el tema propuesto ya que, como se podrá apreciar, este se encuentra dotado de extensas dimensiones, que nos forzaría a excedernos del espacio proporcionado por la Comisión de Publicaciones. Sinceramente, y con la debida humildad de por medio, el móvil que nos llevó a emprender esta empresa fue dar el “pitazo inicial” a un debate, en el cual es nuestra expectativa que los agentes del derecho respondan y alimenten desde sus distintas perspectivas y posiciones, ya que consideramos que el tema a abordar, o mejor dicho la discusión a iniciar, no ha sido tratado con la debida dedicación e importancia, tanto exegética, jurisprudencial como doctrinalmente, en sede nacional. Desde ya, afirmamos que nuestro cometido es sacar a la superficie un tema trascendental que en nuestro contexto local no ha sido atendido ni siquiera de manera superficial⁽³⁾, ya que, aparentemente, se ha subestimado su importancia o ha sido analizado implícitamente sin merecer un espacio particular. Teniendo claras las metas y expectativas por nuestra parte, no nos queda más que comenzar, cual partera griega, a “sacar a la luz” un tema esencial en el ejercicio -ético- de la abogacía. El *iter* del presente trabajo comenzará por explicar y evidenciar el nuevo paradigma de la relación abogado-cliente, luego procederemos a exponer las razones que ameritan el estudio de esta relación profesional; en tercer lugar, esbozaremos las nuevas relaciones abogado-cliente que se dan en la actualidad, en distintas ramas del derecho; finalmente, mostraremos cómo se ha regulado, localmente, la materia estudiada.

«LA RELACIÓN TRIPARTITA EN ESTE SUPUESTO, DE ACUERDO A LO DETERMINADO POR MOORE, NACE CUANDO “EL ABOGADO ES CONTRATADO POR LA ASEGURADORA PARA DEFENDER AL ASEGURADO EN UNA ACCIÓN INTERPUESTA CONTRA ESTE”».

2. Nuevo paradigma de relación abogado-cliente

La relación abogado-cliente, en simples términos, es una relación jurídica profesional entablada entre un abogado y una persona⁽⁴⁾, a efectos que la primera le brinde sus servicios profesionales. Consideramos que la contraprestación por parte del cliente no es un requisito *sine qua non* a efectos de constituir una relación profesional, ya que bien se puede conformar esta en un caso probono o cuando los honorarios del abogado son asumidos por un tercero, tal como se podrá apreciar posteriormente. No hemos podido encontrar una definición, en doctrina, acerca de lo que constituye una relación jurídica profesional, menos aun de aquella entablada entre un abogado y un cliente; por lo cual, en la presente sección llegaremos a formular una definición de relación jurídica profesional a partir de la definición de dos elementos de la nomenclatura de la misma: (i) relación jurídica; y (ii) profesional. Por un lado, una relación jurídica es “una vinculación intersubjetiva concreta de cooperación”⁽⁵⁾; y, según la Real

(3) Debemos destacar las cátedras de los doctores Beatriz Boza Dibos, José Ramírez-Gastón Roe, Juan Luis Avendaño Cisneros, José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno, Luis Carlos Rodrigo Prado y Christian Chocano Davis, quienes en sus distintos planes de clase del curso de Ética y Responsabilidad Profesional, dictado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, han reservado un módulo para abordar este tema.

(4) Cuando utilizamos el término persona no lo estamos restringiendo únicamente a persona natural sino a cualquier sujeto de derechos.

(5) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto*. En: *Themis*. Número 27 y 28. 1994. p. 47.

José Carlos Llerena Robles

Academia Española profesional es “una persona que ejerce una profesión”⁽⁶⁾. Por lo tanto, podemos decir que una relación jurídica profesional, es aquella relación jurídica donde, por un lado, un profesional -como es el caso de un abogado- es titular de una situación jurídica de desventaja⁽⁷⁾, ya que tiene que satisfacer un interés ajeno -el del cliente- mediante el ejercicio de servicios legales; y en el otro lado de la relación se encuentra el cliente que ostenta una situación jurídica de ventaja, ya que este, a partir de la asimetría informativa⁽⁸⁾ existente con relación al profesional, ha acudido a este para que mediante una prestación -brindarle sus servicios legales- satisfaga su interés⁽⁹⁾. Desde ya indicamos que uno de los aspectos positivos de la definición alcanzada de relación abogado-cliente es su flexibilidad para acoplarse a los distintos contextos que la profesión vaya atravesando; debido a que, como toda relación jurídica, vincula a los sujetos que ostentan una situación jurídica de ventaja y desventaja respectivamente, sin perjuicio que la identidad de tales sujetos vaya sufriendo complejidades como se explica en las líneas sucesivas.

Si bien hace décadas se viene utilizando una concepción o idea tradicional de la relación abogado-cliente⁽¹⁰⁾, entendida, en alguna medida, como aquella que se constituye a partir de una vinculación inmediata y presencial entre el letrado y el

cliente, hoy en día creemos que esta definición ha quedado desfasada. De este cambio se dio cuenta, hace treinta años aproximadamente, el juez Arthur Sprecher cuando mencionó, de manera categórica, que “un cliente no es simplemente la persona común y corriente que entra a la oficina del abogado”⁽¹¹⁾. Asimismo, Gillers afirma que, en un estudio que efectúa sobre otra arista referida al tema tratado en el presente trabajo, “los abogados ya no pueden circunscribirse pacíficamente al entendimiento tradicional que propone que un cliente es fácilmente identificable y que es la única persona a la que el abogado debe prácticamente todo el conjunto de deberes profesionales”⁽¹²⁾. El mismo autor, en líneas siguientes, menciona que es verdad que en la gran mayoría de casos el cliente es el que “acude al despacho del abogado”, si es que incluimos dentro de esta metáfora los supuestos en los cuales el abogado se dirige donde el cliente, cuando se contactan por e-mail o vía telefónica, o el supuesto en el cual el abogado acude a prisión a conocer a su cliente⁽¹³⁾. Aquellos que ejerzan la profesión

(6) <http://www.rae.es>.

(7) Debemos precisar que cuando hacemos mención a situaciones jurídicas de ventaja o desventaja, lo hacemos de una manera técnica, ya que son los términos que corresponden dentro de una relación jurídica, véase, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*; pp. 41-56; BRECCIA, Humberto. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. pp. 351-366. Asimismo, tal como la teoría de derecho civil reconoce, las situaciones jurídicas de ventaja o desventaja no tienen tales características de manera absoluta; es decir, es posible -como sucede en el caso del abogado- encontrar una situación jurídica de desventaja, en vista que tiene que satisfacer un interés ajeno, con aspectos de una de ventaja, como resulta ser el hecho que el cliente deba efectuar una contraprestación por la satisfacción de su interés.

(8) De acuerdo a Bullard González podemos entender a la asimetría informativa como “una situación en la que una de las partes en el negocio jurídico conocía información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado”. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Cuando la gente se equivoca. La asimetría y los defectos de información en la contratación*. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2da edición. Lima: Palestra, 2006. p. 440.

(9) Estamos convencidos que este tipo de relación jurídica (sobretudo aquella que vincula al abogado con el cliente) merece de un estudio particular que excede los fines del presente trabajo.

(10) OSORIO Y GALLARDO, Ángel. *El alma de la Toga*. Valleta, 1997. pp. 45-70.

(11) “The client is no longer simply the person who walks into a law office”. *Westinghouse Elec. Corp. v. Kerr-McGee Corp.*, 580 F.2d 1311-1318 (7th Cir. 1978).

(12) “No longer can lawyers safely subscribe to the traditional understanding, as I shall call it, which posits an identifiable client to whom, and to whom only, the lawyer owes nearly the entire gamut of professional duties”. GILLERS, Stephen. *Virtual clients: an idea in search of a theory (with limits)*. En: *Valparaiso University Law Review*. Número 42, 2008. p. 797.

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

pueden dar fe de lo afirmado por Sprecher o Gillers, tal como se demostrará en el acápite 4. Asimismo, sin perjuicio del desarrollo posterior en la sección pertinente, podemos enunciar algunos aspectos que consolidan la afirmación de los autores mencionados, como resulta ser el hecho que en el ejercicio de la profesión muchas veces el abogado no llega a conocer en persona al cliente ya que todas las comunicaciones se efectúan vía e-mail; cuando los clientes resultan ser corporaciones; la efímera relación con los clientes actuales, a comparación de los de décadas pasadas donde la permanencia era una característica propia de la relación abogado-cliente; e, inclusive, los supuestos frecuentes donde los potenciales clientes efectúan una consulta revelando información confidencial, no llegando a materializar el encargo.

Por tanto, a partir de la noción determinada de relación abogado-cliente resulta evidente que esta no peca de ser extremadamente restrictiva, ya que, como toda relación jurídica, vincula a los sujetos que ostentan una situación jurídica. No obstante, será el contexto que atraviese la sociedad, y por ende la profesión, el que dotará de contenido tal estructura. Como hemos podido apreciar, el contenido ya no es por antonomasia el de una relación abogado-cliente tradicional, ya que muchas veces, como se sustentará más adelante, el que “acude a la oficina del abogado” no es la persona que gozará de sus servicios o, inclusive, no será necesariamente aquella que pague sus honorarios profesionales, por lo cual estamos ante un nuevo paradigma de la relación abogado-cliente, la cual merece un estudio particular por los motivos que se expondrán a continuación.

3. ¿Quién es cliente? ¿Importa?

Tal como lo establece Podgers, la pregunta contenida en el título de la presente sección parece ser una simple interrogante;

no obstante, acota, una respuesta errónea ante ella puede conllevar a insertarse en un “campo minado de ética y responsabilidad profesional”⁽¹⁴⁾, ya que cuando estamos ante una relación abogado-cliente, en lo términos establecidos en el acápite anterior, el letrado debe resguardar ciertos imperativos deontológicos en beneficio de su cliente y la sociedad en general. Por esto, de manera metafórica, se puede afirmar que la relación abogado-cliente es el umbral que lleva al abogado a un mundo de deberes y derechos en vinculación con su cliente. En este sentido, consideramos que el conocimiento de la identidad de este último es fundamental y necesario para poder conocer con quién, en los hechos, el abogado mantiene una relación profesional; de la cual, como hemos podido corroborar, se derivan una serie de consecuencias de índole ética y profesional. Por ello, coincidimos con la importancia que le atribuye Podgers a esta simple pregunta con respuesta compleja, cuando menciona que “la respuesta es crucial para poder establecer si estamos ante una relación abogado-cliente existente. Y la existencia de esta relación genera una serie de deberes éticos y legales que el abogado debe al cliente en asuntos vitales, como resulta ser, por ejemplo, el secreto profesional y el conflicto de intereses”⁽¹⁵⁾.

Hemos podido determinar que son cuatro⁽¹⁶⁾ los aspectos que ameritan que un abogado sepa responder de manera correcta la interrogante acerca de la identidad de su cliente: (i) El

(13) “True, the great majority of clients today are ‘the person who walks into a law office’ if we include in that figurative description the lawyer who walks into the client’s office, the lawyer and client who meet (for example) via telephone or e-mail, and the lawyer who visits the client in prison, simplifies the lawyer’s life”. *Ibid.*

(14) “It seems like a simple question, but getting the answer wrong can lead you into an ethics minefield”. PODGERS, James. *Who is the client?* En: *ABA Journal*. Enero 2004. p. 49.

(15) “The answer is crucial, however, to establishing whether a lawyer-client relationship exists. And the creation of that relationship triggers a series of legal and ethical duties that the lawyer owes to the client on such vital matters as confidentiality and conflicts of interest”. *Ibid.*

(16) En el año 2006 efectuamos una investigación para el curso de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado dictado en la Facultad de Derecho la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la cual concluimos que las razones mencionadas eran aquellas que fundamentaban la trascendencia de la pregunta ¿quién es el cliente?

José Carlos Llerena Robles

interés de quién se tutela; (ii) hacia quién debe el abogado sus obligaciones o imperativos profesionales; (iii) hacia quién el abogado debe exigir el cumplimiento de los deberes del cliente; (iv) conflicto de intereses. A continuación, procederemos a analizarlos.

3.1. El interés de quién se tutela

En el marco de una relación abogado-cliente hay una situación jurídica de ventaja y otra de desventaja. A partir de esto, resulta evidente que la situación jurídica de desventaja del abogado constituye una del tipo de deber, mediante la cual se pretende satisfacer el interés del cliente (dígase interés ajeno). Esta es la misión del abogado. Existen fuentes que demuestran que lo afirmado anteriormente data del siglo XIX, cuando Lord Brougham mencionó que “la misión de un abogado es lograr las metas del cliente, de manera ética y legal”⁽¹⁷⁾. Efectivamente, como se ha expresado anteriormente, el cliente necesita del abogado por la asimetría de información existente entre ellos, ya que el primero carece del conocimiento jurídico a efectos de satisfacer su interés, razón por la cual acude a un abogado para que este procure satisfacerlo, usualmente⁽¹⁸⁾, a cambio de una contraprestación pecuniaria. Sin perjuicio de que analizaremos el marco normativo posteriormente, en este extremo resulta necesario indicar que el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú de 1997 (en adelante, “el Código”), mediante el artículo 25 establece que el abogado se debe al cliente y que debe satisfacer su interés, tal como se desprende de su contenido literal:

“Artículo 25 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú

Es deber del Abogado para con su cliente servirlo con eficiencia y empeño para que haga valer sus derechos. No debe supeditar su libertad ni su conciencia, ni puede exculparse de un acto ilícito, atribuyéndolo a instrucciones de su clientela”.

Asimismo, el Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional⁽¹⁹⁾ (en adelante, “el Proyecto”), producto de una elaboración más profunda, analítica y cuidadosa, establece lo siguiente:

“Artículo 8 del Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional

El abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con competencia y diligencia y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad, celo en el patrocinio, cuidadoso manejo de los bienes del cliente y demás deberes establecidos en la normativa vigente y en el presente Código”.

3.2. ¿Hacia quién debe el abogado sus obligaciones éticas y de responsabilidad profesional?

La doctrina asigna una serie de deberes del abogado hacia su patrocinado, ya que, como lo menciona Gómez Pérez, “el cliente acude a él [abogado] buscando seguridad, competencia y honradez profesional”⁽²⁰⁾. Es importante recalcar, tal como lo hace el autor mencionado, que estos deberes se configuran independientemente de las obligaciones nacidas del contrato⁽²¹⁾ de prestación de servicio o de obra, entre el abogado y cliente; por ende, nos referiremos específicamente a deberes de índole ético y profesional⁽²²⁾. Si bien Gómez Pérez, en su obra, nos indica una serie de imperativos que debe seguir el letrado frente

(17) “A lawyer’s task is to achieve the client’s goal, ethically and legally, come what may”. Great Britain Parliament House of Lords, Caroline. 2. *The trial of the Queen of England, in the House of Lords*. 1820 3 (1821).

(18) Decimos usualmente porque puede darse el caso del servicio profesional gratuito que forma parte del *pro bono* jurídico.

(19) El Proyecto es una medida de autorregulación que pretende ser exigible a los abogados que lo suscriban, en vista de lo desfasado que resulta ser la normativa deontológica. En la elaboración de este Proyecto participaron abogados, clientes y estudiantes, bajo la coordinación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La participación de estos distintos agentes es un factor que determina la integral y especializada regulación contenida en el Proyecto.

(20) GOMÉZ PÉREZ, Rafael. *Deontología Jurídica*. Navarra: Universidad de Navarra, 1991. p. 168.

(21) En el argot profesional este contrato es muchas veces conocido como el *Retainer Agreement*.

(22) “Quiere decir esto que, además de los elementos contractuales, cuentan la dimensiones éticas”. GOMÉZ PÉREZ, Rafael. *Op. cit.*; p. 168.

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

a su cliente, consideramos que, además de los mencionados por el autor, se debe hacer especial énfasis en el deber de secreto profesional, por las trascendentes implicancias que posteriormente detallaremos. En las siguientes líneas, procederemos a explicar cada uno de estos deberes, generados a partir de la relación jurídico profesional de abogado-cliente, de manera sucinta y concisa, ya que no es el objeto principal del presente trabajo, no obstante sea necesario al menos dejar claro qué exhorta cada uno de ellos.

3.2.1. Deber de conocimiento

En este caso estamos ante un deber de carácter diádico; es decir, que este se atribuye al abogado en dos manifestaciones: deber de conocer y deber de darse a conocer. En el primer caso, a lo que se refiere es que el abogado, para asumir un caso, citando a Gómez Pérez, "(...) debe conocer lo más íntimamente posible todo el trasfondo de la situación que es objeto del proceso"⁽²³⁾. Con ello se pretende que el abogado, a través de la comunicación con el cliente, conozca toda la información pertinente para poder satisfacer el interés de aquel. En la segunda acepción mencionada, se obliga al letrado a darse a conocer como tal al cliente, ya que este confía en él debido a sus cualidades personales y profesionales. Coincidimos con el autor mencionado anteriormente en que este deber debe ser eficaz para "(...) que el cliente pueda sentirse seguro"⁽²⁴⁾.

En relación a la primera manifestación del deber tratado en este extremo, nuestro Código de Ética omite pronunciarse expresamente al respecto; sin embargo, puede interpretarse que este se encuentra amparado por el deber de diligencia, el cual será tratado posteriormente. Y, en el caso del deber de darse a conocer, tampoco hay una regulación expresa por nuestro Código; pero podría inferirse esta obligación, en sentido

lato, del artículo 3, que versa sobre el deber de honradez y buena fe⁽²⁵⁾.

3.2.2. Deber de fidelidad

Según la Real Academia Española, fidelidad, que proviene del latín *fidELITAS*, significa "lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona"⁽²⁶⁾. A partir de esta definición etimológica, se puede determinar que, en el caso de la relación abogado-cliente, el letrado debe ser leal a la confianza que el cliente deposita en él, generada por la propia relación profesional. Por ello, este imperativo impone al abogado, como bien lo menciona Gómez Pérez⁽²⁷⁾, mantener, respecto al cliente, una actitud de fidelidad. Resulta pertinente recalcar que este deber de fidelidad o lealtad no se extingue luego del cese de la relación contractual; ya que, como lo menciona el autor citado previamente⁽²⁸⁾, aun luego del término de la relación del abogado con el cliente, el primero debe guardar lealtad a su ex patrocinado (*former client*), conducta que se manifiesta de manera fehaciente en el secreto profesional.

Consideramos que, si bien nuestro Código no dispone artículo alguno para regular explícitamente este deber deontológico, se puede constatar su presencia a partir de una interpretación integral de sus artículos⁽²⁹⁾, ya que en la *ratio legis*⁽³⁰⁾ de estos se puede inferir que una finalidad de ellos es preservar el deber de fidelidad.

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.* p. 169.

(25) "Artículo 3 del Código de Ética de los colegios de abogados del Perú
El abogado debe obrar con honradez y buena fe. No debe aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la administración de justicia".

(26) <http://www.rae.es>.

(27) "Desde el momento en que el abogado acepta el encargo se debe al cliente y debe mantener respecto a él una actitud de fidelidad". GÓMEZ PÉREZ, Rafael. *Op. cit.*; p. 169.

(28) "La fidelidad persiste una vez que ha cesado la relación contractual". *Ibid.*

(29) Este deber se puede ver reflejado en los artículos que regulan el secreto profesional (artículo 10), las obligaciones para el cliente (artículo 25), la renuncia al patrocinio (artículo 30), etcétera.

(30) "Según el método de la *ratio legis* el qué quiere decir una norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que

José Carlos Llerena Robles

3.2.3. Deber de igualdad de trato

Cuando nos referimos a la obligación de igualdad de trato por parte del abogado, nos estamos refiriendo a que este debe tratar por igual todos los encargos que haya asumido, sin hacer distinción alguna en base a la cuantía de cada uno. Es decir, el abogado deberá prestar un mismo nivel de servicio idóneo de trabajo para los encargos aceptados sin hacer discriminación alguna sobre el contenido patrimonial de cada uno. Cuadros Villena afirma que, de manera categórica, en relación a este deber, "(...) es pues obligación del abogado pretender el triunfo del derecho del cliente y para ejercitar su ministerio no necesita estímulo alguno, y menos de carácter patrimonial"⁽³¹⁾. Por esta misma razón, Gómez Pérez⁽³²⁾ enfatiza que no se puede hablar, dentro del campo de la ética de casos de menor o mayor cuantía, ya que tales parámetros resultan inútiles para regular el comportamiento debido del abogado. Nuestro Código regula este deber de una manera escueta al mencionarlo en las obligaciones para con el cliente en el artículo 25⁽³³⁾. Consideramos que se debió adoptar, al menos, una regulación como la portorriqueña⁽³⁴⁾, que permite, a partir de su tenor literal, inferir este imperativo profesional.

3.2.4. Deber de información

Este imperativo establece que el abogado debe mantener una comunicación constante con el cliente, con la finalidad de mantener informado a este del proceso o de la situación del asunto sobre el cual le esté asesorando. Consideramos que este deber persigue dos finalidades. Por un lado, se busca, con la comunicación debida entre la partes, generar un ambiente propicio para que perdure la relación de confianza establecida inicialmente;

es decir, para garantizar la confianza a partir de una actuar transparente del letrado. Por otro lado, este deber es necesario para que el abogado pueda actuar debidamente, es decir, actuar en función del interés de su patrocinado, tal como hemos establecido anteriormente. A través de la comunicación constante el abogado podrá plantearle al cliente las posibles soluciones a su caso para que este adopte una decisión que deberá ser acatada por el abogado. Una vez más, nuestro Código cae en una deficiente regulación al omitir algún artículo que verse sobre este deber en particular⁽³⁵⁾.

3.2.5. Deber de buscar la mejor solución

Esta carga ética impone al abogado satisfacer el interés del cliente de la mejor manera. Este último término, "mejor manera", se puede interpretar de distintos sentidos, como la manera más económica en cuestión de asunción de costos, la solución más rápida, la que satisfaga totalmente el interés del patrocinado, etcétera. Es fundamental hacer hincapié en que el criterio para determinar cual es la mejor solución debe estar supeditado al interés del cliente, ya que es a este a quien el abogado se debe. Sin embargo, no es únicamente necesario que la solución que procure el abogado sea la mejor para el patrocinado, sino además, se requiere el consentimiento de este para que el primero

puede extraerse de su propio texto". RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. p. 266.

(31) CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Ética de la Abogacía y Deontología Forense*. 2da edición. Lima: Fecat, 1994. p. 272.

(32) "En realidad, no se puede hablar, desde el punto de vista ético, de casos de menor y de mayor cuantía". GÓMEZ PÉREZ, Rafael. *Op. cit.*; p. 170.

(33) "Artículo 25 del Código de ética de los colegios de abogados del Perú
Es deber del abogado para con su cliente servirlo con eficiencia y empeño para que haga valer sus derechos. No debe supeditar su libertad ni su conciencia, ni puede exculparse de un acto ilícito, atribuyéndolo a instrucciones de su clientela".

(34) "Canon 18 de Cánones de ética del abogado de Puerto Rico
(...) Es deber del abogado defender lo intereses del cliente diligentemente, desplegando en cada caso su más profundo saber y habilidad y actuando en aquella forma que la profesión jurídica en general estima adecuada y responsable".

(35) A diferencia nuestra, en Puerto Rico sí se regula este deber, contenido en el Canon 19, tal como se puede apreciar a continuación:

"Canon 19 de Cánones de ética del abogado de Puerto Rico

El abogado debe mantener a su cliente siempre informado de todo asunto importante que surja en el desarrollo del aso que le ha sido encomendado".

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

obre, tal como lo afirma Gómez Pérez en el caso concreto de la conciliación⁽³⁶⁾. En este sentido, nuestro Código solo ha previsto el deber de buscar la mejor solución desde el punto de vista de la economía procesal, específicamente en el artículo 5, que trata sobre el abuso de procedimientos⁽³⁷⁾. No obstante, lo mencionado se puede interpretar, también, que este deber está inserto en el deber de diligencia que trataremos a continuación.

3.2.6. Deber de diligencia en la tramitación de la causa

El deber de diligencia, en el ámbito de la ética y responsabilidad profesional, se refiere a exhortar al abogado a realizar todo lo que esté a su alcance para satisfacer los intereses de su cliente, evidentemente, dentro del parámetro de la licitud. Coincidimos con Paredes Marroquí, al determinar que este deber por parte del abogado “(...) surge a partir que se entabla la relación abogado-cliente (...)”⁽³⁸⁾, y lo define como “(...) el deber de poner todo el empeño y atención en el encargo confiado al abogado por parte del cliente”⁽³⁹⁾. Al igual que otros deberes, la función de este es de “cuidar la confianza que el cliente pone en el abogado al cual encomienda un determinado caso”⁽⁴⁰⁾. Si bien esta carga ética profesional perdura durante la relación con el cliente, debe ser respetada hasta cuando el patrocinio va a finalizar para evitar poner a aquel en un estado de indefensión. Ejemplos concretos de este deber son el “(...) no aceptar más casos de los que se puede atender con una diligencia ordinaria,

teniendo en cuenta también el *tempus* de la administración de justicia por los tribunales”⁽⁴¹⁾, o, actuar de manera que la esfera privada del abogado no influya en el deber de diligencia de su oficio. Al igual que Paredes Marroquí, creemos que lo previsto por nuestro Código respecto a este deber resulta escueto, ya que contiene una pobre regulación⁽⁴²⁾.

3.2.7. Deber de guardar el secreto profesional

Esta obligación, en sentido deontológico, consiste en que el abogado no podrá revelar aquella información confidencial obtenida del cliente antes, durante o después de la relación profesional. Como bien lo establece Schmidt, por secreto profesional podemos entender aquella “(...) información confidencial recibida por una persona en el ejercicio de su profesión”⁽⁴³⁾. No obstante, la doctrina establece que este deber se guarda, inclusive en casos en los cuales no se haya llegado a perfeccionar una relación abogado-cliente, o contractual⁽⁴⁴⁾. Creemos, al igual que Martínez Val⁽⁴⁵⁾, que la importancia de este deber radica

(36) “Naturalmente el abogado solo puede intentar convencer a su cliente sobre la oportunidad de la transacción o de la conciliación; si este insiste en su deseo de plantear el litigio, el abogado puede hacerlo”. GÓMEZ PÉREZ, Rafael. *Op. cit.*; p. 170.

(37) “Artículo 5 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú
El abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios”.

(38) MARROQUÍ PAREDES, Juan Alberto. *Alcances del deber de diligencia*. En: *Derecho y Sociedad*. Número 24, 2005. p. 377.

(39) *Ibid.*

(40) *Ibid.* p. 374.

(41) GÓMEZ PÉREZ, Rafael. *Op. cit.*; p. 170.

(42) “El Código de Ética contempla el deber de diligencia en su artículo 25°. La contempla de manera muy escueta, no haciendo mención sobre sus alcances, ni se refiere a las situaciones que hemos analizado en el presente trabajo. Una reforma del artículo con la finalidad de llenar de mayor contenido a este importante deber, servirá a los juzgadores (en controversias éticas) y abogados”. MARROQUÍ PAREDES, Juan Alberto. *Op. cit.*; p. 377.

(43) SCHMIDT, Eduardo. *Ética y Negocios para América Latina*. Lima: Universidad del Pacífico, 2001. p. 205.

(44) “La reserva es también debida a quien no alcanzó a ser propiamente cliente del abogado”. CARRERA BASCUÑÁN, Elena. *El secreto profesional del abogado*. Santiago: Jurídicas de Chile, 1963. p. 43. Al igual, Ángel Osorio y Gallardo se manifiesta cuando determina que “(...) el abogado es abogado siempre y aunque se limite a escuchar una consulta, repeliendo después el negocio, sus obligaciones nacidas de aquella conversación son tan apretadas como si hubiera asumido la defensa (...)” OSORIO Y GALLARDO, Ángel. *El alma de la toga*. Valleta, 1997. p. 61.

(45) “Si no hubiera clima de confianza, aún más, de seguridad, de que el abogado va a conservar las confidencias que se le hacen en el más escrupuloso silencio, el cliente no le abriría, en ningún caso, las puertas de su vida y las congojas de su alma”. MARTÍNEZ VAL, José María. *Abogacía y abogados*. Barcelona: Bosch. p. 207.

José Carlos Llerena Robles

en la confianza que debe derivar de la actuación del letrado en la relación con el cliente, para que, de alguna manera, este tenga incentivos y garantías para poner al primero en una mejor posición de conocimiento del caso concreto a ser resuelto. A diferencia de muchos de los deberes comentados precedentemente, nuestro Código sí regula este imperativo en sus artículos 10, 11 y 12, y lo hace de manera considerable, aunque no suficiente, tal como lo ha demostrado el esfuerzo reglamentario del Proyecto, ya que prevé los casos en los cuales se puede revelar la información, el alcance del deber del abogado, etcétera. Sin embargo, pensamos que se pudo llegar a una regulación más rigurosa y detallada, como se puede evidenciar en el Proyecto, ya que, por ejemplo, hay causales de revelación de la información que no son claras que genera inseguridad a la hora de establecer si un abogado ha incurrido o no en una falta a este deber.

Como lo mencionamos al inicio de este acápite, hemos cumplido con tratar de una manera breve y superficial algunos de los deberes que tiene el abogado hacia el cliente, ya que estamos convencidos que la imputación de estas cargas profesionales ayudan y obligan a ubicar, con mayor precisión, la figura del cliente en una relación profesional. No obstante, insistimos en que los deberes mencionados anteriormente requieren de un mayor desarrollo que el expuesto en el presente trabajo, en el cual nos hemos visto forzados a limitarnos por una cuestión de espacio y porque no es el tema principal de nuestra investigación. A continuación, explicaremos el segundo factor que denota la importancia de responder a la pregunta de ¿quién es el cliente?

3.3. ¿Hacia quién debe el abogado exigir el cumplimiento de los deberes del cliente?

Otro aspecto que motiva descubrir al sujeto de derecho que goza de la calidad de cliente, es saber a quién imputar los deberes de este hacia el abogado. Coincidimos parcialmente con Álvarez López⁽⁴⁶⁾, al distinguir dos deberes principales del cliente: el pago de servicios y el facilitar información al abogado. El primero se da como contraprestación del servicio prestado por el abogado, mientras que el segundo se da en

sentido que el cliente tiene que cooperar con la labor del abogado para que este satisfaga su interés, a través de su despliegue profesional. Respecto al deber de pago, consideramos que no es constitutivo de la determinación del cliente en la relación abogado-cliente, ya que puede darse el caso que otra persona pague los servicios del abogado, cuestión que no podría darse de manera inversa, es decir que otra persona cumpla con la prestación del abogado (servicios legales) hacia su cliente, ya que en este caso estamos ante una prestación *intuitu personae*, que no admite el supuesto de subrogación que sí admite la prestación de dar una suma dinero.

3.4. Conflicto de intereses

Otro motivo fundamental para identificar al cliente, es el de evitar incurrir en una situación de conflicto de intereses con este. Si bien no nos vamos a detener a realizar el análisis que este punto amerita, es necesario indicar la relevancia del mismo, así como su vigencia en la práctica. Podemos decir que en el mundo globalizado en que vivimos es posible perder un caso o un cliente por un aspecto ético específico: conflicto de intereses. Resulta frecuente escuchar a abogados en conversaciones preliminares a la asunción de un litigio, arbitraje o un *deal*, acerca de si están o no conflictuados para efectos de tal asunto. De esta manera, consideramos que quizás sea este el aspecto ético, al igual que el probono, más conocido por los abogados en ejercicio, en virtud de las consecuencias negativas que acarrea el hecho de no percatarse de su existencia, tal como lo evidencia estudios que se han realizado acerca de la importancia de realizar un test de conflictos de intereses antes de entablar una relación profesional⁽⁴⁷⁾.

(46) “Con independencia del deber principal del cliente, que sea el pago de los honorarios del Letrado, en orden al tema de la responsabilidad cobra una trascendental importancia el deber de poner a disposición del abogado toda la información sobre el caso que se le recomienda, facilitándole, además, cuanta documentación precise para su estudio y planeamiento”. ÁLVAREZ LÓPEZ, Francisco. *La responsabilidad civil de abogados, procuradores y graduados sociales*. 2000. p. 41.

(47) NEILL, Martha. *Check, please*. En: *ABA Journal*. Mayo 2006. p. 50.

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

Nos referimos a un conflicto de intereses cuando “un interés encuentra su satisfacción solo a costo de otro o, lo que es lo mismo, cuando entran en oposición dos valores no es posible hacer efectivos ambos, o cuando el uno puede ser realizado únicamente en la medida en que el otro es pospuesto, o cuando es inevitable el tener que preferir la realización del uno a la del otro y decidir cuál de ambos valores es el más importante y, por último, establecer cuál es el valor supremo”⁽⁴⁸⁾. Entonces, de lo que se trata es que el abogado debe evaluar si sus intereses, los de otro cliente, o los de un antiguo patrocinado (*former client*) no son contrarios u opuestos a los de un potencial cliente, al momento de evaluar si asume o no un encargo. Este requisito es fundamental para asegurar el ejercicio independiente del abogado en aras del interés de su patrocinado. Nuestro Código, de una manera poco profunda, ha previsto este deber del abogado en su artículo 29, en el cual establece que en caso de conflicto de intereses, el letrado deberá avisar al cliente y abstenerse de prestarle sus servicios profesionales.

Por tanto, a partir de lo mencionado, reiteramos la importancia de la identificación del cliente para efectos que el abogado pueda evaluar respecto a quién debe evitar tener conflicto de intereses y, en caso que se diera, a quién informarle acerca de su situación y proceder conforme a las normas del Código.

4. Nuevos escenarios de la relación abogado-cliente

Estimamos que lo desarrollado precedentemente ha dejado claro y en evidencia lo trascendental que resulta ser el conocimiento de la identidad cliente, sobretudo por las implicancias de índole ética y profesional. Sin embargo, la trascendencia -y complejidad- de saber responder a la pregunta ¿quién es el cliente? no queda amparada exclusivamente en las consecuencias deontológicas sino también en el nuevo escenario del ejercicio profesional o, mejor dicho, en las nuevas formas complejas que reviste la relación abogado-cliente

actualmente. En la presente sección, siguiendo con el ánimo expositivo del presente trabajo, mostraremos distintos tipos de relaciones abogado-cliente que se presentan, tanto en sede nacional como foránea, y que, como se podrá corroborar, distan considerablemente de la noción tradicional de la relación abogado-cliente que mencionamos en la sección 2. Asimismo, mostraremos algunos puntos trascendentales de cada tipo de relación en virtud de la particularidad de cada una de ellas, reiterando que cada una de ellas merece un estudio especializado y singularizado.

4.1. Relación tripartita

Este tipo de relación se refiere a aquella en donde la representación del abogado es pagada o facilitada por otra persona diferente del cliente⁽⁴⁹⁾. Como se puede desprender de la nomenclatura acuñada, hay tres partes en esta relación, a diferencia de la tradicional relación abogado-cliente, las cuales son el abogado, cliente y el tercero que paga y contrata al abogado (*third party payor*). Cabe resaltar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, sobretudo americana, no son pacíficas a la hora de distinguir al tercero del cliente⁽⁵⁰⁾. Para hacer frente a los distintos dilemas que esta relación plantea, se han elaborado 3 teorías que pretenden regular o ubicar a la tercera parte, es decir al que no es cliente, en este tipo de relaciones: (i) la teoría de un único cliente; (ii) la teoría de co-clientes; y, (iii) la teoría de la tercera parte que paga⁽⁵¹⁾. En la primera se considera a la persona que paga como alguien ajena a la relación profesional entablada entre

(48) KELSEN, Hans. *Qué es la justicia*. México: Fontamara, 1998. p. 16.

(49) MOORE, Nancy. *Ethical issues in third-party payment: Beyond the insurance defense paradigm*. En: *The review of litigation*. Summer 1997. p. 586.

(50) Así lo afirma Andersen: “(...) unfortunately, inconsistencies among some jurisdictions have only perpetuated the problems in this area of the law”. ANDERSEN, Nathan. *Risky business: Attorney liability in insurance defense litigation- A review of the Arizona Supreme Courts Decision in Paradigm Insurance Co. v. Langerman Law Offices*. En: *Brigham Young University Law Review*. 2002. p. 644.

(51) Sus denominaciones originales son las siguientes: (i) *One client model*; (ii) *Co-clients model*; y, (iii) *Third party payor model*.

José Carlos Llerena Robles

el abogado y el cliente; en la segunda, se ubica a la tercera parte como un co-cliente al lado del cliente; y, en la última, se determina que el tercer sujeto sea considerado como una tercera parte que paga, que ostenta de legitimidad para exigir el cumplimiento de ciertos deberes al abogado, pero que no sea considerado jamás como un cliente en sentido estricto. Es necesario indicar que para cada tipo específico de relación tripartita, cada una de las teorías mencionadas juega un rol distinto por las particularidades presentadas en cada supuesto; es decir, en algunos casos se preferirá la del único cliente como en otros la de los co-clientes, así como la del tercero que paga, respectivamente. A continuación, esbozaremos algunos escenarios particulares donde se genera esta relación tripartita, con el único ánimo de evidenciar esta relación y mencionar algunos puntos centrales, mas no agotar su estudio, ya que para pretender tal cometido resultaría necesario excederse del espacio dispuesto.

4.1.1. Seguro profesional⁽⁵²⁾ (*liability insurance*)

En otros países, como el caso de Norteamérica, resulta necesario para ejercer algunas profesiones, como la del médico, contar con un seguro profesional (*liability insurance*) a

efectos de poder responder ante demandas por negligencia profesional (*malpractice liability*). Es decir, para que tales profesionales puedan desempeñarse en el mercado, es necesario que cuenten con un seguro profesional. Asimismo, si bien mediante este seguro se logra compensar a los potenciales clientes perjudicados, la aseguradora antes de pagar la suma indemnizatoria⁽⁵³⁾, provee al profesional de un abogado para que este lo defienda dentro del proceso iniciado por la supuesta negligencia profesional. Nos atrevemos a afirmar que este es uno de los supuestos de relaciones tripartitas más conocidos por los tribunales americanos⁽⁵⁴⁾ y no recientemente sino desde 1940; no obstante haya alcanzado mayor nivel de ocurrencia y análisis en la década del ochenta⁽⁵⁵⁾.

La relación tripartita en este supuesto, de acuerdo a lo determinado por Moore, nace

- (52) Para mayor información véase: LLERENA ROBLES, José Carlos. *¿Quién es el cliente? El caso de los seguros profesionales*. 2006 (inédito); CZARNECKI, Amber. *Ethical considerations within the tripartite relationship of insurance law - Who is the real client?* En: *Defense Counsel Journal*. Abril 2007; MACPARLAND BALDWIN, Shaun. *One Step Beyond Meadowbrook: Can an insurer direct defense counsel to dismiss...* En: *Defense Counsel Journal*. Abril 2005; HOWELL, Danny. *Defense counsel and coverage implications of the tripartite relationship*. En: *Coverage*. Committee on insurance coverage litigation. Volumen 13. Número 7. Noviembre/Diciembre, 2003; MOATS, Amy. *A Bermuda Triangle in the tripartite relationship: Ethical dilemmas raised by insurers' billing and litigation management guidelines*. En: *West Virginia Law Review*. Abril 2003; MILLER, Jennifer. *Ethics-Board of Professional Responsibility Formal Ethics Opinion Number 99-F-143: Is there a realistic approach to the tripartite relationship that exists between an insured, the insurer, and an attorney under a viable Code of Professional Conduct?* En: *The University of Memphis Law Review*. Invierno 2001; GIDDINGS, Katherine y J. Stephen ZIEKEZIENSKI. *Insurance defense in the Twenty-first Century: The Florida BAR's proposed statement of insured client's rights- a unique approach to the tripartite relationship*. En: *Florida State University Law Review*. Verano 2001; ANDERSEN, Nathan. *Op. cit.*; PRYOR, Ellen y Charles SILVER. *Defense lawyers' professional responsibilities: Part I—Excess exposure cases*. En: *Texas Law Review*. Febrero 2000; MIZUO, Allison. *Finley v. Home Insurance Co.: Hawaii's answer to the troubling tripartite problem*. En: *University of Hawaii Law Review*. Verano 2000; MOORE, Nancy. *Op. cit.*; SILVER, Charles y Kent SYVERUD. *The professional responsibilities of insurance defense lawyers*. En: *Duke Law Journal*. Noviembre 1995.
- (53) "The vast majority of liability insurance policies cover both risks, obligating the insurance company to defend lawsuits against the insured, to pay the costs of defense, and to indemnify the insured for judgments and settlements up to a specified limits". SILVER, Charles y Kent SYVERUD. Citado por ANDERSEN, Nathan. *Op. cit.*; p. 650.
- (54) Consideramos pertinente indicar que, independientemente de los motivos esbozados acerca del por qué de la esencialidad de conocimiento del cliente, en el caso norteamericano, y sobretudo en el de los seguros profesionales, ostentar la calidad de cliente resulta esencial a efectos de poder contar con legitimidad para demandar al abogado por negligencia. Es por esto que las aseguradoras han tratado de que se les reconozca como cliente para que puedan reclamar ante una corte por el desempeño negligente del abogado.
- (55) "Debate over this relationship is not new. From de 1940s to the 1960s, Professor Robert E. Keeton brought the issues surrounding the tripartite relationship to the forefront of the scholarly community. During the 1970s and 1980s, however, the subject basically dropped off the radar". CZARNECKI, Amber. *Op. cit.*; p. 173.

cuando “el abogado es contratado por la aseguradora para defender al asegurado en una acción interpuesta contra este”⁽⁵⁶⁾. A partir de esta definición podemos reconocer a las tres partes que conforman la relación: (i) aseguradora; (ii) asegurado; y, (iii) abogado. Es justamente este último quien deberá tener la difícil tarea de conocer los intereses de quién está tutelando, a quién debe sus deberes deontológicos, a quién se los puede reclamar, con quién verificar si es que está inmerso, o podría estarlo, en un supuesto de conflicto de intereses. En este escenario resulta entendible que a un abogado se le susciten preguntas como ¿quién es mi cliente?; ¿a quién me debo?; si la aseguradora está pagando por mis honorarios, ¿ella es mi cliente?; ¿la información que recabo del cliente está protegida por el secreto profesional frente a la aseguradora?; ¿qué sucede en caso el asegurado quiera seguir el proceso para “limpiar” su imagen, mientras que la aseguradora prefiere que haya una transacción (*settlement*) para incurrir en menores costos? ¿Qué hago? En una relación abogado-cliente tradicional las interrogantes planteadas resultan no ser de tan compleja resolución; sin embargo, en el presente caso, por un lado, el abogado sabe que hay una parte (aseguradora) que le está pagando los honorarios, y que pretende no incurrir en costos excesivos; por otro, se encuentra la parte (asegurado) a la cual le presta sus servicios profesionales, la cual espera contar con la mejor defensa posible. Como se puede apreciar, esta situación plantea un dilema al abogado, ya que, tal como

la Corte Suprema de Texas lo afirma, en principio el abogado desea proveer la mejor defensa a su cliente (asegurado); no obstante, es consciente que si no lo hace a un menor costo, probablemente la empresa aseguradora no volverá a contratarlo para futuros casos⁽⁵⁷⁾. ¡Qué situación! En este sentido, nuevamente citando a la corte mencionada, resulta muy sabio el dicho “who pays the piper calls the tune”⁽⁵⁸⁾. La complicada situación de esta relación tripartita se presenta, asimismo, en virtud que no existen reglas claras acerca de quién es el cliente, tal como lo advierte el profesor Silver⁽⁵⁹⁾. Por lo mencionado, se tornan explicables los resultados arrojados por algunos estudios⁽⁶⁰⁾ realizados acerca de quién es el cliente en la relación tripartita de los seguros profesionales, los cuales muestran que distintos abogados, de distintas edades, jerarquías, *in-house* o de firmas han brindado respuestas totalmente divergentes ante la formulación de quién es el cliente en la relación tripartita planteada. Para algunos únicamente el asegurado, para otros la aseguradora, inclusive para uno mencione que depende del caso concreto⁽⁶¹⁾.

(56) “(...) tripartite relationship between the insurer, the insured, and the lawyer retained by the insurer to defend an action brought against the insured”. MOORE, Nancy. *Op. cit.*; p. 586.

(57) “The lawyer wants to provide a competent defense, yet knows who pays the bills and who is most likely to send new business. This so-called tripartite relationship has been well documented as a source of unending ethical, legal, and economic tension”. Citado por CZARNECKI, Amber. *Op. cit.*; p. 173.

(58) “Quien paga manda” (traducción libre).

(59) “Fail to provide clear and defensible answers to the most basic questions, such as whether an attorney-client relationship exists between the insurance company and the lawyer retained to handle the lawsuit against the insured (...) The obvious danger is that insurance defense lawyers will act improperly, even when they attempt to adhere to the law”. Citado por CZARNECKI, Amber. *Op. cit.*; p. 173.

(60) “In an attempt to understand the situation from a practitioner’s standpoint, I sent questionnaires to attorneys throughout the Midwest. The attorneys I selected were chosen because of their background and experience in insurance defense. I asked that these attorneys explain their thoughts on several topics. One question I posed to the attorneys was who they felt was a client in the tripartite relationship. Because of the ongoing relationship that some of these attorneys have with insurance carriers, I promised that those who chose to participate would remain anonymous. Thus, I will be referencing them without naming sources.

From the responses I received, it is clear that no real consensus exists among those practicing in the tripartite relationship. Some clearly believe that the One-Client Theory is correct, while others explained that they follow the Two-Client Theory or the Third-Party-Payor Theory. (...)”. CZARNECKI, Amber. *Op. cit.*; p. 178.

(61) “Finally, one attorney, who is the managing partner of the insurance law department at a large metropolitan firm, said that the client may be Esther the insurer or the insured, depending on the type of case”. *Ibid.*; p. 179.

José Carlos Llerena Robles

Tal como se mencionó en la sección 4.1., al no existir reglas claras sobre las relaciones tripartitas, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han visto en la necesidad de elaborar teorías para poder absolver la pregunta objeto de análisis del presente trabajo: ¿Quién es el cliente?. En primer lugar, en la relación tripartita generada por los seguros profesionales, la teoría del único cliente no ha tenido mucha acogida por las cortes norteamericanas⁽⁶²⁾, aunque, como bien lo advierte Andersen, últimamente, aquellas se están inclinando a adoptar esta postura a efectos de resguardar la integridad del servicio del abogado a su cliente, el asegurado⁽⁶³⁾. Efectivamente, con esta teoría el asegurado está garantizado de gozar de todos los derechos que ostenta un cliente en una relación profesional; sin embargo, se estaría dejando a la aseguradora sin tutela alguna, en sede profesional, ya que al no ser considerada cliente el abogado no le debe a ella ningún deber profesional. Por otro lado, la teoría de los co-clientes ha sido la más utilizada por las cortes⁽⁶⁴⁾ a la hora de resolver, considerando tanto al asegurado como a la aseguradora como clientes del abogado. Evidentemente, aquellos que se inclinan por esta postura parten de la premisa que tanto el asegurado como la aseguradora tienen intereses alineados y que no habría problema que ambos sean considerados clientes del abogado, más aun, se cree que la participación de la aseguradora termina beneficiando al asegurado. Sin embargo, esto no siempre es así, ya que, como se mencionó anteriormente, existen ocasiones en que el asegurado quiere que el juicio culmine declarando su inocencia a efectos de tener un pronunciamiento con calidad de cosa juzgada que respalde su inocencia, para que cuando se reinserte al mercado no pierda clientela; mientras que la aseguradora quiere que el juicio culmine lo antes posible para

pagar menos honorarios al abogado, por lo cual prefiere llegar a una transacción con el demandante y finalizar el proceso. En este caso resulta claro que no existe la alineación de intereses que presupone la teoría comentada. Además, ¿cómo podría cumplir con el secreto profesional hacia el asegurado, si es que luego le va a brindar tal información a la aseguradora? Si bien esta teoría no deja desprotegida a la aseguradora, que también tiene intereses en juego, consideramos que hace difícil, por no decir imposible, el cumplimiento efectivo de los deberes éticos del abogado a las dos partes, sin lesionar, al menos, el interés de uno⁽⁶⁵⁾. Finalmente, se encuentra la teoría del tercero que paga, la cual considera como único cliente al asegurado y, a efectos de no dejarla desprotegida, atribuye un deber de cuidado, sin configurarla como cliente, a la asegurada. Nosotros nos inclinamos por esta postura ecléctica, salvo, evidentemente, pacto en contrario⁽⁶⁶⁾, ya que estamos convencidos que logra conciliar las dos posturas mencionadas: se logra tutelar los intereses de ambas partes sin llegar a situaciones forzosas. Es necesario mencionar, tal como lo establece Czarnecki, que las bondades de esta teoría solo funcionan, dentro del marco normativo norteamericano aplicable, en tanto la aseguradora no ejerza control sobre el abogado, caso contrario será considerado un no cliente (*non-client*)⁽⁶⁷⁾.

(62) Así lo menciona Mc Parland, cuando menciona aborda los casos de las Cortes Supremas de Kentucky, Connecticut, Montana, West Virginia, entre otras. MC PARLAND BALDWIN, Shaun. *Op. cit.*; pp. 124 y 125.

(63) "Although the two client view is currently the majority rule, the judicial trend leads to increasing the supremacy of the attorney's obligation to the insured". ANDERSEN, Nathan. *Op. cit.*; p. 666.

(64) "The two-client theory is currently the majority view among courts in the United States". ANDERSEN, Nathan. *Ibid.*; p. 665. "In the most jurisdictions, a defense attorney retained by an insurer to represent the insurer has two clients: the insured and the insurer". MC PARLAND BALDWIN, Shaun. *Op. cit.*; p. 122. Este mismo autor menciona que las Cortes Supremas de Alabama, Illinois, New Jersey, entre otras, son las que participan de esta teoría.

(65) Salvo, tal como lo estableció la Corte Suprema de Arizona en el caso *Paradigm Insurance Co. v. Langerman Law Offices*, en los casos donde no haya conflicto de intereses, tanto el asegurado como la aseguradora serán considerados clientes (*two client theory*), en su defecto la aseguradora será un no cliente (*non-client*). ANDERSEN, Nathan. *Op. cit.*; p. 649.

(66) Somos partidarios que en el contrato de seguro, que debe estar reflejado en el contrato con el abogado (*retainer agreement*), está la respuesta a quién es el cliente.

(67) "The insurer can either manage the litigation and lose its right to sue for malpractice, or leave the management up to the attorney and sue for malpractice in the event that things go awry". CZARNECKI, Amber. *Op. cit.*; p. 177.

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

Por ende, la compleja estructura de la relación que se suscita en virtud de los seguros profesionales genera una serie de dilemas éticos que, no logran ser satisfechos a plenitud por ninguna de las teorías planteadas, razón por lo cual merece un estudio especializado con el propósito de brindar luces a los letrados para que puedan ejercer correctamente la profesión y no incurran en un supuesto de infracción profesional.

4.1.2. Abogados de ex-funcionarios públicos⁽⁶⁸⁾

Existen supuestos de relaciones tripartitas cuando el Estado contrata un abogado para que defienda a un ex-funcionario público en caso este sea procesado por algún comportamiento cuestionado en el ejercicio de su cargo público⁽⁶⁹⁾. En el Perú esto se pudo apreciar con el Decreto Supremo 018-2002-PCM, el cual establecía que el Poder Ejecutivo asumiría la defensa de los funcionarios y ex-funcionarios públicos que sean demandados administrativa, civil o penalmente por actuaciones u omisiones en el ejercicio regular de sus funciones. El funcionario solo reembolsaría los gastos por honorarios incurridos en caso se le halle responsable.

En este supuesto la relación tripartita se configura, por un lado, con el funcionario o ex-funcionario que se ampara en el decreto mencionado; por otro lado, se encuentra el abogado contratado, y, finalmente, el Estado que es quien paga los honorarios del anterior⁽⁷⁰⁾. En esta situación, al igual que la desarrollada en el acápite anterior, el abogado se puede preguntar ¿a quién finalmente se debe? ¿Al funcionario? ¿Al Estado? ¿Al Ministerio de Economía y Finanzas? ¿A la ciudadanía, ya que es ella quien costea los honorarios mediante el pago de tributos?, en caso el Estado le requiera de información ¿esta estaría protegida por el secreto profesional?, ¿se podrían relativizar los deberes al cliente, en vista se está usando dinero del tesoro público?, si el Estado es el cliente ¿significa que no puedo ser abogado penalista ya que en todo proceso penal en el que esté inmerso estaría en un conflicto de intereses por un cliente anterior? Son estas algunas aristas ético-profesionales que sobresalen en esta modalidad tripartita, cuyo debido tratamiento amerita el conocimiento efectivo del cliente.

De acuerdo con los montos invertidos en esta modalidad de defensa, consideramos que este supuesto, en el caso peruano, ha sido utilizado con frecuencia, razón por la cual creemos necesario que los abogados contratados por el Estado logren establecer claramente la identidad de su cliente a efectos de cumplir cabalmente con las normas de responsabilidad profesional. Al igual que el caso de los seguros profesionales, este tipo de relación tripartita requiere de un estudio especializado que a la fecha, en sede nacional, no se ha realizado⁽⁷¹⁾.

4.1.3. Abogados de menores de edad

Otro supuesto de relación tripartita se presencia cuando los padres de un menor de edad contratan un abogado para que este le brinde sus servicios profesionales al niño, ya sea en el marco de un proceso u otro tipo de asesoría. La particularidad de la dependencia del menor y su incapacidad (a veces absoluta, a veces relativa), hacen que este tipo de relaciones tripartitas configuren dilemas particulares al abogado, a diferencia de otras. Efectivamente, en este escenario el abogado sabe que debe proteger los intereses del niño; pero ¿qué debe hacer en caso considere que lo que los padres le piden no necesariamente satisface plenamente los intereses del menor? ¿Puede darse un supuesto de conflicto de intereses entre padres e hijo? ¿Cómo debe obtener el consentimiento de su cliente, en vista que este no tiene capacidad de ejercicio? ¿Puede proteger la información que obtenga del niño, aun de sus propios padres en virtud del secreto profesional? Sin duda, los anteriores cuestionamientos resultan de inherente formulación en un patrocinio

(68) Este supuesto de relación tripartita también puede resultar aplicable a aquella que se constituye cuando el Estado provee de un abogado a personas que no pueden costear de manera privada uno (defensa de oficio).

(69) Véase, *S/. 1 millón se gasta en defender funcionarios*. En: *Diario La República*. 21 de febrero de 2004. p. 9.

(70) Esto se puede evidenciar en las resoluciones ministeriales 056-2004-EF/43, 061-2004-EF/43, 083-2004-EF/43, publicadas el 31 de enero del 2004, 7 de febrero del 2004, y 12 de febrero de 2004, respectivamente.

(71) Salvo los supuestos mencionados en la cita 3.

José Carlos Llerena Robles

como el comentado, específicamente en el análisis ético-profesional.

Creemos que, al igual que Moore⁽⁷²⁾, la representación de miembros de una familia puede generar para el abogado muchas complicaciones a la hora de aplicar o cumplir con sus deberes profesionales y, esencialmente, con reconocer la identidad de su cliente para cada supuesto. Inclusive, en los casos en que el abogado desde el inicio de la relación establezca que su cliente es el menor de edad, en los hechos se torna difícil el cumplimiento de esta premisa⁽⁷³⁾. Tal como lo mencionamos, uno de los factores que particulariza esta relación es la vinculación de dependencia que existe entre el padre e hijo. A diferencia del caso de las aseguradoras y, como se constatará posteriormente, de los empleadores, en el caso de un padre que contrata un abogado para su hijo espera que el letrado tenga ciertos deberes hacia él no por una razón económica, sino por el vínculo de parentesco que tiene con el menor de edad y porque quiere lo mejor para él⁽⁷⁴⁾. Es decir, si es que el padre desea estar al tanto y controlar al abogado

no es por un móvil pecuniario sino afectivo, ya que la mayoría de las veces, premisa que en este supuesto sí es cierta, los intereses están alineados⁽⁷⁵⁾. Esta situación puede generar que el abogado incumpla el deber de secreto profesional para con su cliente -el niño-, ya que es evidente que los padres, por los motivos comentados, desean monitorear la actuación del abogado y desean estar informados de todo aspecto, tal como lo bien lo acota Moore⁽⁷⁶⁾. Finalmente, otra arista que dificulta el rol del abogado es que su cliente carece de capacidad de ejercicio para brindar algún tipo de consentimiento vinculante, en términos legales, por lo cual muchas veces se debe recurrir al padre o, como ocurre en el caso norteamericano, a un tercero que tutele los intereses del niño (*guardian ad litem*)⁽⁷⁷⁾. Si bien casi siempre los intereses del padre e hijo están alineados, la práctica⁽⁷⁸⁾ ha demostrado

- (72) "Representation involving multiple family members is yet another situation that is rife with ambiguity when lawyers fail, as they often do, to clarify their relationship with each family member at the outset of the representation. For example, while lawyers retained to represent a child in a delinquency case are typically viewed as representing only the child, there will certainly be some circumstances where the parents reasonably believe that the lawyer is representing the as well (...)". MOORE, Nancy. *Op. cit.*; p. 610.
- (73) "In all these situations involving potential ambiguity, lawyers wishing to avoid problems can clearly state at the outset of the representation that the lawyer is representing the child only and not the parents. However, even these attempts at clarification will not resolve the ethical dilemmas of lawyers who want to represent both parents and child (as when a parent is also a party to a proceeding) or of those who are worried by a parent's attempt to direct the course of the representation". *Ibid.*; p. 611.
- (74) "Like insurers, parents do not expect such consideration merely because they are third-party payers, but rather because of what they perceive as an independent right to make decisions on the child's behalf. Unlike insurers, however, this expectation does not derive from any contract between parent and child but rather from the parent's status as the child's guardian". *Ibid.*; p. 616.
- (75) "Nevertheless, the interests of parents and child are generally aligned, and parents in these situations typically act in the best interest of the child". *Ibid.*; p. 614.
- (76) "Beyond their role in providing the lawyer, parents typically expect to be actively involved in the representation. Even when they are not co-clients, these parents want to be kept informed and to make (or be involved in making) important decisions on their child's behalf". *Ibid.*; p. 615.
- (77) "Having identified a potentially impermissible conflict, the lawyer must next determine whether the conflict can be cured by obtaining the informed consent of the clients or whether it is 'non-consentable'. Here, a complicating factor immediately arises from the fact that at least one of the clients is a minor. Specifically, the fact of minority might be relevant in determining (1) whether the child has the requisite capacity to give informed consent, (2) the identity of an appropriate surrogate if the child does not have the requisite capacity, and (3) whether the mere fact of the child's infancy ought to render the particular conflict 'non-consentable'. *Ibid.*; p. 612.
- (78) Así lo establece MOORE, Nancy. *Conflicts of interests in the representation of children*. En: *Fordham Law Review*. Marzo 1996.

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

que hay supuestos en los cuales pueden tener un conflicto de intereses, y, por tanto, el requerimiento de algún tipo de consentimiento del cliente a través de sus padres generaría más de un problema para el abogado, a efectos de poder cumplir con las normas de conflicto de intereses.

Por ende, la relación de dependencia entre padre e hijo, y la incapacidad de ejercicio de este son factores que terminan complicando el cumplimiento de normas deontológicas de un abogado en un escenario tripartito, razón por la cual resulta fundamental conocer la identidad de su cliente y el interés de quién se está tutelando. Asimismo, resulta pertinente indicar que si bien nos hemos referido a doctrina y jurisprudencia extranjera, no creemos que nuestra realidad sea ajena a este tipo de relación, motivo por el cual esperamos que en un futuro reciba el tratamiento y estudio que amerita, en virtud de los intereses que están en juego.

4.1.4. Abogados contratados por empleador⁽⁷⁹⁾

En sede laboral se pueden presenciar, al igual que los casos precedentes, relaciones tripartitas. Conocemos, por otras fuentes, de un caso en el cual un empleador, en los distintos contratos de trabajo celebrados, se comprometía a contratar un abogado para que asuma la defensa de sus trabajadores, en caso alguno sea demandado en el marco del desempeño de sus labores por algún tercero. Las palabras de Winston Churchill (*There is no free lunch*) aportan mucho a entender el por qué de esta modalidad de defensa. En efecto, el empleador no subvenciona la asesoría legal de los trabajadores por una cuestión de filantropía sino porque le conviene mantener en buenas condiciones la imagen de la empresa en el mercado, la cual, en caso se conozca que contrata trabajadores encontrados responsables en procesos civiles o culpables en procesos penales, se vería perjudicada, y, consecuentemente, se reflejaría en el balance contable de la empresa. A partir de lo mencionado, se puede percibir que, ambos (empleador y trabajador) tienen intereses en juego. Por un lado, el

empleador desea reducir costos y, en caso deba responder indirectamente, hacerlo de la manera más eficiente; mientras que, por otro, se encuentra el trabajador que no le conviene registrar en su historial alguna demanda, ya que las potenciales ofertas de trabajo se verían disminuidas, entre otras consecuencias negativas. Ante esto, al abogado le resulta difícil conocer qué interés debe satisfacer, a quién se debe, ya que si bien el trabajador no es parte del proceso, es él quien paga y quien tiene indirectamente un interés de por medio⁽⁸⁰⁾.

Podemos afirmar que este caso funciona igual que el de los seguros profesionales, no obstante, existen particularidades que hacen que este escenario sea más sensible que el aludido. Consideramos que el factor de subordinación complica la situación tripartita abordada. Resulta difícil pensar en un modelo de co-clientes para el presente caso, ya que, si en el caso de los seguros demostramos que los intereses no siempre están alineados, en este resulta más evidente que no hay una comunión de intereses por la relación de subordinación mencionada. Asimismo, en esta situación el secreto profesional cobra más relevancia, ya que quizá el abogado que asiste al trabajador también lo es del empleador, o, peor aun, si es que termina siendo un abogado interno (*in house counsel*), y de esta manera pueda proveer de información confidencial de los trabajadores al empleador⁽⁸¹⁾. Según Moore⁽⁸²⁾, a diferencia del supuesto de los seguros, en sede laboral se cuentan con menos documentos que den luces acerca de la identidad del cliente

(79) En doctrina norteamericana, para mayor información, véase MOORE, Nancy. *Ibid.*; pp. 602-609.

(80) "The more difficult cases may be those in which only the employee is a party to the proceedings but the employer has an indirect interest in the proceedings either because the employer is at least a potential party or because the employer has agreed to pay any fine or judgment entered against the employee". *Ibid.*; p. 603.

(81) "At the very least, the sharing of information with the employer entails significant risks for the employee, which ought to be fully explored before any joint representation begins". MOORE, Nancy. *Op. cit.*; p. 606.

(82) "Unlike insurance defense lawyers, however, lawyers in the employment context are probable less likely to enter into formal retainer agreements or otherwise clarify any potential ambiguities regarding client identification". *Ibid.*; pp. 603 y 604.

José Carlos Llerena Robles

y los deberes del abogado dentro de la relación tripartita. Por otro, en el caso de los seguros profesionales las cortes eran categóricas a la hora de exigir que el consentimiento del asegurado debe estar circunscrita a un contexto favorable, en el supuesto de los trabajadores está preocupación no tiene porque ser menor, ya que la relación entre ellos y el trabajador resulta menos paritaria que la ostentada entre el asegurado y la aseguradora⁽⁸³⁾. En conclusión, son estas algunas de las particularidades de este tipo de relación tripartita, que debe ser evaluada en el contexto propio de una relación de trabajo, donde los dilemas éticos del abogado se agravan.

Esperamos que los ejemplos planteados, que no son los únicos sino los más ilustrativos, a lo largo de esta sección hayan ayudado al lector a comprender la complejidad y distintas particularidades que puede ostentar una relación tripartita. De igual forma, reiteramos que, por el espacio disponible, no hemos podido profundizar en cada una de las relaciones comentadas, razón por la cual instamos a que se realicen estudios e investigaciones especializadas en cada una de ellas, ya que, como se ha podido advertir, son abundantes los dilemas éticos por resolver en cada una de ellas.

4.2. Abogado de una corporación⁽⁸⁴⁾

La relación jurídica profesional tradicional no solo ha cambiado en el sentido, recientemente analizado; es decir, que haya más de dos partes involucradas, sino también en el sentido que la contraparte -el cliente- puede revestir una naturaleza más compleja que la de una persona natural. Nos referimos al escenario de los abogados de empresas o corporaciones. Si bien cualquier abogado podría decir que cuando tiene como cliente a una empresa, esta sería, evidentemente, su cliente; consideramos que en los hechos esto no siempre se tiene tan claro. Cabe precisar que el análisis efectuado en la presente sección no se circunscribe únicamente al caso de la relación abogado-cliente, donde esta última parte es una persona jurídica, sino también a otro tipo de clientes que aunque no ostenten personería jurídica, son al fin y al cabo sujetos de derecho, como son los patrimonios autónomos, digase fideicomisos, fondos de inversión, fondos mutuos, entre otros.

¿Qué sucede en caso tengas un encargo, por parte de un Gerente, que consideras que no resulta beneficioso para la empresa? Al fin y al cabo ¿el interés de quién tutelo?, ¿de la empresa?, ¿del gerente legal?, ¿del directorio?, o ¿de los accionistas? Son estas algunas de las preguntas que se pueden suscitar en el pensar de un abogado cuando está en situaciones donde tiene la impresión que no se está satisfaciendo plenamente el interés de la empresa; es aquí donde se pregunta ¿a quién me debo? ¿Quién es mi cliente? Por otro lado, antes de asumir un encargo es necesario, tal como se mencionó en el acápite 3.4., que un abogado realice un examen para corroborar que no tenga conflicto de intereses con algún cliente o antiguo cliente⁽⁸⁵⁾; no obstante, si es que no define quién es su cliente (la empresa, directorio, accionistas, entre otros) no podrá saber a plenitud si es que es éticamente competente para asumir el nuevo encargo, ya que podría plantearse un caso en el cual un accionista de una empresa que es contraparte de un cliente actual pretende acceder a sus servicios. En el mencionado caso, la pregunta ¿quién es el cliente? resulta central tanto que una incorrecta de resolución de la misma podría implicar una pérdida de ingresos para el abogado o, por otro, la consumación de una falta profesional pasible de sanción. Los mismos dilemas comentados se pueden generar cuando un abogado es contratado para asesorar a un patrimonio autónomo, como resulta ser el caso de los fideicomisos o fondos de inversión; ¿a quién se debe el abogado? ¿Al fiduciario? ¿Al fideicomisario? ¿Al fideicomitente? ¿A la sociedad administradora? ¿A los partícipes del fondo?

(83) *Ibid.*; p. 606.

(84) Para una mayor aproximación véase BURMAN, John. *Ethical considerations when representing organizations*. En: *Wyoming Law Review*. Número 3. 2003.

(85) "Deep down, every practicing attorney knows that the most crucial step in taking on a new client isn't the initial contact, or the wiring and dinning, or even signing the representation agreement. It's the conflicts check". NEILL, Martha. *Op. cit.*; p. 50.

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

Para poder lidiar con este tipo de patrocinios la doctrina y jurisprudencia norteamericana ha establecido la *Entity Theory*⁽⁸⁶⁾, que, básicamente, establece que el abogado de una organización representa a ella, y no a las distintas personas que la conforman. Justamente, en virtud de la estructura compleja de las empresas existen muchos intereses de por medio, se encuentran los gerentes, los directores, los accionistas, entre otros agentes que también ostentan algún interés (*stakeholders*), que muchas veces no puede estar alineado con el de la empresa como entidad. Por tanto, es con ella con quien se debe hacer el examen de conflicto de intereses, es a ella a quien se debe los imperativos éticos de un abogado, es decir, ella -la empresa como entidad- es el cliente del abogado⁽⁸⁷⁾. Por ende, la figura del cliente ya no goza de la simpleza de antaño, sino que, aun fuera de una relación tripartita, su identidad revista una complejidad que envuelve una serie de intereses. Es deber del abogado poder diferenciar los componentes del ser como unidad, a efectos de conocer los intereses que debe satisfacer como se da en el caso de los abogados de corporaciones, patrimonios autónomos, entre otras entelequias jurídicas.

4.3. Abogado en operaciones⁽⁸⁸⁾

Hace algunos años, resultaba poco probable, al menos en nuestro país, vincular o asociar conceptos como ética del abogado y derecho corporativo, inclusive, erróneamente, se podía concluir que la ética y responsabilidad profesional no formaba parte de las destrezas (*skills*) a ser incluidas en el perfil (*profile*) del abogado corporativo⁽⁸⁹⁾ o financiero. Sin embargo, la situación descrita ha cambiado radicalmente, ya que el conocimiento exacto de la identidad del cliente juega un rol fundamental en las operaciones de financiamiento, así como en las fusiones y adquisiciones, lo cual implica un análisis ético-profesional por parte de los abogados involucrados en estos asuntos. Por un lado, en los financiamientos donde se acude al mercado de valores, tal como la normativa aplicable lo exige,

existen varios participantes en las emisiones de valores mobiliarias a ser ofertados mediante oferta pública. Por lo general, el emisor de los valores (una empresa) acude a algún estructurador (usualmente bancos) para que este le implemente la oferta que va a lanzar al mercado a efectos de recibir financiamiento; sin embargo, los participantes no se agotan en estas dos entidades sino también que el estructurador va a necesitar contratar a algún abogado para que realice la asesoría legal pertinente, sobretodo para que realice y firme el prospecto informativo referido a la oferta y valores a emitir, así como al emisor. En este escenario, muchas veces los emisores creen que los abogados son sus abogados, exigiéndoles ciertos derechos propios de un cliente, cuando, finalmente, su cliente es el estructurador. Si bien el estructurador contrata los servicios legales para satisfacer el interés del emisor, el abogado se debe al estructurador, ya que esta no es una relación tripartita como la estudiada en la sección 4.1. Además, en este mismo escenario el abogado se puede preguntar si es que en un futuro debe incluir al emisor en sus exámenes de conflicto de intereses antes de asumir cada encargo, ya que si es que aquel no es propiamente su cliente no debería considerarlo en tal test. Por otro lado, en los supuestos de fusiones y adquisiciones, muchas veces los participantes (vendedor, comprador y asesores legales) no saben a quién se debe el abogado, en sentido estricto. La mayoría de veces en una adquisición es el adquirente quien contrata un equipo de asesores, entre ellos abogados, a

(86) MOSER, Peter. *Close Calls. Rules on reporting corporate wrongdoing. Impose new duties on lawyers*. En: *ABA Journal*. Enero 2004. p. 51.

(87) Es necesario indicar que en la teoría de *Virtual Clients*, estudiada por Gillers, se considera que el abogado tiene ciertos deberes para las otras empresas que conforman el grupo empresarial de la empresa que es su cliente. GILLERS, Stephen. *Op. cit.*

(88) Véase EIGER, Ze'-Ev y Brandy RUTAN. *Conflicts of interest: Attorneys representing parties with adverse interests in the same commercial transaction*. En: *the Georgetown Journal of Legal Ethics*. Verano 2001. pp. 945-961.

(89) Para el caso de fusiones y adquisiciones véase BRUNER, Robert. *Applied Mergers & Acquisitions*. New Jersey: Wiley Finance, 2004. pp. 13-29.

José Carlos Llerena Robles

efectos que realicen una auditoría legal (*due diligence*) de la empresa a adquirir. Resulta claro que el abogado se debe a la empresa que lo ha contratado, sin embargo, muchas veces las empresas objeto de auditorías consideran que aquellos tienen ciertos deberes profesionales frente a ellas, propios de un cliente, lo cual genera un desconcierto tanto en el abogado como en los otros participantes de la transacción.

En definitiva, cada transacción u operación comercial en la cual esté inmerso un abogado, en el ejercicio de su profesión, le exige que determine con seguridad a quién se debe y qué intereses debe satisfacer, ya que son muchos los participes en tales actos que le exigirán cuidados al abogado, sin contar con legitimidad para tal requerimiento.

5. Marco Normativo

Como bien se mencionó, en la presente sección mostraremos la respuesta normativa nacional a efectos de dotar de herramientas para que los abogados resuelvan los distintos dilemas que hemos podido apreciar a lo largo de esta investigación. Lamentablemente, la regulación vigente resulta escueta, en lo que respecta a esta materia, a diferencia de otras plazas, como la norteamericana. El único artículo del Código que regula las aristas planteadas es el 25 que se citó anteriormente. Por lo menos, en el extremo exegético no queda duda alguna que la materia objeto de investigación de nuestro trabajo ha sido subestimada notoriamente.

Es evidente que los artículos mencionados no facilitan el rol del abogado a la hora de atribuir sus deberes a sus clientes o de identificarlos en relaciones o escenarios complejos como los comentados. No obstante, mediante la iniciativa privada que gestó el Proyecto se han brindado las siguientes reglas, que a diferencia de la norma vigente aplicable, sí regula los supuestos comentados, tal como se puede apreciar del tenor de los siguientes artículos:

“Artículo 8 del Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional

El abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con competencia y diligencia y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad, celo en el patrocinio, cuidadoso manejo de los bienes del cliente y demás deberes establecidos en la normativa vigente y en el presente Código”.

“Artículo 9 del Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional

La relación abogado-cliente debe basarse en la confianza recíproca. Su constitución otorga legitimidad al cliente para exigir el cumplimiento de los deberes estipulados en el presente Código. Es recomendable que el abogado mantenga un registro actualizado de clientes, para efectos de poder cumplir a cabalidad con lo regulado en el presente Código”.

“Artículo 10 del Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional

El abogado debe actuar atendiendo estrictamente a las instrucciones del cliente; no actuará en un asunto sino por voluntad expresa del cliente y de acuerdo con el encargo encomendado. El abogado no debe contrariar la voluntad del cliente, aun cuando crea que ello sería lo más adecuado para la defensa del interés del cliente. En el supuesto que la voluntad del cliente pudiese perjudicar su propio interés, el abogado deberá explicarle oportunamente las implicancias de lo que desea lograr; no obstante, deberá respetar la decisión de su cliente respecto a los objetivos de la representación y los medios a utilizar para lograrlos.

Cuando la capacidad del cliente para tomar decisiones razonadas sobre su propio interés esté afectada por minoría de edad, condición mental o cualquier otra razón, el abogado deberá consultar con individuos o entidades que tienen la capacidad de tomar decisiones para proteger el interés del cliente. El abogado debe adoptar las medidas que estime pertinentes si considera que la persona responsable está tomando decisiones que afectan el interés del cliente”.

“Artículo 11 del Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional

Al inicio de la relación profesional, el abogado debe explicarle al cliente con claridad, suficiencia e idoneidad los alcances e implicancias de la

Y la pregunta del millón: ¿quién es el cliente? Acerca de la importancia de la identificación del cliente

relación profesional. Es recomendable que establezca por escrito al inicio de la relación el alcance del encargo. En el supuesto que el abogado negocie cláusulas que le permitan ceder unilateralmente su posición contractual debe explicar previamente el alcance de dichas cláusulas al cliente y obtener su consentimiento informado”.

“Artículo 12 del Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional

El abogado de una persona jurídica, pública o privada, patrocina los intereses de ésta y no los de sus directores, gerentes, empleados, accionistas u otras autoridades o miembros de la organización.

El abogado de una persona jurídica que conozca de actuaciones ilegales dentro de la organización deberá recurrir al órgano competente de la misma para que se adopten las medidas correctivas necesarias, sin perjuicio de ejercer su potestad de revelar la información necesaria para evitar la comisión de un delito inminente, de ser necesario.

El abogado de una persona jurídica también puede patrocinar el interés de los miembros de la organización en asuntos donde no exista conflicto con los intereses de la organización, y en tanto que no se pueda ver afectado el cumplimiento de sus deberes respecto de aquélla”.

“Artículo 13 del Proyecto de Código de Responsabilidad Profesional

El abogado que patrocina a un cliente en un asunto en el que un tercero es quien contrata o paga por sus servicios, podrá con consentimiento del cliente, mantener informado al tercero respecto del desarrollo del patrocinio”.

Consideramos que en gran medida el proyecto da luces a los abogados que se encuentren insertos en relaciones tripartitas o que representen a sujetos distintos de una persona natural. Sin embargo, es necesario que todos a partir de la experiencia aportemos ideas para mejorar estas reglas en pro de un mejor ejercicio profesional.

6. Colofón

A partir del análisis precedente, esperamos haber dejado en evidencia la complejidad que reviste a la relación abogado-cliente en la actualidad, así como las implicancias del conocimiento de la identidad del cliente, en sede de responsabilidad profesional, es decir, saber ¿quién es el cliente? Si bien, tal como se comentó en el acápite pertinente, existen aristas puntuales, como el conflicto de intereses, que conllevan a implícitamente absolver la pregunta que figura como título del presente artículo al momento de ejercer la profesión, estamos convencidos que el tema no ha sido, a la fecha, abordado de manera debida y especializada. Este trabajo, reiteramos, no pretende agotar la materia de ¿quién es el cliente?, sino, más bien, ponerlo sobre la mesa a efectos de iniciar un debate académico y profesional, en el cual los agentes del derecho aporten ideas a partir de sus distintas especialidades, ya que como hemos podido apreciar existen casos de relaciones tripartitas donde existen particularidades propias de distintas ramas del derecho, como el derecho de familia, penal, procesal civil, corporativo, financiero, laboral, entre otros. Por esto, esperamos que espacios como este sean aprovechados para desarrollar con mayor profundidad las implicancias particulares de cada tipo de relación abogado-cliente que se dan en el ejercicio del Derecho. ☺