

DE LAS MURALLAS CHINAS Y LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

SERGIO GUERRERO DELEGADO*

CAMILO REYES ARANGO**

RESUMEN

El presente artículo es el resultado de una investigación independiente de derecho comparado que contrasta la legislación colombiana con la normativa imperante en algunos países de tradición jurídica anglosajona. Por medio de este escrito se busca sentar un precedente acerca de una figura inexplorada y, en principio, proscrita que constituyen los *Chinese Walls*, cuyo desarrollo a nivel mundial ha sido ignorado por considerar el legislador que no ha merecido la pena ahondar en el tema.

Con el propósito de poner de presente la importancia de esta figura esta publicación constará, en primer lugar del análisis de los conceptos y principios que han servido de sustento a la creación de esta herramienta jurídica; el análisis de los casos en los que resulta procedente la aplicación de los *Chinese Walls*; y finalmente el examen del estado del arte en Colombia y su eventual mutación para la introducción de este instrumento de derecho.

Palabras clave: murallas chinas, barreras de información, paredes de fuego, conos de aislamiento, aislamiento, barreras de aislamiento, conflictos de interés, deberes fiduciarios, deber de confidencialidad.

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2013
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2013

* Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. guerrero.sergio@javeriana.edu.co

** Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia reyes.camilo@javeriana.edu.co

CHINESE WALLS AND CONFLICTS OF INTEREST

ABSTRACT

This article is the result of an independent research project aimed at comparing Colombian legislation on conflicts of interests vis a vis the legislation of some Common Law regimes. It aspires to highlight an unexplored and usually forbidden institution called Chinese Walls, whose developments have been ignored by Colombian legislation which has deemed it worthless to consider. This article initiates with a description of the foundations and concepts that have given rise to the Chinese Walls; secondly, the document focuses on the cases in which the application of the Chinese Walls should be considered; lastly, the article addresses the state of the art in the area of conflicts of interests in Colombia, and explores alternatives to set up the above mentioned institution in the local legal realm.

Key words: *chinese walls, information barriers, firewalls, isolation cones, screening, insulating barriers, conflicts of interest, fiduciary duties, duty of confidentiality.*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Chinese Walls, Information Barriers, Firewalls, Isolation Cones y Screening, son solo algunas de las denominaciones con las que se conoce a esta nueva institución jurídica que ha surgido de una manera revolucionaria de ejercer el derecho profesionalmente, bajo lo que la literatura sobre el tema ha llamado “*abogacía emprendedora*” consistente en un manejo de vanguardia de los conflictos de interés, que las firmas del derecho anglosajón han utilizado para inclinar la balanza de las inhabilidades a su favor.

Concretamente y de manera introductoria, un *Chinese Wall* consiste básicamente en generar una barrera ficta entre 2 áreas o funcionarios de una firma de abogados, con el propósito de aislar información privilegiada sobre un cliente y/o caso, cuando ambas dependencias y/o funcionarios representan intereses contrapuestos y así evitar que el servicio profesional que se presta adolezca de la idoneidad que los deberes fiduciarios inherentes a la profesión de la abogacía exigen.

Aunque el desarrollo de esta herramienta, a nivel internacional (tanto doctrinal como jurisprudencialmente), se ha enfocado mayoritariamente en su aplicación a la práctica jurídica, es menester aclarar que la construcción de *Chinese Walls* resulta recurrente en la prestación de aquellos servicios que suponen el compromiso de deberes fiduciarios hacia el cliente, tales como auditorías y servicios contables profesionales; actividades de corretaje financiero y bursátil; e inclusive puede presentarse al interior de aquellas firmas dedicadas a la asesoría de candidatos políticos en campaña.

Resulta ostensible que la realidad económica mundial ha mutado. El ejercicio de la abogacía, que solía considerarse una profesión liberal, e incluso es calificada como tal por las anacrónicas disposiciones mercantiles que regulan el tema, hoy en día se presenta de manera clara como una actividad mercantil, en cuanto quienes se dedican a prestar este tipo de servicios acceden con fines concurrenciales a un mercado especializado y autónomo, a tal punto que en la actualidad se han dirimido acciones de competencia desleal con la finalidad de defender la participación en el mercado de firmas de abogados.

En concordancia con lo anterior, resulta imperioso poner de presente que, dada la situación que anticipa la apertura económica y la creciente tendencia a la liberalización del mercado colombiano, especialmente por causa de la firma de tratados de libre comercio, lo que hoy la ley ni siquiera considera una prestación mercantil, se verá permeado por un sinnúmero de actores internacionales y transnacionales, que no solamente han reconocido la existencia de este mercado, sino que también cuentan con amplia experiencia en el uso de figuras de las que se han valido para triunfar dentro de este; tal es el caso de lo que han logrado las mega firmas con los *Chinese Walls*.

A pesar de la existencia de dicha herramienta en el ámbito de la prestación de diferentes tipos de servicios, este artículo se enfocará en exponer su historia, desarrollo y aplicación dentro del marco inherente a la actividad jurídica.

2. CHINESE WALLS: ORÍGENES

Desde los inicios de la legislación de los países de tradición jurídica anglosajona los *Chinese Walls* o *Isolation Cones* se encontraban proscritos, probablemente, por la aplicación rígida y excesiva de los deberes fiduciarios inmanentes a la profesión jurídica, pues tradicionalmente esta se ha apreciado como una actividad que se debe ejercer con suma cautela. Por tanto, la óptica tradicional consideró que cualquier tipo de conflicto de interés era *per se* suficiente para

impedir que quienes se encontraban inmersos en algún tipo de inhabilidad, en ocasiones intrascendente o inclusive aparente, pudieran finalizar el encargo jurídico contratado. Lo anterior coartaba tanto el derecho de la libre elección de apoderado del representado, como la libertad de ejercicio de la profesión en cabeza del abogado¹.

Con el pasar del tiempo los firmas de abogados, ante los perjuicios que aparejaban ser despojadas de la defensa de un caso o cliente, se vieron avocadas a la necesidad de idear una figura que les permitiera subsanar el conflicto de interés en el que se veían incurso ante la presencia de una causal de inhabilidad, que o bien no resultaba lo suficientemente relevante para la prestación adecuada del servicio, o que siendo relevante podía ser enervada tomando las medidas adecuadas por parte de la firma para garantizar que su actuar resultara libre de toda mácula.

Es menester, poner de presente que hasta mediados del siglo XX el criterio utilizado en Estados Unidos para constatar la existencia de un conflicto de interés consistía en una aplicación apegada a la literalidad de la norma DR 5-105(D) del entonces vigente Código Modelo del American Bar Association, que proscribía la representación al constatar el criterio del *Mere Appearance of Impropriety*² (la sola apariencia de conflicto generaba inhabilidad). Hasta este momento la mayoría de los países del Common Law acuñaban una legislación similar. Si bien el origen de los *Isolation Cones* es de difícil data, es posible rastrear sus primeras apariciones relevantes en pronunciamientos jurisprudenciales que se remontan a mediados del siglo XX. Probablemente la primera providencia importante que se aproxima al tema es aquella que resuelve el caso *T.C. Theatre Corp. v. Warner Brothers Pictures*. La importancia de este pronunciamiento, además de ser la primera providencia conocida en abordar este problema, radica en que si bien en ningún momento se refiere a la estructura de los *Chinese Walls*, toca al tema de los conflictos de interés y traza una pauta sobre la cual se funda en buena parte la procedibilidad de esta figura. A pesar de que este fallo niega la procedencia de lo que se ha llamado representación dual (es decir, la posibilidad de que un abogado represente a una de las partes, a pesar de sostener un vínculo simultáneo o anterior con la parte contraria a los intereses de su cliente), sienta el criterio de evaluación imperante en la actualidad conocido como *test de la*

1 CHESTER, SIMON & BLAIKIE, HEENAN (2006). *The Conflicts Revolution*. Canadian Bar Association.

2 United States District Court, E.D. Pennsylvania. *INA Underwriters Ins. Co. v. Rubin*. 635 F. Supp. 1 (E.D. Pa. 1983).

*relación sustancial*³ (se requiere una relación sustancial del abogado con el caso para que se genere conflicto).

Lo anteriormente expuesto no debe ser tomado a la ligera, pues constituye la base fundamental para la construcción de los *Isolation Cones*, tanto así que es posible constatar el uso del criterio de la relación sustancial para determinar la configuración de conflictos de interés en jurisprudencia incluso hasta 20 años después del caso *Warner*.

Hacia el año 1976, la sentencia de *Woods v. Covington County Bank* hace mutar en cierta medida el precedente sentado por *Warner*, pero sin desconocer el criterio epistemológico en que se fundamentaba. En ese orden de ideas, *Wood* endurece la carga de la prueba para quien pretenda alegar la inhabilidad del abogado de su contra parte, pues requiere no solo la demostración relación sustancial, sino también al acaecimiento de una irregularidad⁴.

2 años después, en el caso *Westing House Electric Corp. v. Kerr McGee Corp.*, se resuelve un problema de conflicto de interés entre 2 sedes de una misma firma, donde una de ellas fue contratada con la finalidad de interponer múltiples demandas antimonopolio, mientras que la otra acordó la realización de un informe en el que se demostrará la viabilidad competitiva de un sector productivo altamente concentrado. En este caso, a pesar de que la firma tomó las medidas necesarias para la configuración de un *Chinese Wall*, no se aceptó su eficiencia en tanto que uno de los abogados encargados de las demandas antimonopolio (quien tomó las medidas necesarias para evitar la filtración de información) participó en la elaboración del informe que realizaba su contraparte, encontrando el juez que hubo una posibilidad razonable de conducta inapropiada con fundamento en la cual se puede denegar las medidas de barrera ficta sin la necesidad de comprobar una anomalía en el servicio prestado⁵. En esta decisión se reconoce la posibilidad de usar una barrera ficta para enervar una causal de inhabilidad y para constatar su procedencia introduce el criterio de la posibilidad razonable (debe existir una posibilidad razonable de que la barrera es ineficaz en el caso para desvirtuar su legitimidad). Además determina que no puede analizarse la idoneidad de la barrera desde un punto de vista macabro

3 JANICE, HUMBER. *Advocating Against Your Client*. Journal of the legal profession. 1984-1985. At. 197.

4 United States Court of Appeals, Fifth Circuit. *Woods V. Covington County Bank*. 537 F.2d 804 (1976).

5 United States Court of Appeals, Seventh Circuit. *WestingHouse Elec. Corp. v. Kerr-McGee Corp.* 580 F.2d 1311 (1978).

o cínico que esté encaminado a improbar la idoneidad del *Chinese Wall* a toda costa o de cierto modo parcializado en su contra.

En una fase posterior y más contemporánea de los “*Chinese Wall*”, comienza con el caso *INA Underwriters Inc. Co. v. Rubin*, que con fundamento en la decisión 342 del American Bar Association (ABA). Es importante por aceptar la medida de prevención como suficiente para enervar una causal de inhabilidad. En el caso mencionado, un abogado debidamente facultado representa en litigio a una de las partes en conflicto, mientras que, sin saberlo, otro abogado de la misma firma sostiene una reunión con la contraparte para saber si asumía el conocimiento del caso; no obstante, cuando este último se enteró de una posible representación de la contraparte por parte de uno de sus colegas de la misma firma, envía una circular solicitando información acerca de si había alguien dentro de la firma que ya conociera de la Litis; efectivamente su compañero le contestó y acto seguido decide informar a su potencial cliente que no podía asumir el conocimiento del caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, el potencial cliente solicita la inhabilidad de toda la firma, pues considera que habiendo alguien dentro de la misma que conoce información confidencial procedente de la reunión mencionada, era inevitable que no hubiese una reacción profesionalmente desviada. Sin embargo, la sentencia resolutoria de dicho caso establece que, tomando como base la declaración juramentada de los abogados de no haber intercambiado información alguna, un “*Isolation Cone*” era suficiente para enervar la inhabilidad de toda la firma pues existía acervo probatorio suficiente para eliminar la presunción de una posibilidad razonable de una conducta inapropiada, e imponiendo como garantía, la eliminación y posterior comprobación de la misma, de todo documento relacionado con la reunión que se sostuvo. Es de importancia destacar que en dicha sentencia se hace patente la necesidad de hacer prevalecer los principios de libertad de escogencia de abogado por parte del litigante y de ejercer la profesión jurídica sin restricciones excesivas.

El caso *Bolkiah v. KMPG*, pese a no ser del derecho anglosajón es probablemente el caso más importante de *Chinese Wall* en la historia. El fallo se pronuncia sobre un conflicto dado entre el príncipe Jeffri (administrador de la Reserva de Brunei) y el Gobierno de Borneo, pues el príncipe era cliente de una firma de contabilidad llamada KMPG que se encargaba de la contabilidad forense en múltiples procesos judiciales que se adelantaban en contra del príncipe hacia el año de 1996. Posteriormente el gobierno contactó a KMPG para que realizara una investigación en contra del príncipe por supuesta malversación de fondos en la administración del BIA (Reserva de Brunei), para lo cual se erigió un

Isolation Cone, quedando los empleados al servicio de ambos clientes ubicados en oficinas en países distintos y sin acceso a información común. Sin embargo, se generó una fuga de información a través de la barrera y el príncipe Jeffri demandó la ilegalidad del *Chinese Wall*. Finalmente prosperan las pretensiones del príncipe ya que la jurisdicción competente determinó que la idoneidad de la barrera debe estar dada por la supresión absoluta del riesgo⁶.

El anterior pronunciamiento resulta problemático, pues el riesgo es eventual y contingente, por lo que no puede en ninguna circunstancia suprimirse de manera absoluta, un criterio más acertado debería considerar la moderación del riesgo hasta tal punto en que haya una expectativa razonable de efectividad o virtual supresión del riesgo.

3. APLICACIÓN ACTUAL DE LA FIGURA

La aplicación actual de esta figura se ha liberalizado a tal punto que la jurisprudencia ha reconocido el uso de *Chinese Walls* inclusive en el caso en el que un abogado, durante el curso de un proceso opte por abandonar la firma en la que lleve un caso con el que haya tenido un contacto sustancial, para empezar a trabajar en el bufete que representa a la contraparte en el mismo litigio. Lo anterior ocurre en el caso *Mercer v. Dancer*, fallado en el año 2012, donde pese a no reconocer el uso del *Screening* en el litigio por haberse perforado este velo por parte del abogado que debía ser aislado; se reconoce la idoneidad genérica de la figura para evitar que se descalifique a la firma para actuar. Esta sentencia resulta de suma relevancia por el uso de varios principios, entre los cuales se encuentran el traslado de la carga de la prueba a quien alega que su contraparte ha incurrido en un conflicto de interés; la reafirmación del criterio sustancial; y la confirmación implícita de la premisa de que “*el conocimiento de un abogado no necesariamente se extiende a toda la firma*”. No obstante lo anterior, la Corte sostiene que cuando la firma cuente con un solo asociado se presumirá que este ha tenido contacto sustancial con información privilegiada⁷.

El American Bar Association (ABA) ha tenido un papel preponderante por haber contribuido al desarrollo del *Screening* a través de sus opiniones formales que interpretan el Código de Conducta emitido por la misma entidad. Es en la opinión 342⁸ en la que el ABA abre la puerta al uso de esta figura y

6 CHESTER, SIMON & BLAIKIE, HEENAN, *op. cit.*

7 Supreme Court of the State of New Mexico. *Mercer v. Reynolds*. Diciembre de 2012.

8 COPELAND, DENISE. Conflicts Of Interest In The Mega-Firm. *Journal of the legal profession*. 1988-1989. At. 255.

más adelante es incorporado al Código Modelo de Conducta Profesional del ABA, constituyendo la Regla 1.11, que en primer lugar hace una remisión que expresa a la Regla 1.9. La última de estas prohíbe la representación dual salvo en aquellos casos en que las partes lo consientan en ello y además prohíbe el uso y aprovechamiento de información privilegiada.

La Regla 1.11 sentó la base para el desarrollo del *Screening*, por cuanto es la primera vez que dicho término es usado en la legislación. Su contenido sustancial indica que la regla 1.9 aplica para abogados públicos y privados y que cuando un abogado del sector público se vincule al sector privado se encontrará inhabilitado para conocer de los asuntos en los que trabajó mientras servía al Estado. A esto se plantea como excepción, para evitar la inhabilidad de toda firma que emplee a un ex trabajador del Estado, el uso del *Screening*, para lo cual se debe notificar al juez y la contraparte y tomar las medidas pertinentes para evitar el contacto del abogado “entintado”⁹ con el caso y el flujo de información¹⁰.

Adicionalmente, de una manera visionaria la regla 1.11 también prevé los requerimientos necesarios para la constitución de un *Isolation Cone*, el caso en que el abogado “entintado” es un ex empleado particular que inicia su práctica en el sector público. Para que resulte aplicable, la ABA utiliza el criterio de la relación sustancial para constatar la existencia de una inhabilidad¹¹.

Otro de los precedentes judiciales que ha servido como sustento de esta materia es el caso *Dynatech v. Artech*. Este caso resulta importante, pues además de su trascendencia jurídica respalda lo planteado en la introducción de este escrito, en tanto refleja la fuerte tendencia del mercado empresarial norteamericano a aglutinarse en grandes conglomerados empresariales a través de un creciente número de fusiones, conocido popularmente con el término de *mergermania*. El supuesto del caso consta en un pleito por la desvalorización de unas acciones de un grupo empresarial por debajo del valor por el que se habían adquirido, a través de un actuar malintencionado del grupo empresarial adquirente, con el propósito de que los accionistas minoritarios vendieran sus acciones a un precio irrisorio y así los accionistas mayoritarios pudieran hacerse con la totalidad de la empresa en proceso de adquisición. La importancia para el tema radica en que los inversionistas minoritarios presentaron una demanda por estos hechos, a través de la firma que tradicionalmente había representado,

9 Nota aclarativa: El presente término no pretende un uso peyorativo y es una simple traducción libre del término usado por la doctrina y jurisprudencia en Estados Unidos de América.

10 Model Code of Rules of Professional Conduct. American Bar Association. Rules 1.9 and 1.11.

11 *Ibid.*

frente a la cual el grupo empresarial alegó la inhabilidad de la firma, por ser esta asesora del grupo empresarial.

Frente a lo anterior la Corte determina que para que en términos de inhabilidad se considere la existencia de una relación cliente-abogado entre una firma y un grupo empresarial, no basta con que el bufete haya ejercido labores de consulta genérica, sino que efectivamente se consume una relación de carácter sustancial entre cada uno de los miembros de la corporación y la firma. Para ello, se requiere entre otras cosas, que el cliente debele al abogado información privilegiada. Corolariamente, representar a la corporación no vincula automáticamente, al abogado a rendir deberes fiduciarios a cada una de las compañías que conforman el universo societario, sino únicamente con aquellas entidades con que el abogado sostuvo una relación sustancial.

Para terminar de ilustrar el alcance que se le ha dado a esta figura es necesario mencionar que la ABA, en su opinión 1990-4, proscribió de los *Chinese Walls* de manera absoluta, cuando estos pretenden el aislamiento de un abogado que sirve de juez *ad hoc* en un proceso en el que la firma representa a una de las partes. Lo anterior cobija a todos los abogados de la firma sin observar ninguno de los criterios de calificación expuestos a lo largo de este escrito, por estar un juego un interés esencial del Estado, que es la imparcialidad y la integridad del proceso¹².

Finalmente es menester mencionar que países de tendencia anglosajona como Canadá y Australia¹³, pese a haber tenido un importante desarrollo en la materia que tendió en una época a la liberalización del sistema, actualmente han optado por implementar progresivamente una política más restrictiva del *Screening* que se ha adoptado durante la última década¹⁴.

4. ESTADO DEL ARTE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Dentro de ordenamiento jurídico colombiano, no poseemos un sistema de represión a los conflictos de interés que se fundamente en causales de inhabilidad que impidan a un abogado ejercer con libertad un encargo jurídico profesional. Lo anterior sucede en tanto el ordenamiento jurídico ha plantado un sistema sancionatorio en el que se sanciona de manera *ex post*, ello lleva a pensar, en

12 New York Bar Association. Formal Opinion 1990-4.

13 <http://www.thelawyer.com/chinese-walls-knocked-down-in-australia/90301.article>

14 Simon Chester & Heenan Blaikie, *op. cit.*

principio que el abogado es libre de llevar cualquier tipo de encargo profesional aun cuando se encuentra inmerso en una causal de conflicto de interés, so pena de incurrir de una de las sanciones disciplinarias que van desde una amonestación, hasta la exclusión perpetua de la posibilidad de ejercer la profesión¹⁵. En general, consideramos que nuestro régimen sancionatorio, si bien establece una serie de desincentivos para la realización de encargos profesionales en medio de una causal de conflicto de interés, debería instituirse como un sistema mixto en donde también se contemple un régimen de inhabilidades o de causales de descalificación.

De la misma normativa se puede vislumbrar que existen normas que regulan, aunque sea de manera tangencial, el tema referente al problema que suscita la creación de “*Chinese Walls*”. Así las cosas, la Ley 1123 de 2007, por la cual se consagra el Código Disciplinario del Abogado, dispone en su artículo 34 literal E que constituye una falta de lealtad con el cliente “*Asesorar, patrocinar o representar, simultánea o sucesivamente, a quienes tengan intereses contrapuestos, sin perjuicio de que pueda realizar, con el consentimiento de todos, gestiones que redunden en provecho común*”.

La norma en sí misma podría generar un problema de interpretación, pues admite 2 paráfrasis jurídicamente razonables:

1.1 Interpretación Restrictiva: Esta manera de leer la norma nos indica que un abogado, o firma, solo podría aceptar el desarrollo de un encargo profesional, aun estando inmerso en un conflicto de interés, cuando cuente con el consentimiento de ambas partes del conflicto y el mismo verse sobre un tema que se traduzca en una ganancia que no siendo privativamente de ninguno de los 2, se extiende a ambos; en otras palabras, no habrá perdedor.

2. Tesis Amplia: Esta teoría indica que el consentimiento de ambas partes en conflicto siempre puede subsanar la falta de lealtad del abogado, o la firma, con el cliente, pues cuando se otorga el aval para que se realice un determinado encargo jurídico, cada una de las partes el conflicto se verá beneficiada, en tanto que han podido ejercer su derecho de escoger libremente su representación, lo que llega a entenderse como un beneficio para ambos, independientemente de que alguno de los 2 pierda el pleito subsiguientemente.

Ahora bien, determinar que tesis de las descritas es la que prevalece en

15 Ley 1123 de 2007. Por el cual se expide el Código Disciplinario del Abogado. Diario Oficial 46519 de enero 22 de 2007.

nuestro ordenamiento jurídico es fácil de determinar si se acude a la voluntad que tuvo el legislador, al plasmarlo allí ¹⁶. De esa manera, la razón que inspiró al legislador de la época a establecer dicha norma fue la de implementar un sistema jurídico basado en reglas que no permitieran ningún tipo de interpretación flexible pues lo que se busca es el mayor grado de seguridad jurídica posible.

Teniendo claro el panorama, es evidente que actualmente, la legislación colombiana proscribió de manera categórica cualquier sistema de “*Isolation Cone*” pues cualquier clase de desarrollo de compromiso profesional habiéndose configurado una causal de conflicto de interés generaría una sanción, y la única posibilidad de poder desarrollarlo se presenta cuando se representa a las partes en conflicto en un encargo de beneficio común, el cual en realidad no es un conflicto como tal, pues de dicho encargo no puede resultar un ganador y un perdedor. Ello explicaría de manera suficiente porque no existe al día de hoy un sistema de barrera que propenda por un ejercicio de la profesión jurídica libre y sin restricciones desmesuradas.

Ahora bien, viendo lo rígido que es el sistema colombiano, donde inclusive una simple consulta o representación de un caso que implique un conflicto de interés, por mínimo que sea, impide, *per se*, que el abogado se desarrolle de manera profesional pues de hacerlo perdería *per saecula saeculorum* su capacidad de ejercer la profesión. Ello podría presentarse sobre todo en el caso de clientes sucesivos (ex clientes), pues como la norma no establece un criterio que permita determinar qué tan estrecha fue la relación substancial que debió ocurrir para generar el conflicto de interés en la actualidad, ni el número de años que podría enervar la causal por el mero paso del tiempo, ni mucho menos las posibles medidas de diligencia que podría tomar el abogado para poder ejercer la representación. Siendo la norma descrita una regla que impone un grado desmedido de seguridad jurídica, ella generaría la obligación al abogado de tener que tomar la decisión de arriesgarse a perder sus clientes (que son su fuente de ingresos) o de perder su capacidad ante la comunidad jurídica para litigar.

Dado lo anterior suscita un grave problema, pues en caso tal que 2 clientes de una firma de abogados, que inicialmente no tienen ningún vínculo se envuelvan en algún momento en un conflicto, esta se verá obligada a escoger a 1 de los 2 clientes arbitrariamente, cerrándose la posibilidad de contratar con aquel cliente que rechace en el futuro. Adicionalmente en caso de que de ese conflicto surja un proceso judicial, la firma estará de igual modo incurso en inhabilidad por sostener vínculos sucesivos con las partes. Corolario de lo anterior, se

16 Exposición de Motivos. Ley 1123 de 2007. Op. Cit.

pone a la firma en una paradoja en la que debe renunciar a ambos clientes sin posibilidad de paliar la situación, por estar en posición de violar potencialmente una norma a causa de un obrar ajeno.

5. ABOGACÍA EMPRENDEDORA: LA PROPUESTA

Basándonos en los principios expuestos a lo largo de este texto, y fundándonos en el estudio histórico formulado sobre la figura de los *Chinese Walls*, como solución al problema que supone la representación dual actualmente en Colombia, y con miras a garantizar el libre desarrollo del ejercicio profesional del derecho, nos servimos a plantear una propuesta para que la legislación vigente supere los problemas que ha generado la falta de desarrollo sobre este tema en nuestro país.

Para efectos de lo anterior, se propone la introducción de un capítulo en la Ley 1123 del 2007, que se encargue de regular el tema de la representación dual, dado que la norma que suprime esta figura se erige claramente como inconstitucional, pues favorece desmesuradamente la seguridad jurídica en absoluto detrimento del derecho de los particulares a escoger a su apoderado en el proceso y la libertad de los abogados para ejercer su profesión. Así las cosas actualmente se suprime el núcleo fundamental de los derechos a la libertad, la libre escogencia de la profesión y el libre desarrollo de la personalidad.

Para hacer mengua de la vulneración de derechos que se presenta actualmente, el legislador debe adoptar una normatividad que balancee adecuadamente el secreto profesional (y de contera la seguridad jurídica) con el derecho a la libertad en las manifestaciones previamente mencionadas. Lo anterior es posible lograrlo a través de una legislación que debe ser propuesta a modo de principios, pues de otra manera resultaría disonante con el resto de la norma. Aunque no es costumbre en el ordenamiento jurídico colombiano, el planteamiento de la norma en sentido negativo (estilo anglosajón) resulta muy preciso para el caso *sub examine*.

Por tratarse de una nueva legislación resultaría más conveniente formular un principio restrictivo, igual a como se ha planteado en Canadá, en donde se prohíbe la representación dual como premisa base de la norma y posteriormente se plantea una lista de excepciones en donde es dable aplicar la figura. La dificultad que supone esto, es que al tratarse de un sistema de derecho positivo, resulta necesario que la norma contemple la totalidad de la regulación de la figura, por lo tanto se torna necesario que además se expidan disposiciones que limiten

los alcances de esta institución, determinando así la procedencia de *Chinese Walls*, en los casos de vínculos simultáneos y sucesivos con la contraparte; la aplicación pertinente en el caso de empleados públicos y finalmente su eventual procedencia en lo que atañe al aislamiento de conjuces y árbitros respecto a los demás miembros de la firma a la que estos se encuentren vinculados.

Finalmente para dar cierre a este capítulo resulta importante poner de presente, que dado que la legislación colombiana, por influencia del derecho continental ha estatuido en gran parte su ordenamiento jurídico sobre el sistema de presunciones de hecho, resulta disonante con el sistema jurídico formular una regla *per se* (como la existente en la actualidad). Como respuesta a esto, nos parece que es más acertado formular 2 presunciones de hecho, que son fundamentales para modular los *Chinese Walls* en el derecho colombiano. Estas presunciones tienen como presupuesto la posibilidad de llevar a cabo el *Screening*; sin embargo, resuelven, en primer lugar que toda duda sobre la idoneidad en un caso concreto debe fallarse en contra de la representación dual¹⁷; y en segundo lugar que en caso de conflictos sucesivos que en caso de duda debe favorecerse al cliente actual¹⁸.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado sobre los *Chinese Walls* en el presente artículo, se ha llegado a las conclusiones que a continuación se presentan:

1. Como se dejó claro en el desarrollo del texto, consideramos que por varias razones debe haber un cambio legislativo en la normatividad que regula los deberes fiduciarios del abogado, entre otras cosas porque a nuestro parecer existe un desconocimiento ostensible al derecho de libertad que consagra la Carta Política. Por otro lado en nuestra opinión, por haberse construido el derecho colombiano en buena medida sobre un sistema de principios y presunciones, establecer una regla *per se* (más concordante con el derecho americano) resulta extraño a la tradición jurídica colombiana, razón por la cual hemos planteado que se adecúe la figura para que no disuene con el resto del ordenamiento jurídico.

Para efectos de lo anterior proponemos que se acuñen los principios de relación sustancial (para determinar la configuración de un conflicto

17 HUMBER, JANICE, *op. cit.*

18 SIMON CHESTER & HEENAN BLAIKIE, *op. cit.*

de interés), la apariencia sustancial de impropiedad (para determinar la idoneidad del *Chinese Wall*), y finalmente la prohibición del análisis cínico (para que la evaluación de los anteriores criterios se haga de manera imparcial y no se vulnere la presunción de inocencia). Por resultar una figura que balancea los derechos de ambas partes de manera delicada, proponemos de igual modo la introducción de las presunciones en contra del *Chinese Wall* en caso de duda y a favor del cliente cuando se presenten conflictos por relaciones sucesivas.

2. Desde todo punto de vista, hoy por hoy, aquellas legislaciones que han decidido innovar e implantar un sistema a través en que se le permita al abogado y/o a la firma practicar la profesión jurídica, a pesar de la presencia de conflictos de interés, usando métodos de *Screening*, se han visto privilegiadas, pues su ejercicio implica un doble beneficio. Por un lado, la imposición de un "*Chinese Wall*" implica la salvaguardia que tiene el cliente de ser representado por el abogado o firma de su elección; por el otro, dicho instrumento ha permitido que las firmas de abogados crezcan y se consoliden en grandes conglomerados empresariales con la capacidad de ofrecer un servicio profesional que con el correr del tiempo requiere más especialidad y calidad. Así, es indudable que los métodos de barrera implican un beneficio que redunde en el consumidor de servicios jurídicos.
3. Uno de los problemas que suscita la aplicación de un "*Chinese Wall*" es la definición de quien es cliente o ex cliente, pues con ella es fácil determinar si existe o no conflicto de interés. Desde nuestra jurisdicción es claro que todas las personas que requirieron de un servicio jurídico son considerados clientes, fuere cual fuere el servicio. Ello impide, en nuestra normatividad, que se aplique un método de "*Screening*" a la hora de prestar el servicio, pues cualquier contacto mutuo con una firma o abogado puede generar un conflicto e interés. A nuestro parecer, debe ser la jurisprudencia quien se encargue de definir el alcance de concepto de cliente, pues el problema requiere de un avance expedito en la posibilidad de aplicación del método, el cual que no se logra a través de los debates parlamentarios; así, existen diferentes casos, como el de la mera consulta, en donde el contacto con la firma o abogado es tan inocuo que no amerita considerar al beneficiario del servicio jurídico como un cliente en el sentido estricto pues ello podría converger en la generación de un conflicto de interés a futuro.
4. Es de igual manera importante, poner de presente que el uso de los *Chinese Walls*, podría eventualmente generar un problema de restricción al derecho

de la competencia, pues en dado caso en que se permita a una sola firma representar a 2 competidores de un mismo mercado oligopólico, se produciría merma al derecho de las demás firmas de la misma especialidad, en cuanto se les impediría acceder al mercado.

5. En el cuerpo del artículo se planteó una situación en el cual 2 clientes de una misma firma, quienes en primer término no tienen ningún conflicto de interés, generan posteriormente un conflicto de interés sobreviniente el cual debe ser resuelto a través de una de las 3 opciones que a continuación se proponen: Primera, podría recurrirse a la máxima jurídica de vieja data según la cual quien fue primero en el tiempo será primero en el derecho, siendo la solución concreta que quien primero haya generado una relación profesional con la firma tendrá derecho a ser representado por ella en la Litis intempestivamente generada. Segunda: la eficiencia económica indicaría que quien pueda asumir mejor los costos transaccionales que implicaría buscar alguien nuevo quien represente sus intereses en la Litis recién generada, es quien debe claudicar a ser representado por la firma incurso en el conflicto de interés. Finalmente, dicho caso puede resolverse construyendo un “*Isolation Cone*” que permita a la firma desarrollar la representación de ambas partes de la Litis, sin que dentro de la misma se cometa una conducta inapropiada a la hora de prestar el servicio. Desde nuestro punto de vista la última es la solución más eficiente puesto que evita la generación de costos de transacción a través de una regla de actuar ética y moral.
6. Aunque existen casos en donde no consideramos apropiado impedir la representación dual (simultánea o sucesiva) es claro que en otra clase de situaciones no se debe admitir. Específicamente, es el caso donde un abogado de una misma firma es nombrado árbitro o conjuer en una Litis donde uno de sus colegas de oficina representa a una de las partes de la misma; allí no consideramos que un “*Isolation Cone*” sea suficiente para enervar el conflicto de interés, pues el poder de decisión estaría concentrado en la firma que ha entrado en causal de conflicto de interés.
7. La legislación colombiana se encuentra en un serio estado de atraso, pues en primera instancia, pese a que jurisprudencialmente ya se ha reconocido el derecho de los abogados a la libre competencia y se los ha protegido de la competencia desleal, el derecho positivo no los reconoce como actores dentro de un mercado y ha relegado el derecho a la condición de profesión liberal, lo cual le impide gozar de los beneficios atribuidos a los comerciantes.

Es posible evidenciar que nos encontramos rezagados en la implementación de esta figura, no solo porque ha sido acuñada por varios países y aún así jamás se había hecho eco de su existencia en Colombia, sino también porque su aparición data de mediados del siglo XX y la mayoría de los países abordaron el tema durante la década de los años ochenta y noventa, cuando se generaron las controversias que dieron lugar a lo que el Screening es hoy en día. Tal es nuestro atraso en el tema, que en el interregno entre su aparición y la actualidad hubo tiempo para que en algunos países se presentara un proceso de evolución y posterior involución en la liberalización de esta institución y para que más allá de su reconocimiento jurisprudencial fuera inclusive incorporada al derecho escrito en los sistemas del Common Law.

BIBLIOGRAFÍA

- COPELAND, DENISE. Conflicts of Interest in the Mega-Firm. *Journal of the Legal Profession*. 1988-1989. At. 255.
- HUMBER, JANICE. Advocating Against Your Client. *Journal of the Legal Profession*. 1984-1985. At. 197.
- Ley 1123 de 2007. Por el cual se expide el Código Disciplinario del Abogado. Diario Oficial 46519 de enero 22 de 2007.
- Model Code of Rules of Professional Conduct. American Bar Association. Rules 1.9 and 1.11. New York Bar Association. Formal Opinion 1990-4.
- CHESTER, SIMON & BLAIKIE, HEENAN (2006). *The Conflicts Revolution*. Canadian Bar Association.
- Supreme Court of the State of New Mexico. Mercer v. Reynolds. Diciembre de 2012.
- United States Court of Appeals, Fifth Circuit. Woods V. Convington Coounty Bank. 537 F.2d 804 (1976).
- United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Westing House Elec. Corp. v. Kerr-McGee Corp. 580 F.2d 1311 (1978).
- United States District Court, E.D. Pennsylvania. INA Underwriters Ins. Co. v. Rubin. 635 F. Supp. 1 (E.D. Pa. 1983).
- <http://www.thelawyer.com/chinese-walls-knocked-down-in-australia/90301.article> (30, octubre, 2013).