



ICADE

# PROBLEMAS DE JUSTICIA EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

Autor: Joaquín Lloréns González

Director: Raúl González Fabre

Madrid  
Abril 2018

Joaquín  
Lloréns  
González

# PROBLEMAS DE JUSTICIA EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS



## **RESUMEN**

Este trabajo aborda la existencia de la justicia moral en los despachos de abogados a través del problema principal-agente (cliente-abogado). A partir del reconocimiento como relación de mercado de la relación cliente-abogado, se señala que en el seno de dicha relación deben materializarse ciertos conceptos de justicia moral. Éstos consisten en el respeto fundamental del equilibrio distributivo del beneficio que proviene de la relación, en proporción a lo que se aportó al inicio de la agencia. Por tanto, se condenan los casos en los que el abogado desvirtúa dicho equilibrio a su favor debido a un conflicto con los intereses de su cliente. Así, se ocasiona el acto inmoral, pervirtiéndose las finalidades de la relación de agencia.

El trabajo concluye que, a pesar de las barreras deontológicas y legales contra el acto inmoral, y de los remedios económicos, regulatorios y morales para alinear los intereses del cliente con los del abogado, éste último estará siempre en superioridad por la asimetría de información, ya que ésta complica la supervisión y entendimiento de la actuación del abogado por parte del cliente. Por ello, deben descartarse corrientes de pensamiento que fíen únicamente la realización de la justicia moral en este tipo de relaciones a las constricciones exteriores impuestas por las instituciones o el exterior, ya que el abogado debe ser pensado como agente autónomo capaz de justicia o injusticia en su actuación.

**Palabras clave: problema principal-agente, asimetría de información, cliente, abogado, Derecho, justicia, moral.**

## **ABSTRACT**

This paper analyses the existence of moral justice in law firms throughout the principal-agent problem (client-attorney). Considering the client-attorney relation as a market one, it states that certain moral justice concepts must appear in such relation. These concepts consist in the respect to the distributive balance of the benefit that arises from the relation, in proportion to what the parts (client and attorney, independently) contributed in the beginning. Therefore, the cases in which the attorney distorts said balance on his behalf, because of a conflict of interests with those of the client, are to be condemned. This is the manner by which the perversion of the purposes of the agency relation is produced.

The paper concludes that, notwithstanding the deontological and legal barriers against the immoral, and the economic, regulatory and moral remedies for aligning the interests of

the client with those of the attorney, this latter will always be on a superior position over the client because of the information asymmetry. Hence, the thinking flows that rely the realization of the moral justice in this type of relations only on outer constrictions imposed by the institutions or external factors are to be discarded, due to the fact that the attorney must be thought as an autonomous agent that is able to perform just or unjust actions on his own.

**Keywords: principal-agent problem, information asymmetry, client, attorney, law, justice, moral.**

# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| <i>1. INTRODUCCIÓN</i>  | 3  |
| 1.1. Derecho y justicia en teoría   | 3  |
| 1.2. Derecho y justicia en la práctica  | 4  |
| 1.3. Objetivos  | 5  |
| 1.4. Metodología  | 7  |
| 1.5. Desarrollo   | 7  |
| <i>2. LA RELACIÓN PRINCIPAL-AGENTE Y LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN</i>  | 9  |
| 2.1. Descripción y definición de la relación principal-agente   | 9  |
| 2.2. Breve antecedencia histórica de la relación principal-agente   | 10 |
| 2.3. Finalidades de la relación principal-agente  | 11 |
| 2.4. Equilibrio de justicia en las finalidades de la relación principal-agente  | 12 |
| 2.5. Perversión de las finalidades y aparición de la relación injusta   | 13 |
| 2.6. Base de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente   | 14 |
| 2.7. Razones de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente  | 14 |
| <i>3. APLICACIÓN DE LA RELACIÓN PRINCIPAL-AGENTE Y LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN AL SECTOR DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS</i> | 16 |
| 3.1. Descripción y definición de la relación principal-agente en los despachos de abogados                                | 16 |
| 3.2. Breve antecedencia histórica de la relación principal-agente en los despachos de abogados                            | 17 |
| 3.3. Finalidades de la relación principal-agente en los despachos de abogados   | 17 |
| 3.4. Equilibrio de justicia en las finalidades de la relación principal-agente en los despachos de abogados               | 18 |
| 3.5. Perversión de las finalidades y aparición de la relación injusta en los despachos de abogados                        | 20 |
| 3.6. Base de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente en los despachos de abogados                | 20 |
| 3.7. Razones de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente en los despachos de abogados             | 21 |
| <i>4. SALVAGUARDAS CONTRA EL PROBLEMA DE AGENCIA EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS</i>   | 22 |
| 4.1. Salvaguardas deontológicas   | 22 |
| 4.2. Salvaguardas legales   | 24 |
| <i>5. CASOS</i>   | 28 |
| 5.1. Despacho de abogados del área bancario y financiero  | 28 |

|  |    |
|--|----|
| 5.2. Representación legal de demandante y demandado por el mismo despacho de abogados                          | 29 |
| 5.3. Relación de los casos con el problema-principal agente y la asimetría de información                      | 30 |
| 6. <i>REMEDIOS</i>   | 32 |
| 6.1. Económicos  | 32 |
| 6.2. Regulatorios  | 34 |
| 6.3. Morales   | 37 |
| 7. <i>CONCLUSIONES</i>   | 39 |
| 8. <i>BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS</i>   | 42 |
| 8.1. Bibliografía (libros, capítulos de libros y artículos científicos o de divulgación, artículos de prensa)  | 42 |
| 8.2. Referencias legislativas (normas: Leyes, reglamentos o similares)   | 44 |
| 8.3. Fuentes de internet consultadas: página web o blog: Dirección URL y fecha de la última visita a la página | 45 |

# ***1. INTRODUCCIÓN***

## **1.1. Derecho y justicia en teoría**

Desde un prisma teórico, la justicia en sentido moral regula relaciones entre agentes humanos, pudiendo ser éstas tanto interpersonales como impersonales. Es una calidad (la justicia) que se proclama en primer lugar de esas relaciones propiamente dichas (desde esta perspectiva la calidad es ontológicamente intersubjetiva), y, a la vez, de los sujetos que de manera consistente tratan de conseguir tal calidad en todas sus relaciones (cuando se pregona de los sujetos, es ontológicamente subjetiva). La justicia como calidad de una relación es imperativo para uno mismo, se debe al otro, es exigible por aquel a quien es debido y por terceros. Este carácter de exigibilidad otorga por tanto a la justicia cierta necesidad moral que no se encuentra en otras calidades deseables de las relaciones sociales.

En línea con lo anterior, podríamos definir la moral como aquella acción nacida de motivaciones interiores de los individuos, que versan sobre lo que hacen intencionalmente de sí mismos, de los demás y del exterior, a través de relaciones establecidas de forma inteligente y libre. Esta exigencia moral de la justicia de la que hablábamos previamente, encuentra un hábitat donde expandirse y proyectarse en el Derecho<sup>1</sup>, siendo la relación entre la justicia y el Derecho en sentido moral de carácter teórico (la norma del Derecho debe ser justa en sentido moral). Posteriormente, esto debe realizarse en la práctica, de manera que actuando según Derecho se haga la justicia. Por tanto, el estadio teórico en la relación justicia-Derecho es previo y sirve de base fundamental al estadio práctico.

Esta moralidad o moralización del Derecho, también se refleja en las instituciones jurídicas y de pensamiento legal, que han de ser entendidas en referencia a un ideal moral. El valor moral y la fuerza justificativa del Derecho no deben ser contingentes o dependientes de circunstancias, sino intrínsecas a su carácter como Derecho<sup>2</sup>.

Continuando con el establecimiento de la relación entre Derecho y Justicia desde un enfoque teórico, y acogiendo la definición de justicia<sup>3</sup> del jurista romano Ulpiano, podría decirse que la Justicia es el *principio que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde*. Este principio es de carácter moral, como así introdujo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su primera acepción de la definición de la palabra justicia<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Hans Welzel, *Más allá del Derecho natural y del Positivismo Jurídico* (Buenos Aires: BdeF, 2013).

<sup>2</sup> Nigel Simmonds, *Law as a Moral Ideal* (Oxford University Press, 2008).

<sup>3</sup> Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica II*. q. 58, a. 1. (Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2010).

<sup>4</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo tercera edición (Madrid: 2014).

La relación entre las ideas justicia y Derecho es tan sólida y evidente que no se pueden entender la una sin la otra. La citada institución lingüística establece en su acepción número dos que la justicia es el *Derecho, la razón, la equidad*. Y paralelamente, define el Derecho como *lo justo, lo legítimo* o como *la justicia, la razón*. Además, si nos remontamos al origen de la palabra *justicia*, llegaríamos al latín *iustitia*, cuya primera parte (*ius*) significa literalmente *Derecho*.

El Derecho nace de la necesidad de impartir justicia entre los hombres, de la aspiración de toda sociedad que quiere pregonar de sí ser justa<sup>5</sup>. De manera semejante, la justicia es el resultado de la aplicación del Derecho, el final lógico y común de todo proceso jurisdiccional impregnado de Derecho.

Este Derecho del que se ha hecho referencia en su relación con la justicia, es, de un modo generalizador y ya conclusivo, aquel que contiene la carga ética que se mencionó en las relaciones entre los agentes humanos, teniendo detrás la fundamentación moral de la Justicia.

## **1.2. Derecho y Justicia en la práctica**

El Derecho se legitima a través de dos vertientes: la vertiente moral, que consiste en que, como se acaba de señalar, el Derecho esté apoyado sobre un concepto moral reconocible y coherente de Justicia; y la vertiente política, que no es necesariamente moral.

En este último caso, no se puede pregonar la calidad “justicia” del Derecho porque se haya seguido en su elaboración y exteriorización lo previsto en los códigos, pues éstos son voluntad del hombre y ha quedado probado a lo largo de la Historia que éste último no siempre es justo<sup>6</sup>. Los cuerpos legales, que pretenden encerrar el Derecho, son producto de contextos político-sociales que en determinadas ocasiones vulnerarían la más simple, ingenua o primitiva idea de justicia. De esta manera, no sería necesario explicar si las leyes raciales promulgadas durante el nazismo, o los juicios de Moscú de Iósif Stalin en la década de 1930 gozan de esa calidad de “justicia”. Puede que estos edificios legales sean democráticos pues llevan detrás el apoyo de la sociedad, pero debemos preguntarnos también si aquéllos llevan detrás la fundamentación moral.

Si hay acciones, como las que se acaban de mencionar acaecidas en Alemania o la U.R.S.S., que son legales pero inmorales, el problema estriba en el diseño de la ley, y no en su aplicación. La aplicación del Derecho no puede ser moral o inmoral, justa o injusta, no tiene

---

<sup>5</sup> Ildefonso García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (Valladolid: Lex Nova, 1988).

<sup>6</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan* (Barcelona: Losada, 2003).

autonomía independiente pues es subordinada al diseño del Derecho, que es donde éste encuentra su razón de ser. Esto es, no se podría calificar de inmoral, por ejemplo, la actuación de un juez que aplica una ley vigente y válida de un ordenamiento jurídico en concreto. Tal afirmación debiera situarse en un plano anterior, sobre el conjunto de leyes en cuestión del que el juez ha escogido una. Por tanto, es ahí donde debieran consagrarse todos los esfuerzos para la previsión de los conceptos morales de justicia en el Derecho, en su diseño.

La relación Derecho y justicia en su vertiente práctica será, en líneas generales, el objeto del trabajo de investigación, ya que se estudiarán, de manera concreta, ciertos comportamientos de los despachos de abogados, que, si bien legales, cabría discutir la moralidad de los mismos. Se hará desde la perspectiva de agente económico portador y vertedor potencial de justicia en las relaciones (de mercado) en las que se ven inmersos, al ser los centros donde el Derecho se materializa reproduciéndose a través de casos y pleitos.

Se puede afirmar que en los despachos de abogados nace prácticamente el Derecho, dado que, según la ley en España<sup>7</sup> y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, el proceso jurídico se *principiará* por demanda, que es formulada<sup>8</sup> por el abogado de la parte actora o demandante. Se ve cómo el *principio*, el *empezar* práctico del Derecho, encuentra su raíz en el abogado.

### 1.3. Objetivos

Es el abogado y son los despachos en los que aquél desarrolla su actividad de lo que va a versar este trabajo de investigación en última instancia. Ese será el fondo que vista este proyecto. El motivo de esta elección obedece a ciertas prácticas de bufetes que, una vez analizadas desde estadios morales y bajo una perspectiva objetiva y neutral, se podría llegar a dudar de la *justicia* o *legitimidad* de las mismas. No obstante, estos comportamientos, en los que después se entrará en profuso detalle, serían legales ya que cumplen con la normativa vigente y no se discute de ellos su ajustamiento al Derecho.

Por otra parte, no se va a poner en tela de juicio si el Derecho vigente que se traiga a colación pudiera cobijarse bajo una u otra idea general de justicia, o si debiera o no ser modificado en pos de una mayor moralización del mismo. De hecho, el Derecho en sí, como ciencia

---

<sup>7</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>8</sup> Hay dos casos en los que no es preceptiva la intervención de abogado: el primero es en los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y ésta no exceda de 2000 euros, y la petición inicial de los procedimientos monitorios conforme a la L.E.C; el segundo es en los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones.

normativa, tendrá un mero papel secundario en esta línea de investigación. Será un medio, un instrumento suplementario para llegar a un fin. Lo que se estudiarán serán ciertos actos dentro del sector empresarial elegido, *los despachos de abogados*, para que sean discutidos bajo un paraguas ético. Concretamente, si puede pregonarse de ellos la calidad “justicia” en sentido moral, que se vio con anterioridad.

La variable independiente de nuestro trabajo de investigación será pues, como se ha subrayado, estas acciones de los despachos de abogados. La variable dependiente la constituirán las teorías y problemas acerca de ellos. Con respecto a estos últimos, este ensayo se centrará principalmente en uno que son dos, o en dos que son uno, esto es, el problema principal-agente y la asimetría de información. Estas dos teorías no son departamentos estancos de un todo, se complementan y están interrelacionadas.

El interés que suscitan a esta parte los problemas mencionados previamente, nace de la explicación que pueden traer sobre dichas actuaciones de los despachos de abogados, siendo así que podrían ser la lupa que arroje algo de luz al obscurantismo ético presente en la materia.

A modo de recapitulación y síntesis de lo anterior, así como de exposición, los tres objetivos generales de este trabajo son los siguientes:

1. *Descripción y definición del problema principal-agente y su aplicación en el ámbito empresarial de los despachos de abogados*: se discutirá, de manera objetiva, la antecendencia histórica del problema principal-agente; las finalidades de la relación principal-agente; el equilibrio de justicia en dichas finalidades; la posible perversión de las finalidades y la base y las razones de la perversión de las finalidades.
2. *Descripción de las salvaguardas existentes contra el problema principal-agente y la asimetría de información*: se estudiarán, por un lado, las salvaguardas deontológicas, en el sentido de escudo moral, y las legales, con objeto de mostrar la posible respuesta del ordenamiento jurídico contra esas acciones. Además, se añadirán casos donde estas salvaguardas pudieron fallar o entraron demasiado tarde.
3. *Crítica general*: una vez expuesto el problema principal-agente y las formas de su evitación a través de las salvaguardas, se criticará la situación, rediseñando finalmente el puesto de trabajo del abogado a través de la añadidura de una serie de barreras o salvaguardas económicas, regulatorias y morales.

## 1.4. Metodología

Una vez definidos los objetivos de esta línea de investigación, pasaremos a señalar cómo se pretenderá alcanzar dichos objetivos. Los elementos metodológicos serán, fundamentalmente, dos:

1. *Marco teórico*: estará compuesto por la doctrina, artículos de prensa, libros científicos, manuales de Derecho y revistas que traten el problema principal-agente, la asimetría de información y su historia.

2. *Experiencia personal*: el haber trabajado en dos despachos de abogados (*BGG Abogados* en Córdoba en verano de 2017 y *Pérez-Llorca Abogados* en Madrid de enero a marzo de 2018), me suministra información práctica, jurídica y de *facto* sobre el tema. Especialmente, en Derecho Bancario, área en la que trabajé en el último despacho citado y de la que se traerá a colación un profuso ejemplo en este trabajo de investigación en el que se despliega la situación de agencia.

## 1.5. Desarrollo

Una vez se han definido la relación de la Justicia y el Derecho en la teoría y en la práctica en el marco del sector de los despachos de abogados, se han formulado los objetivos a cubrir durante el proyecto de investigación y se ha puesto de manifiesto cómo se alcanzarán dichos objetivos, solo queda enunciar qué epígrafes nos llevarán a desarrollar el trabajo y cómo se estructurarán y ordenarán los mismos.

El primer gran tema a abordar seguidamente será el del problema principal-agente y la asimetría de información, que se desmembrará en los siguientes apartados:

- *Descripción y definición de la relación principal-agente*: se empezará por la definición que Jensen y Meckling, los precursores de la situación de agencia, idearon en 1973; se presentará la asimetría de información como objeto impulsor de la relación de agencia y se cerrará con la vinculación de la agencia con las relaciones de mercado al hilo de este proyecto.

- *Antecedencia histórica de la relación principal-agente*: se ilustrará inicialmente el boceto de situación de agencia que diseñó el economista Adam Smith en el siglo XVIII, para su posterior comparación y contraste, de manera breve, con la idea de gobierno corporativo tan presente en el mundo empresarial de hoy.

- *Finalidades de la relación principal-agente*: estas finalidades explican las razones de por qué, cada una de las dos partes, desean establecer o entrar en semejante relación. Por tanto, este epígrafe consiste en un enfoque teleológico del problema-principal agente.

- *Equilibrio de justicia en las finalidades de la relación principal-agente*: se discutirá el equilibrio de justicia en las finalidades de la relación principal-agente como ejemplo de relaciones de mercado como foro donde se materializan ciertos conceptos de moralidad, a través del reconocimiento del otro individuo inmerso en la transacción y de los derechos y deberes que hay en una relación como la de agencia.

- *Perversión de las finalidades y aparición de la relación injusta*: incidiremos en el momento en que la relación de agencia pasa a convertirse o deriva en un problema de agencia, por el malogro ético de las finalidades, con la consiguiente aparición de la relación injusta.

- *Base de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente*: se focalizará la asimetría de la información como eje donde pivota la relación de agencia y base del problema.

- *Razones de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente*: cabría preguntarse cómo se pervierten las finalidades en la relación principal-agente, esto es, por qué ocurre el alejamiento inmoral, que es inexistente en la agencia inicial.

Seguidamente se aplicarán todos estos epígrafes precedentes a la relación cliente-abogado en los despachos bajo la noción de principal-agente.

El tercer tema a discutir serán las salvaguardas existentes contra el problema principal-agente en el ámbito de los despachos de abogados. Se tratarán dos: las salvaguardas deontológicas, como escudo moral, y las salvaguardas legales, en el sentido de respuesta del ordenamiento a la acción del abogado.

Posteriormente, se presentarán algunos casos de despachos de abogados en los que estas salvaguardas de las que se acaba de hablar fallaron o entraron demasiado tarde, posibilitando la aparición del problema principal-agente.

Por último, se comentarán una serie de remedios o, de nuevo, salvaguardas, para aplacar el problema de agencia en los bufetes de abogados. Consistirán en tres: económicas, regulatorias y morales.

## **2. LA RELACIÓN PRINCIPAL-AGENTE Y LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN**

### **2.1. Descripción y definición de la relación principal-agente**

De una manera general, la relación de agencia fue ideada como un modelo explicativo de las relaciones y demás elementos que caracterizan aquellas situaciones en las que ocurre una distinción entre la gestión y la propiedad de una unidad económica, o en las que un individuo delega la gestión de determinados intereses a otro<sup>9</sup>. Esta agencia, de manera esencial, tiene lugar, en mayor o menor medida, en la gran mayoría de acuerdos contractuales<sup>10</sup>.

La relación principal-agente o de agencia consiste en la situación que tiene lugar cuando un actor económico, llamado el *principal*, depende funcionalmente<sup>11</sup> de otro actor económico, llamado el *agente*, generalmente a raíz de un acuerdo o pacto que le pide celebrar aquél a éste. Dicho acuerdo o contrato se establece en virtud del mejor dominio sobre el asunto que posee el agente y del que carece el principal, hecho que hace que éste se dirija a aquél para pedirle un servicio (basado en esos mejores conocimientos) que de otra manera le resultaría más costoso o directamente imposible por sus propios medios. Por lo tanto, es esta asimetría de información (técnica, casuística) la que da sentido y hace brotar la relación principal-agente, y la que como posteriormente se señalará, la que puede dar pie a la aparición de la actuación inmoral del agente.

Este vínculo principal-agente, de la manera que se expondrá en esta línea de investigación, encuadra ontológicamente con las características de las relaciones de mercado (como la situación cliente-abogado). Las relaciones de mercado se podrían definir como aquellas relaciones arbitradas por ciertos valores que son determinados por un sistema de mercado<sup>12</sup>. Los agentes interactúan cuando consideran que es racional de acuerdo con esos valores, que expresan una métrica universal (en precio, tiempo, utilidad) con la que se comparan cuantitativamente personas y recursos. La evaluación ulterior se define en términos del precio, que acaba constituyendo una razón de intercambio. Finalmente, el precio y los agentes acaban estructurando su interacción de manera proporcional a esas razones de intercambio.

---

<sup>9</sup> Michael Jensen & William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure* Journal of Financial Economics, nº 3, 1976, págs. 305-360.

<sup>10</sup> American Economic Review. *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*. vol. 63, issue 2, 134-39. 1973.

<sup>11</sup> Carmen Ansotegui et al, *Ética de las Finanzas* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2014).

<sup>12</sup> Alan P. Fiske, *Structures of Social Life* (New York Free Press, 1998).

## 2.2. Breve antecedencia histórica de la relación principal-agente

En el siglo XVIII, el economista británico Adam Smith bocetó las primeras líneas del problema de agencia, apoyándose en ciertos supuestos que se dan en las sociedades de capital<sup>13</sup>. Así, él subrayaba la asimetría de información entre los accionistas, que eran los inversores de las sociedades, y los directivos, aquellos que tomaban las decisiones estratégicas de inversión. El problema de agencia tomaba aquí forma a través del aprovechamiento de la liquidez de los accionistas (*principal*) por parte de los directivos (*agente*), que podían no emplear todo su máximo juicio profesional a la hora de colocar el dinero (ya que éste no era suyo), o hacerlo de una forma ventajista para sacar un porcentaje adicional de la operación que les favoreciera. Esto se debe a la asimetría de información, ya que, al contrario que el accionista, el directivo tenía conocimiento de la materia de decisiones financieras. Este planteamiento de Smith encuentra su principal repercusión y exteriorización en el concepto de gobierno corporativo en el siglo XXI.

El gobierno corporativo se define como el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa<sup>14</sup>. Estos mecanismos de gobierno comprenden la vigilancia de las políticas y prácticas de las empresas, sus agentes, y los accionistas afectados. Dichas prácticas de gobierno están influenciadas por los intentos de alineación de los intereses de los accionistas con aquellos de la empresa y su cuerpo de decisión<sup>15</sup>, lugar donde el problema de agencia se desarrolla. Esto es así porque, en las corporaciones modernas, donde la participación accionarial está muy fragmentada, las acciones de la Dirección Financiera se vienen apartando de aquellas requeridas para maximizar la rentabilidad del accionista<sup>16</sup>, debido a una desalineación de los intereses de aquella con los de éste, buscando la satisfacción del interés propio.

La asimetría de información entre unos y otros y la divergencia de intereses ocasionan el problema de agencia, cuando los directivos (*agente*) tratan de conseguir sus propios objetivos en detrimento de los de los accionistas (*principal*). Entonces, el principal objetivo del Gobierno Corporativo consiste en minimizar los llamados “costes de agencia”, que son los resultantes de la puesta en prácticas de controles sobre los directivos por parte de los accionistas.

---

<sup>13</sup> Patrick Jack O'Rourke, *On The Wealth of Nations, Books That Changed the World* (Atlantic Monthly Press, 2006).

<sup>14</sup> Página corporativa de Deloitte. <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/topics/gobierno-corporativo.html> 27 de marzo de 2018.

<sup>15</sup> The Organisation for Economic Co-operation and Development, *Principles of Corporate Governance* (Paris: 2004).

<sup>16</sup> Adolf Berle & Gardiner Means, *The Modern Corporation and Private Property* (Macmillan Company, 1993).

### 2.3. Finalidades de la relación principal-agente

Desde un punto de vista teleológico, la relación principal-agente puede explicarse por las siguientes finalidades:

- Para el principal, sujeto que inicia la relación, la situación de agencia le supone un instrumento con el que llegar a un fin, que consiste en el disfrute de un servicio. Necesita de la agencia (y del agente) para la compleción de su finalidad, ya que por sí solo no puede proyectar el logro completo de ese objetivo. Es por esta incapacidad de autonomía para conseguir su objetivo que demanda la intermediación de un tercero, que inicialmente es ajeno a la satisfacción de su fin, el agente.

- Para el agente, sujeto que completa la relación, la situación de agencia también supone un instrumento con el que llegar a un fin, que consiste en ser recompensado por la prestación de su servicio. El agente, a priori ajeno al principal y a sus intereses, se implica finalmente en éstos porque él también quiere satisfacer los suyos. Por lo tanto, la mera prestación de sus servicios al principal no le reporta ningún tipo de utilidad, si esa prestación no es recompensada. También conviene resaltar que, por consiguiente, el agente necesita del principal (pues es él quien le retribuye) para la compleción de su finalidad.

Es importante notar que el problema principal-agente cobra su sentido pleno dentro de una concepción neoclásica de las decisiones económicas. En esta concepción neoclásica, cada individuo actúa en cada coyuntura buscando maximizar su propia utilidad<sup>17</sup>, que se corresponde con su propio interés<sup>18</sup>. Esta es una forma de actuar considerada natural, normal y racional<sup>19</sup>.

En línea con lo anterior, conviene esperarse que, en el problema principal-agente, también los agentes actuarán de la misma manera, aunque queden comprometidos contractualmente a maximizar el interés del principal antes que el suyo propio. Esto último es lo que ocasiona los problemas de moralidad en dichos actos, al obviarse el acoplamiento deontológico y legal en los mismos, que advierten de que hay que tener en cuenta los medios que se emplean para conseguir dicha utilidad (finalidad-objetivo) última.

---

<sup>17</sup> David Colander, *Economics* (McGraw-Hill, 2000).

<sup>18</sup> David Colander et al, *The Changing Face of Economics: Conversations with Cutting Edge Economists* (University of Michigan Press, 2004).

<sup>19</sup> Raúl González Fabre, *Ética y Economía* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2005).

## 2.4. Equilibrio de justicia en las finalidades de la relación principal-agente

Trayendo de nuevo a colación la idea de la relación principal-agente como relación de mercado, y siguiendo la teoría del antropólogo Alan P. Fiske, el intercambio de mercado se postula como uno de los modelos (entre otros) que ayudan a comprender las relaciones sociales. Primeramente, conviene resaltar que este tipo de modelos es importante para la implicación de la justicia en la economía, cuando se aplican a transacciones de bienes económicos, y cada uno de ellos es utilizado como patrón para definir formas de coordinación con el resto de personas y de reconocimiento de ellas como sujetos sociales válidos.

En todas las relaciones, como esta del principal-agente, hay un reconocimiento del otro, con derechos y deberes que surgen dentro del modelo que se trate (en nuestro caso, intercambio de mercado). Por ello, en cada modelo, y en consecuencia, en las relaciones de mercado, se generan conceptos concretos de justicia que exigen ajustar el reconocimiento que se otorga al otro a lo debido según la naturaleza de la relación. Por lo tanto, en el marco de la relación principal-agente, nacen de manera natural ciertos deberes y derechos que ambas partes deben respetar para que se dé la calidad de justicia de la que veníamos hablando al principio. Así, por un lado, el agente tiene el *deber* de responsabilidad encarnado en la máxima aplicación de su juicio profesional en la relación de agencia (esa es su forma de retribuir justamente al principal); y el derecho a ser retribuido por semejante actuación. Por otro lado, el principal *debe* retribuir la prestación de ese servicio en los términos pactados previamente (comúnmente una satisfacción monetaria cierta); y el derecho a que su pretensión (por ir ya metiéndonos en términos jurídicos) sea acogida y aplicada desde el mayor juicio profesional del agente.

Por todo lo anterior, habrá injusticia cuando en una determinada función social (agente-principal) se irrespeten las reglas de distribución intrínsecas al modelo respecto a los bienes y a los individuos involucrados. En las relaciones de mercado hay inscrito como justo un criterio distributivo que debe aplicarse cuando se gestionan dentro de él bienes económicos, el cual es que cada uno debe recibir en proporción a su contribución. Así, el principal debe obtener de su relación con el agente en proporción a lo que aportó en el inicio, así como el agente, que no puede desestabilizar y desequilibrar la distribución por una acción que no se ajuste a los estándares morales de justicia.

## **2.5. Perversión de las finalidades y aparición de la relación injusta**

Las finalidades de la relación principal-agente podrían malograrse, lo cual es la principal causa de que, semánticamente, la relación principal-agente pase a denominarse el problema principal-agente. Dicho problema emana, fundamentalmente, de la asimetría de información entre el agente y el principal, en dos posibles vertientes:

1. *El agente cuenta con más información que el principal, y por ello se dificulta a este último entender y evaluar las actuaciones de su agente:* el agente domina intelectual y empíricamente los servicios que demanda el principal, y es por ello que podría aprovecharse de esta capacidad en detrimento de éste último. Es un dominio preexistente a la relación de agencia, que se materializa fácticamente en ella a raíz de la petición de los servicios que demanda el principal.

La información (técnica, casuística) de la situación juega pues un papel determinante, al empujar al agente a un estadio de superioridad que impide que el principal esté en condiciones de entender y valorar la acción del agente. Por ello, esta superioridad puede hacer que el agente malogre la agencia a su favor, a través de una desvirtuación en su proceder crítico que lleve a aumentar (inmoralmente) la maximización de sus intereses.

Así, podría aparecer el problema de agencia, como este ensayo ha subrayado, en las finanzas, a través del gobierno corporativo, en el que los directivos desvirtuaban su proceder crítico en detrimento de los accionistas; pero también en sanidad, si se considera un médico especialista (agente) que sobrecarga un diagnóstico para firmar un tratamiento más costoso de lo necesario (incumplimiento del deber profesional) a un paciente (principal); o igualmente en ingeniería o arquitectura, si el técnico considera que la inversión en las infraestructuras debiera ser mayor, sin una necesidad que lo respalde, para cobrar más por su comisión en la obra. Como se ve, las conjeturas potenciales pueden ser tan numerosas como las situaciones en las que el ser humano se ve en la encrucijada de decidir por él y por alguien más independiente a su esfera de intereses (la llamada *delegación*), en ciertos ambientes de presión económica a raíz de un pacto previo entre las dos partes.

2. *El agente está en condiciones de actuar de una manera oculta para su principal, por tanto difícil de detectar y controlar por este:* la superioridad del punto anterior concede al agente un camuflaje legal (pues su actuación seguiría dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, ya sea el caso de los despachos de abogados o cualquier otro, como hemos visto con estos ejemplos) y equívoca y aparentemente ético (pues cómo refutar que no está obedeciendo su rigor profesional).

Esta es la clave del llamado riesgo moral que, aunque no es objeto directo de este trabajo, debe ser comentado brevemente por su relación con el tema. Podríamos definirlo como la situación en la que un sujeto posee más información acerca de las repercusiones de sus actos que los propios individuos que tienen que soportarlas. Por tanto, la asunción o no de riesgos no le es impedimento alguno para actuar, ya que no será él quien los asuma<sup>20</sup>. Como ejemplo, podríamos citar las hipótesis de riesgos del economista Arrow. Para este nobel americano, la clave se encontraba en la delegación de la responsabilidad<sup>21</sup>: lo ilustra apoyándose en los casos en los que un sujeto toma un contrato de seguro (por ejemplo uno sobre una propiedad), ya que éste puede ser menos diligente en el cuidado de la misma si sabe que el costo monetario accidental no será cubierto por él, sino por otro (la compañía aseguradora).

## **2.6. Base de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente**

El principal pivota en una situación de inferioridad al depender de los resultados del agente. El problema, como vimos en la definición y descripción de la relación principal-agente, estriba en un desequilibrio de información, dado que el agente, por conocimientos y experiencia, la posee en mayor cantidad que el principal, a quien aquél debe sus servicios<sup>22</sup>. Esta asimetría de información es la que, en las hipótesis que estamos analizando, y luego detalladamente en los despachos de abogados, puede hacer nacer en el agente un interés, antes inexistente, al margen del acuerdo que se ha establecido, dando lugar a que el juicio profesional y el deber de responsabilidad que debieran atravesar este tipo de relación se viesan contaminados por el afán de provecho propio.

Se aprecia, por tanto, que la situación de agencia nace en virtud de esta asimetría, ya que sin ella, es decir, si el principal tuviese la información (técnica, casuística) completa, éste no tendría que acudir al agente a demandar sus servicios, pues podría cubrir su necesidad por sí solo. Por consiguiente, este desequilibrio de información entre una parte y otra se erige como eje sobre el que pivota el problema principal-agente.

## **2.7. Razones de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente**

El agente podría apoyarse en la base de la relación principal-agente (la asimetría de información) para, a raíz de su pacto o acuerdo, interponer en mayor o menor medida sus propios intereses sobre aquellos del principal. Esto es así porque unos y otros están en

---

<sup>20</sup> Paul R. Krugman et al, *Introducción a la economía: Microeconomía* (Barcelona: Editorial Reverté, 2007).

<sup>21</sup> Kenneth Arrow, *Essays in the Theory of Risk-Bearing* (Amsterdam: North-Holland Pub Co., 1970).

<sup>22</sup> Kathleen Eisenhardt, *Agency Theory: An Assessment and Review* (The Academy of Management Review, 1989).

conflicto. Aquellos del principal no pueden, de manera positiva, influir completamente en los del agente, ya que los mismos, siguiendo la teoría neoclásica de las decisiones económicas que se mencionó anteriormente, consistirían en resolver su problema con la mínima retribución (monetaria) al agente (ya que así se maximiza su función de utilidad). Paralelamente, aquellos del agente tampoco podrían satisfacer desde ningún prisma los del principal, ya que éstos consistirían, siguiendo la misma doctrina, en conseguir la mayor retribución (monetaria) posible por sus servicios.

Por tanto, es en este momento de la situación principal-agente (que seguidamente veremos cliente-abogado) cuando podría detectarse el cariz inmoral del agente, al orientar la relación con fines oportunistas para sí mismo distintos a los iniciales demandados por el principal. Todo esto es fruto del conflicto de intereses, que se vertería en la intención de satisfacción del provecho propio.

### **3. APLICACIÓN DE LA RELACIÓN PRINCIPAL-AGENTE Y LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN AL SECTOR DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS**

#### **3.1. Descripción y definición de la relación principal-agente en los despachos de abogados**

En el ámbito de los despachos de abogados, podríamos decir que la situación de agencia es la relación fiduciaria que resulta de la manifestación del consentimiento de una persona (cliente) para que otra (abogado) actúe a su favor (y de manera controlada por aquélla<sup>23</sup>). Así, los elementos definatorios de la relación serían los siguientes: la manifestación mutua del consentimiento, la asunción del abogado de la tarea de actuar en beneficio del cliente<sup>24</sup>, y el derecho del cliente a controlar al agente. Se aprecia como esta relación encuadra ontológicamente con las características de la relación de agencia que se vieron previamente, como así ha sido asumida por los tribunales<sup>25</sup> en Estados Unidos.

La relación cliente-abogado nace de un contrato que el primero le pide celebrar al segundo. Este acuerdo tiene lugar por el mejor dominio que el abogado tiene sobre el Derecho (conocimiento de las leyes, experiencia en la práctica jurídica) del que carece el cliente. Es esta carencia (asimetría de información) del principal la que impulsa la relación<sup>26</sup>.

Se puede afirmar que es el cliente el que le pide al abogado de sus servicios porque, también, de manera autónoma (suministrarse a sí mismo los servicios jurídicos) le resultaría más costoso (en tiempo y dinero, por ejemplo, tener que licenciarse como abogado) o imposible (en los casos en los que la ley obliga la intervención del abogado).

El vínculo cliente-abogado, en el seno de la agencia, es una relación de mercado. Éstas se definen como relaciones mediadas por valores determinados por un sistema de mercado. El mercado arroja ciertos valores (minutas de los abogados, tiempo para presentar una demanda, utilidad que le reporta el caso si al final se gana, entre otros), y éstos son los que rigen el flujo de operaciones jurídicas, teniendo en cuenta el contexto económico.

Consecutivamente, los individuos (cliente y abogado) entran en contacto cuando consideran que es racional hacerlo de acuerdo a dichos valores. Así, por ejemplo, el cliente, puede considerar que, teniendo en cuenta la minuta del abogado, la lentitud del proceso judicial y la

---

<sup>23</sup> Deborah A. DeMott, *The Lawyer as Agent*, (67<sup>th</sup> Fordham Law Review 301-326, 1998).

<sup>24</sup> Tentative Draft no. 1, Restatement of the Law of Trust. The American Law Institute. 1996.

<sup>25</sup> Link vs Wabash R.R. 370 U.S. 626, 633-34.

<sup>26</sup> Si bien, cabría mencionar aquí una excepción: como decimos, el cliente, por la asimetría de información, elige a su abogado, pero de manera voluntaria entre la enorme demanda de servicios jurídicos. No obstante, hay un caso en el que no ocurre así, en el supuesto de los abogados de oficio. La relación cliente-abogado es impulsada simultáneamente por la asimetría de información y la necesidad forzosa de representación legal del acusado (cliente).

utilidad que le reporta ganar el caso, (no) compensan los esfuerzos que tiene que realizar, y por tanto, decide (no) interactuar.

### **3.2. Breve antecedencia histórica de la relación principal-agente en los despachos de abogados**

La primera vez que se acopló la relación cliente-abogado a la teoría de agencia fue en la década de los años sesenta en Estados Unidos, a través del caso *Link vs. Wabash Railroad Company* (1962). Muy resumidamente, la controversia consistió en que un abogado no se presentó a un juicio, y el juez del distrito en cuestión inmediatamente suspendió la vista dictaminando a favor de la otra parte.

Posteriormente, una vez los autos fueron apelados a la máxima instancia, el Tribunal Supremo, éste argumentó lo siguiente: *no supone ninguna violación de los derechos del cliente del abogado no presentado. (...) Dicho cliente eligió a su abogado de manera voluntaria, y no puede ahora evitar las consecuencias de los actos u omisiones de su agente, el cual fue libremente elegido. Cualquier otro veredicto sería incoherente con nuestro sistema legal de litigación, en el cual cada parte se obliga por las acciones de su abogado-agente.*

Se aprecia como el citado tribunal asemeja la figura del abogado con la del agente en varias ocasiones, estableciendo la similitud entre los roles de ambas figuras, la cual llega hasta nuestros días, ya de una manera reconocida e institucionalizada por la doctrina.

### **3.3. Finalidades de la relación principal-agente en los despachos de abogados**

La relación cliente-abogado como principal-agente tiene las siguientes finalidades:

- Para el cliente-principal, la principal finalidad de la agencia es el disfrute de un servicio jurídico que produzca efectos en sede judicial. De esta manera, cubrirá su necesidad de actuar válidamente en el ordenamiento jurídico. Para ello, establece la agencia, en la que el abogado-cliente pone en marcha los mecanismos legales para que su pretensión (lo que el cliente pide) sea acogida judicialmente. De otra forma, el cliente no podría hacerlo pues sufre incapacidad de autonomía en este ámbito. Por otra parte, los intereses del cliente, en este estadio inicial, se satisfacen con la mera voluntad de representarle en el caso, no necesariamente porque al final se acabe ganándolo.

- Para el agente-abogado, la finalidad de la agencia consiste en una retribución de su conocimiento y experiencia jurídicos. El abogado, inicialmente ajeno al principal y a sus

intereses, se implica consecutivamente en éstos porque así puede satisfacer los suyos, ya que sin pleito presentado previamente por un cliente, no puede recompensar su trabajo (de forma útil).

Abogado y cliente interactúan porque, juntos, la utilidad de sus “atributos” de mercado, conocimiento del Derecho por parte del abogado y el dinero por parte del cliente, es mayor que individualmente. Esto es así debido a la sinergia que se produce en el seno del mercado, que permite que la acción de esos atributos tenga un efecto superior a la suma los mismos individualmente.

Así, para el abogado, su conocimiento sobre el Derecho vale mucho más si acude al mercado para cubrir la carencia de conocimiento jurídico de otro agente (en nuestro caso defender legalmente a un cliente, pero también hay cierto paralelismo con los abogados que dan conferencias, son profesores, entre otros.) que si no lo pone a disposición de nadie y lo tiene para sí. Igualmente, para el cliente, que tiene necesidad de conocimiento y obrar jurídicos, su dinero vale más (mayor utilidad) si le sirve para desplegar y conectar una actuación jurídica que defienda sus intereses, a si se lo queda y no lo pone a disposición de ningún abogado.

Todo esto anterior se despliega bajo la línea neoclásica de las decisiones económicas, en la que los individuos persiguen individualmente su máxima utilidad, que se corresponde con su interés. Es aquí, por tanto, donde podríamos encontrar la actuación inmoral del agente, si el abogado decide satisfacer sus intereses de una manera superior al límite pactado en el contrato con el cliente.

### **3.4. Equilibrio de justicia en las finalidades de la relación principal-agente en los despachos de abogados**

La discusión sobre el equilibrio de justicia se deberá proceder analizando la relación cliente-abogado como transacción económica, la cual pivota sobre un contrato en el que las dos partes se comprometen recíprocamente a respetar y cumplir una serie de condiciones. Éstas son, para el cliente, la entrega de un precio cierto, generalmente, y para el abogado, la prestación del servicio jurídico.

Es importante tener en cuenta la idea de transacción económica para identificar con precisión los siguientes elementos: el punto de partida (el contrato), los participantes (cliente y abogado); los bienes en juego en cada aspecto de la relación (importancia para el cliente de que el abogado acepte acoger el pleito, reputación del abogado a lo largo del desarrollo del

caso, entre otros); los elementos que otorgan derecho y los criterios de justicia aplicables a la relación cliente-abogado.

Así, según el antropólogo Alan P. Fiske, la realización de la justicia transaccional es una tarea primaria de los individuos que participan directamente en la relación. Esto es, los que deben velar por el establecimiento de la justicia son el cliente y el abogado, primeramente. Luego, la supervisión del despliegue efectivo de la justicia será encomendada a otros agentes (notoriamente, jueces, en el caso de que el cliente acabe demandando a su abogado por haberse aprovechado de la situación). Posteriormente, habrá una supervisión de la supervisión (apelación de la sentencia de estos jueces a instancias superiores, por seguir dentro del prisma jurídico, pero también hay otros agentes sociales como los medios de comunicación). Por tanto, el rol de la supervisión social, normativa o institucional, deviene subsidiario a la acción moral de los individuos participantes en la relación, que deben reconocer al otro como es debido (por ejemplo, atendiendo el abogado a lo previsto en los códigos deontológicos de la abogacía o siguiendo el cliente lo previsto en materia de consumidores).

En este supuesto del establecimiento de la justicia, cada individuo (cliente y abogado) adquirirá las obligaciones correspondientes hacia el otro participante. Dichas obligaciones incluyen el reconocimiento debido al otro, y la contribución a sus proyectos. Así, el abogado contribuye del proyecto del cliente de satisfacer el *petitum* (causa que se pide, pretensión) a través del servicio y actuación jurídicas, y el cliente hace lo mismo con el proyecto profesional y personal del abogado al corresponderle económicamente (de manera general).

Bajo el paraguas de relación de mercado, abogado y cliente tienen que ser tomados como iguales en abstracto con relación a: su carácter de entes con capacidad de decisión, inteligentes y libres, por tanto no se puede suponer una posición de inferioridad en este sentido del uno del otro; la facultad de abogado y cliente para retener derechos de propiedad y utilizar los objetos de su propiedad para avanzar sus propios proyectos, como vimos antes; las reglas de transacción comercial en torno a los servicios del tráfico jurídico y su posición respecto al sistema de los precios, que sirve como referencia a abogado y cliente para medir la proporcionalidad entre lo que se entrega y lo que se recibe en las transacciones. Por tanto, esta igualdad abstracta, que debe materializarse después en el pleito concreto, nos sirve de apoyo para valorar la moralidad de la actuación de los individuos inmersos en la relación, a raíz fundamentalmente de lo que se ha entregado, lo que se ha recibido y cómo se ha hecho.

Esto anterior se despliega así ya que esta es la igualdad que la justicia exige en las relaciones de mercado, y, concretamente en nuestro caso, para contrarrestar la utilización de la asimetría de información del cliente por parte del abogado.

### **3.5. Perversión de las finalidades y aparición de la relación injusta en los despachos de abogados**

Las finalidades de la relación cliente-abogado podrían desvirtuarse negativamente a raíz de la asimetría de información, la cual se desarrolla en dos vertientes:

1. *El abogado cuenta con más información (técnica, casuística) que el cliente, y por ello se dificulta a éste la comprensión y evaluación de las actuaciones de aquél:* el abogado domina los servicios que demanda el cliente por una relación intelectual y empírica con los mismos, y es por ello que podría aprovecharse de esta superior capacidad en la materia, de la que carece el cliente.

2. *El abogado está en condiciones de actuar de una manera oculta para su cliente, por tanto difícil de detectar y controlar<sup>27</sup> por este:* el abogado está camuflado legal y moralmente, ya que la utilización de la asimetría de información se puede hacer de una manera perfectamente legal (si se conoce la ley, como le ocurre al abogado) y aparentemente moral (pues la detección y verificación de esta última es interna en el abogado, su manifestación puede ser equívoca).

### **3.6. Base de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente en los despachos de abogados**

Desde un punto de vista ontológico, la situación de agencia nace por la incapacidad del principal. Una incapacidad que proviene de la asimetría de información de la que se venía hablando previamente. Esta esterilidad informativa deriva o bebe de una de carácter cognoscitivo, debido a la falta de conocimiento (o un conocimiento insuficiente) sobre todo lo que rodea el caso (la ignorancia en el tratamiento del Derecho, la manera de trabajar del abogado de la parte contraria, las costumbres del juez titular del Juzgado en cuestión, entre otros).

---

<sup>27</sup> William R. Mureiko, *The Agency Theory of the Attorney-Client relationship: an improper justification for holding clients responsible for their attorney's procedural errors* (Duke L.J., 1988).

### **3.7. Razones de la perversión de las finalidades en la relación principal-agente en los despachos de abogados**

El abogado pervierte las finalidades iniciales de su relación con el cliente cuando decide darle más valor y preferencia, unilateralmente, a sus intereses que a los de éste, los cuales están en conflicto, y comete el acto inmoral para llevarlo a cabo. El conflicto nace porque, siguiendo la teoría neoclásica de las decisiones económicas, los intereses del abogado serían ganar cuánto más dinero (retribución) por sus servicios fuere posible (máxima utilidad); al contrario que el cliente, que querría cubrir su vacío de eficacia jurídica con la menor contraprestación posible.

El acto inmoral puede vestirse de muchos tipos. Más adelante veremos dos casos concretos, pero por ilustrar esta teoría ahora, podríamos citar los casos en los que el abogado le dice al cliente que la interposición de un recurso es más caro de lo que realmente es (para quedarse con la diferencia monetaria); o que su porcentaje si ganan es mayor de lo que se acordó (cuando en la ley hay un límite); no toma la diligencia debida a la hora de estudiar el caso pues su minuta es pequeña y prefiere preparar otros casos que le reporten más dinero, entre otros.

Por ello, para paliar este tipo de situaciones injustas, que dejan en una indefensión manifiesta al cliente, se expondrán a continuación las salvaguardas deontológicas y legales existentes.

#### **4. SALVAGUARDAS CONTRA EL PROBLEMA DE AGENCIA EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS**

##### **4.1. Salvaguardas deontológicas**

El abogado-agente, ante esta última situación de conflicto de intereses, puede adoptar una posición diligente acorde con su deber profesional, o aprovechar la coyuntura para satisfacer sus intereses. Desde este prisma, conviene revisar algunos códigos y documentos oficiales donde viene recogido el deber y el juicio profesionales del abogado y los despachos de abogados con sus clientes. Se estudiarán las siguientes dos salvaguardas deontológicas de ámbito nacional:

- *Código Deontológico de la Abogacía en España*: ya desde su preámbulo, se proclama que la abogacía necesita de unas normas deontológicas para cumplir una función social, para así cubrir sus dos máximos intereses: el imperio del Derecho y la justicia. Por tanto, es a estas dos últimas ideas a las que tiende toda la redacción del código.

La deontología se define como la parte de la ética que trata de los *deberes*, especialmente de los que rigen una actividad profesional. Con respecto a la abogacía, el Código, en su primer artículo, establece que el abogado está obligado a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión. Por tanto, vemos la importancia que se le otorga al proceder moral antes que a cualquier otra cosa.

Ya en línea con el problema principal-agente, el artículo 2.2 proclama que para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a los *intereses* propios o ajenos. Es aquí donde se establece formalmente el primer escudo moral contra el conflicto de intereses que se acaba de mencionar en el último apartado. Este intento de alineación de intereses con los del cliente vuelve a aparecer en el 4.2, que reza que el letrado está obligado a no defender intereses contrarios a los de su defendido; y, en el 13.4, donde el abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos a los suyos. De todos estos artículos, emana el vínculo de confianza que se tiene que crear entre abogado y cliente, que no puede ser viciado por la aparición en la esfera del abogado de unos intereses que vayan en contra con su deber deontológico, que le obliga a una conducta profesional íntegra y diligente. Para esto último, se crea la “Hoja de

Encargo”, en la que el abogado establece, con antelación a la prestación del servicio, las características del mismo, su actuación, honorarios y demás condiciones<sup>28</sup>.

Al hilo del conflicto de intereses, se especifica en el Código el caso de un despacho de abogados que defiende a dos clientes con intereses contrapuestos. En este caso, que tiene relación con aquel en el que un despacho defiende a las dos partes del pleito y en el que se entrará en más detalle en el epígrafe “Casos reales”, el abogado deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos.

Como apunte final, señalar que cada Colegio de Abogados de España (hay uno por cada capital de provincia) hace suyas las previsiones de este código deontológico en la redacción del suyo propio.

- *Estatuto General de la Abogacía Española*: actualmente, el estatuto que está en vigor, menciona en su artículo 42, dentro del capítulo IV (en relación con las partes), que son obligaciones para con la parte por él defendida, además de las que se deriven del contrato y hoja de encargo, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con la máxima diligencia profesional. Esto se articula en que el abogado deberá atenerse a las exigencias éticas y deontológicas adecuadas a la tutela jurídica del asunto.

Conviene notar que hay otro estatuto redactado, el cual es una reforma del anterior que data de junio 2013, pero que aún no está en vigor. Este estatuto incluye un articulado mucho más profuso y extenso respecto de la relación cliente-abogado, concretamente sobre la independencia y el conflicto de intereses (artículos 48 y 52).

El estatuto proclama que la independencia es un principio rector de la profesión, que debe orientar en todo momento la actuación del abogado; que éste deberá cumplir con máxima diligencia la misión de defensa que le ha sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente (sin intromisión de los suyos). Además, el abogado deberá realizar las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto, con atención a las exigencias deontológicas (esto en la línea del actual estatuto)<sup>29</sup>.

Entrando ya en el terreno punitivo, el estatuto prevé en su precepto 124 como infracciones graves las actuaciones que no se alineen a la normativa deontológica, asociándoles una sanción de suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo superior a 15 días sin exceder de un año o multa pecuniaria por importe de entre 1.001 y 10.000 euros.

---

<sup>28</sup> Código Deontológico de la Abogacía Española, adoptado en sesión plenaria del Consejo General de la Abogacía Española (Madrid: 2002).

<sup>29</sup> Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Desde una perspectiva internacional, es obligado citar el *Código Deontológico de los Abogados Europeos*, ya que los letrados de la Unión Europea deben acatarlo de la misma forma que una disposición deontológica nacional. Este proclama y recalca que de la diversidad de obligaciones a las que el abogado se encuentra sometido, se le impone especialmente una independencia absoluta, exenta de cualquier presión, principalmente de aquella que surja de sus propios intereses<sup>30</sup>. O igualmente, por traer a colación otro texto deontológico internacional, podemos mencionar el *New York Lawyer's Code of Professional Responsibility*, en el que se ve cómo, desde sus disposiciones más iniciales, se ahonda en la importancia de integridad, independencia y competencia<sup>31</sup> del abogado para con sus clientes.

Por último, si buceamos en las *páginas corporativas* de los despachos de abogados, en la gran mayoría de ellas encontraremos apartados que tratan de la ética profesional de abogado y el bufete en conjunto, proclamando la importancia de la misma y cómo ella salpica todos los departamentos y áreas.

## 4.2. Salvaguardas legales

Continuamos ahora con el ámbito de las barreras legales presentes en nuestro ordenamiento jurídico contra el problema principal-agente y la asimetría de información inmoralmemente aprovechada por el abogado. Son, fundamentalmente, tres:

- *La condición de cliente del abogado como consumidor*: desde una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2015, el cliente del abogado es considerado jurídicamente un consumidor. Esto es así porque, en palabras del Tribunal, “*tras constatar la existencia de “asimetría informativa” entre abogado y cliente por lo especializado de los conocimientos, se vaciaría la tutela del cliente como parte débil de estos contratos de servicios jurídicos si no se le aplicase la condición de consumidor*”<sup>32</sup>.

Esta condición de consumidor le otorga gran protección contra la asimetría informativa que mencionaba el citado tribunal. El Real Decreto Legislativo 1/2007 (que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo de 5 de Abril de 1993, sobre los consumidores), concede a éstos una serie de derechos en el artículo 8. Especialmente para nuestro caso, la protección de sus legítimos intereses económicos frente a las prácticas desleales (de los despachos) y la protección de los derechos del cliente mediante

---

<sup>30</sup> Código Deontológico de los Abogados Europeos, adoptado en sesión plenaria del Consejo General de la Abogacía Europea. (Bruselas: 1988).

<sup>31</sup> Lawyer's Code of Professional Responsibility. New York State Bar Association. 28<sup>th</sup> December 2007 Edition.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-537/13) de 15 de Enero de 2015.

procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión (jurídica).

Desde una perspectiva sancionadora, el artículo 49 de dicho cuerpo normativo califica un tipo de actuaciones (de los despachos) como infracciones en aras de proteger al consumidor (cliente). Así, para nuestra línea de investigación, podrían destacarse las conductas desleales para con los consumidores, y el incumplimiento de suministro de información al cliente<sup>33</sup>. Estas conductas tenían aparejadas una pena en la ley, pero el Tribunal Constitucional decidió declararla inconstitucional en la Sentencia 10/2015 de 2 de febrero; por tanto, se esteriliza ligeramente esta barrera legal al no tener un contrapeso punitivo que pueda recaer sobre el abogado<sup>34</sup>.

- *Despachos de abogados como sociedades profesionales*: en este sentido, cabe traer a colación la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. A su luz, las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales. Es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial (Derecho) e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional (de abogados). Por tanto vemos que una sociedad (despacho) que se dedica al ejercicio en común de la abogacía ha de regirse según lo previsto en esta ley.

El artículo 9 establece que la sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno, deben ejercer la actividad profesional que constituye el objeto social (servicios jurídicos) de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional. Por tanto, he aquí el imperativo legal para el abogado de atenerse a lo previsto en los códigos deontológicos que vimos previamente.

Posteriormente, se proclama que en ningún caso será obstáculo el ejercicio de la actividad profesional a través de la sociedad (un despacho) para la efectiva aplicación a los profesionales (abogados) del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional. Es decir, que la aplicación de los regímenes deontológicos de los Colegios de abogados de España es prescriptivo para los abogados, aunque operen en el seno de un despacho<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2015 de 2 de febrero.

<sup>35</sup> Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

- *Relación laboral de carácter especial del abogado en el seno de un despacho*: a este respecto, habrá que estar a lo dispuesto en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Respecto de esta ley, hay que señalar que el artículo 5.3.a arguye que el abogado, actuando en el seno de un despacho, debe cumplir las obligaciones inherentes a los servicios profesionales contratados por cliente correspondientes a la profesión de abogado, con la diligencia exigida en las normas que rigen la abogacía. Por tanto, la obligación legal se centra en acatar las disposiciones de los colegios de abogados, códigos deontológicos y similares cuerpos normativos, donde se incide en la diligencia en el sentido de que el abogado emplee su mayor juicio profesional para con su cliente.

Secundariamente, el precepto 5.3.c, faculta al abogado a incumplir las órdenes e instrucciones del titular del despacho, si éstas contravienen los principios y valores de la abogacía o las obligaciones que imponen a los abogados las normas que rigen la profesión<sup>36</sup>. Así, esta barrera legal sería más bien un impulso para provocar una actuación moral del abogado, si desde instancias superiores se le está conminando a llevar otro comportamiento.

Como punto ulterior a este respecto, hay que señalar que aparte de estas regulaciones que inciden directamente contra el proceder (in)moral del abogado, habría también que estar respecto a la esfera de responsabilidad en cada orden jurisdiccional (civil, penal, social, contencioso-administrativo). Así, el ordenamiento prevé respuestas contra actos que puedan repercutir negativamente la esfera de intereses del cliente. Estas reacciones legales, aunque inciden más en errores fácticos por incompetencias del abogado (por ejemplo la responsabilidad civil de mismo por negligencia) podrían apoyar la perspectiva moral con objeto de evitar “negligencias intencionadas” del letrado.

En general y desde un punto de vista ya crítico y analítico de lo anterior, estas fuentes éticas y legales en la abogacía subrayan constantemente la importancia de la independencia del abogado y hacen hincapié en la peligrosidad que tiene para el pleito un posible conflicto de intereses entre el abogado y su cliente. Perseveran, por tanto, en el deber del abogado y en su juicio profesional.

Desde un fondo fenomenológico, comprobamos cómo el ser humano considera que la moral y la ética deben presidir el buen hacer del abogado. Estos documentos que acabamos de citar son ecos de ese pensamiento. Es decir, hay una voluntad de ser ético en y para el abogado

---

<sup>36</sup> Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

teórico que intenta proyectarse y dar sombra a su actuación. Desde un estadio semejante, la teórica ética del filósofo Immanuel Kant también aboga por el sentido del deber, de manera que las acciones quedarían justificadas y legitimadas si se ha obrado con la diligencia y juicio (en nuestro caso profesional) que se debiera. Si el sujeto (abogado) ha obedecido la ley moral, su acción se considera *buena*<sup>37</sup>, aunque el cliente acabase perdiendo el pleito.

En consecuencia, estas barreras deontológicas y legales deberían servir para adecuar y alinear la actuación del abogado con los intereses del cliente, a quien se debe profesional y por tanto moralmente, para en última instancia completar su participación como individuo económico portador de justicia en el tráfico jurídico. No obstante, se expondrán a continuación dos casos en los que dichas barreras no actúan o entran demasiado tarde, posibilitando la aparición de la acción inmoral por parte del despacho.

---

<sup>37</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (Madrid: Tecnos. 2006).

## 5. CASOS

### 5.1. Despacho de abogados del área bancario y financiero

*- Resumen ejecutivo de un caso real español:*

El despacho de abogados A. A., especializado en Derecho Bancario y Financiero, entre otras áreas, se dedicó a partir de 2012 a prestar servicios jurídicos en relación a las acciones de la entidad bancaria B. Ganó mucha popularidad gracias a su publicidad y sus estadísticas de éxito, y, progresivamente, cada vez más perjudicados por las participaciones accionariales de B (en cláusulas preferentes, cláusulas suelo y, especialmente, cláusulas subordinadas) vieron en este despacho una alternativa jurídica para ganar sus pleitos.

En febrero de 2014, A. A. tomó consciencia de que podía perder gran parte de su cuota de mercado a propósito de la subida de la acción de B. Esto era así porque los clientes de A. A. que habían comprado acciones subordinadas en dicho banco habían recibido acciones en un canje y si vendían a ese nivel recuperarían su inversión.

Por ello, el despacho les pidió a todos sus abogados que aceleraran la tramitación de los expedientes de los clientes del bufete, argumentando que B. se estaba poniendo en contacto con ellos para comunicarles que vendiesen sus acciones (así éstos recuperarían su dinero). La consecuencia principal de esta venta sería que los clientes desistirían de la demanda, dejando entonces de reclamar servicios jurídicos a A. A.

El proceder consecutivo del despacho consistió en presentar judicialmente todas las demandas de acciones subordinadas que hubiera pendientes, sin consultárselo a los clientes. Así, en la hipotética coyuntura de que los clientes pactaran con B., podría tener garantizado el respaldo legal de cobrarle las tasas del desistimiento del proceso, pues las demandas ya estaban inmersas en el tráfico jurídico.

Como vimos al inicio del trabajo, un proceso se inicia con la interposición de la demanda, por consiguiente, A. A. se aseguraba así la vinculación del cliente con el despacho. Entonces, los clientes, para desvincularse (en Derecho, desistimiento), debían soportar el alto coste que A. A. les imponía (hasta un máximo de 1.000 €), pues el proceso ya estaba en curso. Por otra parte, la calidad de las demandas era muy baja, pues fueron redactadas de forma precipitada con el objetivo de adelantarse a la comunicación de desistimiento de los clientes<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> El Confidencial, *Bankia: los despachos de abogados exigen a los clientes las costas que no paga Goiri*. 15 de marzo de 2016.

En definitiva, los hechos se desarrollaron de tal forma que A. A. obligaba forzosamente a sus clientes a que el despacho fuera su representante legal. Esto suponía una indefensión jurídica para éstos, ya que no podían acudir paralelamente a pedir justicia a los Tribunales porque el proceder de A. A. era legal.

## **5.2. Representación legal de demandante y demandado por el mismo despacho de abogados**

- *Explicación del supuesto:*

Este caso consiste en la situación que tiene lugar en un despacho de abogados cuando éste defiende a las dos partes enfrentadas en un mismo pleito (demandante y demandado). Hay gran controversia en el panorama internacional del Derecho sobre la posibilidad legal de esta circunstancia, inclinándose generalmente los tribunales por denegar al despacho la llevanza del caso, como hizo de manera similar la Corte Suprema de Nuevo México en el caso *Mercer vs Reynolds*<sup>39</sup>. En este pleito, el abogado de una de las partes pasó a formar parte del equipo de abogados de la otra. El despacho que defendía a ésta última argumentó que no tendría ninguna repercusión en el devenir del caso pues no influiría a sus abogados, ya que el abogado entrante sería aislado informativamente (a través de las llamadas *murallas chinas*). El juez dictaminó que el conjunto de intereses en juego no se salvaguardaba eficazmente con esta solución, denegando finalmente la defensa del pleito al despacho.

El problema que se cuestiona surge en el ámbito de los grandes despachos de abogados, en los que ha habido casos donde éstos concedían la representación legal de un cliente a una de sus filiales, y la de la parte contraria a otra de ellas. De esta forma burlan las barreras legales y jurisprudenciales que prohíben esta práctica, en evidente búsqueda de la satisfacción de un interés propio al margen de aquél de sus clientes. Debido a la asimetría de información, éstos últimos no están en condiciones de conocer la coincidencia de su defensa legal. Por lo tanto, también ignoran la posibilidad de la que goza el despacho de poder pervertir las finalidades por las que se entró en la relación principal-agente.

Así, las dos filiales del despacho de abogados podrían ponerse de acuerdo a la hora de articular las estrategias de la defensa legal de las dos partes, empujando el caso hacia la satisfacción de sus propios intereses. De esta manera, con el respaldo de la ley podrían prorrogar innecesariamente el pleito a través de los plazos de interposición de recursos, llamando a testigos falsos o proponiendo pruebas de difícil posibilidad de práctica en el juicio.

---

<sup>39</sup> Mercer vs Reynolds. Supreme Court of the State of New Mexico. 6<sup>th</sup> December 2012.

Así, los abogados sacarían un provecho propio a partir del servicio demandado por los clientes, ya que cuánto más largo es el proceso mayor es su comisión por la defensa.

### **5.3. Relación de los casos con el problema-principal agente y la asimetría de información**

La justicia revela un sentido del equilibrio entre el beneficio que obtienen cada uno de los individuos económicos de una transacción (siguiendo lo que se expuso sobre la justicia transaccional de Fiske y las relaciones de mercado). En este sentido, es de justicia que todos los agentes que participan de dicha transacción puedan aprovecharse equitativamente del beneficio que ésta crea, recibiendo en proporción a lo que aportaron al inicio de la relación.

Las relaciones que se crean y se conservan dentro del despacho de abogados son por tanto también cooperativas. Cliente y abogado participan de la transacción jurídica porque cada uno espera recibir un beneficio, como vimos en las finalidades de la relación principal-agente aplicado a los bufetes. Lo contrario implicaría reconocer que los despachos de abogados, ontológicamente y *per se*, incuban relaciones contractuales en las que los clientes constituyen un instrumento de aquéllos.

Así, el despacho de abogados A. A. del primer caso, debería cooperar en el grado y con la lealtad suficiente como para contribuir a crear beneficio para las dos partes. Pese a lo anterior, también debe aceptar una distribución equitativa de dicho beneficio, y no malograr moralmente su actuación mediante el desequilibrio intencionado en la repartición del mismo.

El beneficio que creaba A. A. con sus clientes era doble desde su esencia unitaria (la sinergia de la que se habló con anterioridad): para el despacho, retribución (monetaria) de sus servicios jurídicos; para el cliente, articulación válida en el tráfico jurídico de una respuesta contra la entidad bancaria B. El beneficio de la relación, en el punto en que se produce la subida de la acción de B., estaba incompleto. Los clientes aún necesitaban actuaciones jurídicas y A. A. esperaba seguir siendo retribuida por sus servicios. Pese a lo anterior, pese a la no compleción del mismo, el beneficio debía ser repartido para cerrar la relación entre cliente-abogado cuando sube la acción del banco B., precisamente porque los clientes no necesitaban de más servicios jurídicos. Dicho reparto, en ese momento, habría debido consistir en la ausencia del cobro al cliente por el desistimiento.

Por su parte, el despacho de abogados de grandes dimensiones del segundo caso, desde el momento que identifica a dos de sus clientes como parte demandante y demandada del mismo pleito, debería haber procedido de la siguiente manera: comunicación a los clientes de la

situación, para así contar con su posible aprobación; o rechazo del caso, por posible conflicto de intereses insalvable entre el despacho y el cliente.

En este supuesto, la repartición del beneficio de manera equitativa consistiría en la devolución directa y sin innecesaria dilación de los esfuerzos (económicos) que los dos clientes hicieron para iniciar la conexión de los servicios jurídicos por parte del despacho de abogados.

Se comprueba también cómo el juicio y deber profesionales se convierten en instrumentos para contaminar la acción. Así, la redacción de las demandas de parte de los abogados de A. A. no lleva la máxima diligencia que debiera para que éstas fueran introducidas en el tráfico jurídico (aunque legalmente se puedan introducir). Por su lado, del despacho de grandes dimensiones tampoco se puede pregonar la calidad “justicia” respecto de sus actos, pues alarga el proceso innecesaria y, en consecuencia, inmoralmemente.

Estas soluciones (rechazo del caso por el posible conflicto de intereses, comunicación integral al cliente de la información, entre otras) no son sino las alternativas que como veíamos proponen los códigos deontológicos y legales, en el sentido moral de la justicia en los despachos de abogados. Sin embargo, se aprecia cómo el tráfico jurídico puede funcionar sin dicha justicia moral, ya que las acciones que cometen los despachos en estos casos pueden pasar desapercibidas y sin llevar aparejadas una sanción real.

## 6. REMEDIOS

### 6.1. Económicos

Stephen Ross, economista americano que teorizó la perspectiva económica de la teoría de agencia, polarizó su estudio en términos de problemas de compensación contractual: la situación de agencia fue expuesta, en esencia, como un problema de incentivos. Esto es, el agente no contaba con la suficiente incentivación económica para que el pacto previo establecido con el principal no se rompiera en detrimento de éste último, ocasionándose la desvirtuación del equilibrio distributivo.

Si lo extrapolamos a la relación cliente-abogado, se podría establecer el correlato lógico de la teoría de Ross con el hecho de que éste último no está económicamente alineado con el cliente. Por tanto, estos remedios tratarán de asemejar los intereses económicos de uno y otro en el seno de la relación de agencia. Son, fundamentalmente, los siguientes:

- *Alineación económica de abogado y cliente en sentido estricto*: Se trata fundamentalmente de aumentar la carga onerosa en las prestaciones que el cliente entrega al inicio de la relación, centrándose principalmente en la consecución de un único objetivo, claro y medible que guíe la actuación del abogado (la llamada perspectiva del monismo).

En el ámbito de las finanzas, frente a los partidarios de la existencia de múltiples objetivos para paliar la agencia (los denominados *pluralistas*), los *monistas* defienden un único objetivo que consiste en el financiero (la maximización del valor de la empresa), con una perspectiva a largo plazo. Igualmente, en el ámbito de los despachos, el abogado debe tener una única meta, la consecución del objetivo principal propuesto por el cliente. Para ello, éste último debe presentar de manera muy clara sus intereses en el pleito, instrumentalizándolos en un único objetivo (qué se quiere conseguir), para en última instancia valorar la diligencia y obrar profesionales del abogado en función de la proporción conseguida de dicho objetivo. Si el objetivo marcado es único y fácil de medir, también lo es la evaluación del abogado, quedando menos espacio para sus intereses particulares.

Por otra parte, el cliente también debe plantearle el objetivo a su abogado en el largo plazo. Si se articula el objetivo de tal manera temporal, pueden solucionarse más fácilmente los conflictos de interés entre abogado y cliente. Así, por ejemplo, una adecuada técnica entre abogado y cliente sería plantear los pleitos cerca de la prescripción o caducidad de las acciones civiles, otorgando tal proceder un espacio considerable de tiempo para la correcta estrategia del caso, y el alejamiento de los intereses oportunistas del abogado.

- *Alineación económica de abogado y cliente en sentido relativo*: este acercamiento económico de los intereses de una y otra parte consiste en hacer comunes, en la medida de lo posible, los objetivos del abogado y el cliente, para que aquél preste su máxima diligencia y labor profesional en conseguir ganar el caso. Así, el abogado se verá cohibido y distanciado de realizar el acto inmoral, ya que éste iría en contra de su propio beneficio, mitigándose así el conflicto de intereses.

En estas vertientes de alineación económica de los intereses en juego es muy interesante la idea de la reputación a largo plazo. En la actual era tecnológica, donde todo puede comprobarse y verificarse en Internet, a través de la numerosa cantidad de páginas web, aplicaciones y portales de comparadores de servicios; la reputación puede jugar un papel clave a la hora de alinear los intereses económicos del abogado con los del cliente.

Si un cliente deja constancia por medios fácticos de la conducta inmoral de un abogado en el ámbito de su relación principal-agente, la repercusión de esta acción no queda limitada a la esfera de intereses de dicho cliente, sino que se proyecta a la de todos sus potenciales clientes. Así, el abogado estaría perdiendo una alta cuota de mercado a través de un solo cliente, algo que perjudica directamente sus intereses. Por ello, de esta manera, el abogado quedará prevenido de realizar actos inmorales en este sentido.

En la citación de un ejemplo de la importancia de la reputación de los despachos de abogados, traemos a colación el caso del bufete de abogados panameño *Mossack Fonseca & Co.*, especializado en Derecho Concursal. El 3 de abril de 2016, se anunció que una gran cantidad de documentos confidenciales de este despacho de abogados habían sido filtrados. Los llamados *Panama Papers* revelaban cómo sus asociados habían ido escondiendo miles de millones de dólares en paraísos fiscales, durante casi 40 años de registros de las transacciones y negocios de *Mossack Fonseca & Co.*

El análisis de los datos, recibidos inicialmente por el periódico alemán *Süddeutsche Zeitung* y analizados durante un año en conjunto con 400 periodistas del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, muestra que el principal objetivo del despacho de abogados había sido ayudar a sus clientes a fundar empresas offshore con diversos objetivos, varios de ellos ilícitos, como la evasión tributaria, el ocultamiento de activos que debían declararse en cumplimiento de leyes locales de transparencia o la transgresión de normas internacionales. Por ejemplo, en este último caso, el sorteo de sanciones comerciales que pesaban sobre países en guerra, como en el caso de Siria, Corea del Norte o Zimbabue<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Diario Faro de Vigo, *Jaque mate a Mossack Fonseca* (21 de marzo de 2018).

Este escándalo se transmitió con fiereza y gravedad en las redes sociales y en los medios de comunicación, haciendo que la reputación del despacho cayera de forma severa, perdiendo así la confianza de los clientes y del sector de la abogacía. En semejante situación, el despacho anunció el pasado 14 de marzo de 2018 que cierra todas las operaciones en Panamá y en más de cuarenta países.

Eco de la importancia de la reputación de los despachos de abogados en las redes sociales, el Consejo General de la Abogacía Española, en colaboración con el Instituto Nacional de Ciberseguridad, publicaron una guía de ciberseguridad y reputación online para los despachos de abogados, en donde se dan profusas indicaciones sobre la importancia hoy en día de este tipo de herramientas de información, así como consejos y estrategias a seguir en el desarrollo de sus proyectos informativos y publicitarios<sup>41</sup>.

## 6.2. Regulatorios

Barry Mitnick, economista contemporáneo a Stephen Ross y refutador de su teoría, afirmó en cambio que el problema de agencia se sostiene a través de las instituciones que crea la sociedad, las cuales evolucionan en respuesta de las imperfecciones esenciales de las relaciones de agencia. Este profesor de la Universidad de Pittsburgh consideró que la relación de agencia nunca se desarrolla de la manera que desea el principal, y que las imperfecciones surgidas de tal desarrollo malogrado son corregidas por las instituciones, que las gestionan, amortiguan y se adaptan a ellas. Así, las instituciones de la sociedad crean normas, información de origen social o heurística cognoscitiva<sup>42</sup> que pretenden salvar esas incorrecciones del problema principal-agente<sup>43</sup>. El agente del principal corregiría su comportamiento de acuerdo a la observancia de estos “productos” institucionales, asistiendo a las consecuencias negativas o positivas de sus acciones en virtud de la respuesta de la sociedad. Estos productos institucionales, que deben ser promovidos por los organismos de fiscalización y profesionales, se pueden vertebrar en los siguientes tipos:

- *Derecho*: las instituciones jurídicas deben ser los motores principales de la mitigación del conflicto de interés entre cliente y abogado. Esto es así porque constituyen los cuerpos punitivos de mayor envergadura de entre el resto de productos institucionales. Por lo tanto, deben ser vehículos donde transportar la sanción de estas acciones. Si se regulan leyes en las que se prevea y se sancione con severidad las acciones de los abogados que actúan de la

---

<sup>41</sup> Consejo General de la Abogacía Española, *Guía de ciberseguridad y reputación online para los despachos de abogados* (Madrid: Guías TIC. 2016).

<sup>42</sup> Conocimiento de la realidad a través del ensayo y el error, al tanteo, por descubrimiento, de manera fenomenológica.

<sup>43</sup> Barry Mitnick, *The theory of agency* (Cambridge University Press, 1973).

manera que hemos visto en este trabajo de investigación, éstos se verán frenados al proceder inmoral, pues debido a la carga punitiva asociada a ésta, irían contra sus propios intereses.

Especialmente, una medida de carácter trascendente para la alineación de la que venimos hablando sería la entrada en vigor del Estatuto General de la Abogacía Española, que fue aprobado en junio de 2013, pero que lleva casi cinco años en el limbo normativo. Esta entrada en vigor representaría y daría fe del compromiso de la sociedad con el estatuto jurídico del abogado y la repercusión de sus acciones.

El abogado es uno de los agentes con más influencia en el tráfico económico pues es quien articula legalmente generalmente los pleitos nacies del mismo. Por tanto, la preocupación por sus actuaciones debe estar a la orden del día en las sedes institucionales y sociales.

- *Códigos Profesionales*: la repercusión de los códigos profesionales sobre los despachos de abogados es otra pieza clave en el engranaje de la salvaguarda institucional de éstos. Se trata de los cuerpos normativos específicos de la materia de las relaciones cliente-abogado, principal-agente en las relaciones de mercado. Por ello, dichos códigos, deben incidir agresivamente en las conductas de los letrados con sus clientes, recalcando la importancia de la ética para el tráfico jurídico.

Igualmente, los códigos deontológicos de la abogacía en España deberían introducir mayor carga sancionadora entre sus disposiciones, pues mayoritariamente se limitan a enunciar idealmente el imperativo profesional del abogado de observar la ética entre sus actuaciones, sin un contrapeso punitivo palpable que pueda obligar al letrado a la realización de un determinado comportamiento moral. Un ejemplo sería a través de la inhabilitación profesional durante un determinado periodo de tiempo debido a la observancia de conductas que no lleven su máximo deber y juicio profesionales, en un intento de aprovecharse de la asimetría informativa.

El papel de los colegios de abogados y del Consejo General de la Abogacía Española es, por ende, vital para el desarrollo de estas respuestas del sector de la abogacía, en un intento de fundir la moralidad con la práctica del Derecho en el ámbito de los despachos.

- *Usos y costumbres del sector*: Estas prácticas del sector también contribuyen notoriamente a corregir las imperfecciones surgidas en el seno de la relación de agencia entre cliente y abogado. En este sentido, proponemos, como entes portadoras de justicia moral, las siguientes:

-- Consolidación de la abogacía preventiva: el consejo y asesoramiento legales de un abogado hacia su cliente es muy importante antes de la realización de cualquier acto con trascendencia

en el tráfico jurídico. Los abogados deben informar sobre los beneficios de las técnicas de anticipación y prevención de conflictos para la protección de los derechos de los clientes y la minimización efectiva de los riesgos legales, evitando así situaciones jurídicas indeseadas.

La Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea recoge entre sus preceptos la prevención del conflicto, por tanto es una situación que hay que promover entre los operadores jurídicos. No obstante, el conocimiento y difusión de esta actividad propia de la abogacía no es muy reconocida socialmente. Por ello, está en las manos del Consejo General de la Abogacía la promoción de este tipo de principios y prácticas que potencian la actuación preventiva, contribuyen a la seguridad jurídica, protegen los derechos de los clientes y disminuyen la litigiosidad innecesaria (donde los abogados pudieran pervertir la finalidad de la relación pues saben que el pleito es infundado)<sup>44</sup>.

-- Promoción de prácticas colaborativas: los métodos y prácticas colaborativas constituyen una alternativa de gestión y resolución de pleitos paralela al proceso judicial. Esta promoción persigue el acuerdo a través de una negociación privada entre las partes, donde éstas están apoyadas por sus abogados u otros operadores como mediadores, asesores financieros, entre otros. Esta práctica está desarrollada especialmente en Estados Unidos, donde ha sido avalada por *The International Academy of Collaborative Professionals* (IACP) de Washington. Pese a lo anterior, en España, la práctica no está funcionalmente desarrollada, y la información y formación en esta materia es aún escasa y fragmentada. Para consolidar esta modalidad de gestión y resolución del conflicto en España, el Consejo General debe plantear actuaciones tendentes a la información, formación y creación de redes colaborativas. De esta forma, el abogado se verá inmerso en un hábitat donde, por la naturaleza de éste, la promoción del acto moral tenderá a estar garantizada.

-- Institucionalización de la hoja de encargo: la hoja de encargo debiera ser un instrumento o cláusula contractual tan importante como cualquier otro dentro del tráfico jurídico, pues es donde cliente y agente vierten las prestaciones y objetivos de su relación (agente). Por ello, la comunidad jurídica española debe promover y dar importancia a este vehículo jurídico, que por mi experiencia en los despachos de abogados, no suele tener relevancia, y pudiera ser un espejo de la actuación del abogado. Podría también estimularse la amplitud y el contenido de la hoja de encargo, creándose nuevos apartados de verificación y seguimiento constante del abogado.

---

<sup>44</sup> Consejo General de la Abogacía Europea, *Carta de los principios esenciales de la abogacía europea* (Bruselas: 2007).

-- Actividades pro-bono en los despachos de abogados: la expresión “pro-bono” es la forma abreviada proveniente de la voz latina “pro bono público”, que literalmente significa “a favor del bien público”. En el ámbito jurídico designa a los servicios que prestan los despachos de abogados al asesorar a aquellos individuos del tejido social que de otra manera no podrían ver defendidas sus pretensiones. La promoción de este tipo de actividades, donde se estimula el carácter de portador de justicia en el abogado como agente económico, puede servir como un referente ético en el ejercicio de la abogacía.

Hoy en día, muchos despachos de abogados cuentan con un área dedicada a este respecto. Eco de ello es la *Clínica Jurídica de Icade* de la Universidad Pontificia Comillas, que funciona como intermediador entre los despachos abogados, normalmente de grandes dimensiones, y los clientes al ponernos a éstos en conexión. Por ello, deben seguir promoviéndose acciones desde los sectores jurídicos (Consejo General de la Abogacía, Colegios de Abogados) que reflejen la importancia de estas actividades y que lleguen a más bufetes. Por ejemplo, otra buena actuación sería la asignación de abogados en prácticas o de primer año a una de estas áreas, ya que se trata de los primeros pasos del abogado en el mundo jurídico y, por tanto, puede ser muy útil y fructífero para una moralización de la abogacía desde su inicio.

### **6.3. Morales**

En la tarea que venimos haciendo en este último epígrafe de formación de un nuevo puesto de abogado, hace falta un ulterior tipo de remedio. Los remedios económicos e institucionales son necesarios para iniciar y establecer la corrección de las desviaciones de las que hemos hablado en la conducta de los abogados, pero hace falta una salvaguarda directamente moral para completar dicha tarea. Este último remedio consiste en la implantación directa de la decencia y conciencia de deber profesional en la profesión del abogado, a través del comportamiento de otros operadores del mercado y la sociedad.

El agente (abogado) siempre tendrá un punto de total independencia y autonomía en su actuación, a pesar de que los remedios que hemos visto hasta ahora sirvan de entes propulsores para la moralización de aquélla. En él queda la decisión ulterior de observar uno u otro comportamiento, ya que como hemos visto hay acciones legales que se escapan de la moralidad, y que, por consiguiente, la perversión de las finalidades de la agencia tendría siempre una vía de escape. Sin embargo, a través del remedio moral, podría incidirse en este umbral interno aparentemente intraspasable del agente.

La clave en este sentido la tiene la actuación del resto de individuos e instituciones de la sociedad y el tráfico económico, ya que éstos pueden (y deben) contribuir a la aparición de los conceptos de justicia con los que comenzamos esta línea de investigación. Las instituciones, las empresas o las familias tienen un desafío y un compromiso en la impregnación de la ética dentro de las relaciones, especialmente en los entornos microeconómicos, en la manera en que deben exigirse a sí mismos comportamientos éticos.

Las personas, individualmente o en el seno de instituciones, sin obedecer ningún tipo de conflicto de intereses, pueden portar justicia con sus actos, en distintos contextos, los cuales tienen la capacidad de contagiar aquellos del abogado a través de una simbiosis social. La conciencia y deber profesionales empezaría a surgir de manera independiente y autónoma, y de forma natural del abogado, que se reconocería como un portador más de justicia dentro del conjunto social y que se debe al resto de portadores como ellos se deben a él.

Este remedio también se potenciaría directamente a través de los medios de comunicación, redes sociales o política, como vehículos que transportan el sentimiento de la sociedad, en los que se critiquen actuaciones inmorales en el seno de las relaciones entre individuos económicos, se haga eco de ellas, y se castiguen socialmente. Por otro lado, también sería necesario que se realzasen y alabasen conductas propensas al acto moral, como por ejemplo, en el ámbito jurídico, a través de una alta publicidad y cobertura a las actividades pro-bono de los despachos de abogados o la propuesta de que en los planes de estudio de Derecho se incluyan asignaturas como la Ética.

## 7. CONCLUSIONES

Después de haber analizado los actos descritos en los despachos de abogados, como una exteriorización y manifestación más del problema de agencia, se puede afirmar la potencial carencia de la justicia moral en los mismos. El instrumento principal que lleva a esta revelación lo ha constituido el encuadre y asimilación ontológicos de la relación abogado-cliente como relaciones de mercado.

En éstas se ha visto cómo surgen conceptos de justicia moral que deben ser promovidos y originados por los participantes de la relación principal-agente. Para ello, abogado y cliente deben recibir de la operación jurídica en proporción a lo que entregaron, no pudiéndose desvirtuar el equilibrio distributivo final en favor de una u otra parte, debido al conflicto de intereses. Esto último, no ha ocurrido en los casos que se han planteado y en multitud de hipótesis que podrían crearse, pues por la existencia de la asimetría informativa entre abogado y cliente, éste podría acabar convirtiéndose en un instrumento de aquél para la consecución de sus intereses.

Esta asimetría informativa burla, como se ha visto, las barreras deontológicas y legales que el sistema prepara contra la desviación inmoral en el acto del abogado. Además, también esquiva los remedios, que si bien propulsan la protección del tráfico jurídico, dejan ulteriormente una esfera intraspasable de decisión en el abogado, el cual acaba tomando la última decisión al respecto. Por ello, deben repelerse las líneas de pensamiento que fíen únicamente la realización de la justicia moral a las constricciones exteriores impuestas por las instituciones o el exterior, ya que el abogado debe ser pensado como agente autónomo e independiente capaz de justicia o injusticia en su actuación y proyección en el mercado.

La posesión de esta autonomía la obtiene por el diseño ontológico de la profesión de la abogacía y la perspectiva filosófico-económica de la agencia en el Derecho, que por su naturaleza y exteriorización en el tráfico jurídico puede llegar a albergar dichas desviaciones. Por lo tanto, podría decirse que las salvaguardas deontológicas y las legales serían ineficientes *per se* desde un punto determinado (el intraspasable del abogado).

Podríamos por tanto afirmar que nuestro Derecho cobija situaciones en las que el acto inmoral puede estar presente y reproducirse sin un contrapeso sancionador aparente, como así ha revelado la escasa carga punitiva de las barreras legales. Por lo tanto, debiera incidirse en el diseño de unas leyes más atentas al acto ético, que velen especialmente por la situación de inferioridad que sufre la posición del principal (cliente) con respecto al agente (abogado). Se

trataría de una asfixia más contundente al acto (in)moral del abogado, que si bien, como se ha incidido, no puede ser plena por el espacio irreductible del que dispone el abogado.

Igualmente, la barrera deontológica actual no es muy agresiva contra el acto inmoral, con cargas punitivas ligeras y de difícil y rara aplicación en la vertiente práctica. Además, en la práctica del Derecho, estos documentos, generalmente, no son tenidos en cuenta en el tráfico jurídico diario, quedando relegados a un plano más formal, teórico e idealista. A modo de potencial renovación en este sentido y a título de ejemplo, podrían constituirse pseudo-tribunales de abogados que velaran por la implantación de la Ética en el día a día de los despachos, con un estatuto real y válido que pudiera repercutir profesionalmente sobre el abogado en cuestión.

La realización de la justicia moral en el ámbito de los despachos de abogados realmente de la relación cliente-abogado en sus estratos e instancias más inferiores, independientemente de cómo estén diseñadas unas u otras leyes. Esto es, habrá justicia en sentido moral si el abogado en sus interacciones con el cliente (reuniones entre ambos, entrevistas con la otra parte, diseño de estrategias, comunicaciones con el juez, actos individuales, entre otras) actúa en pos de la maximización de los intereses de éste, en consonancia con su máximo deber y diligencia profesionales.

Posteriormente, habrá otros operadores jurídicos que también contribuyan a la aparición de la justicia moral en los despachos de abogados, como por ejemplo las sentencias de jueces que lleven casos de clientes contra abogados o las nuevas legislaciones en el parlamento. No obstante, estos contribuyen con la justicia moral, pero no la hacen aparecer, puesto que ésta nace, como decimos, en el vínculo y conexión más próximos entre cliente y abogado.

Como aplicación práctica del trabajo, podrían llevarse a cabo seminarios, debates o conferencias en las universidades de Derecho, colegios profesionales de abogados o en otros centros e instituciones jurídicas, donde se ponga de manifiesto la situación de inferioridad en la que en muchas ocasiones se encuentran los clientes de los abogados bajo la figura de la agencia. Todo ello, en pos de un intento de equiparación de posiciones y de una concienciación mayor del estudiante y de otros operadores jurídicos de la necesidad del acto moral en la profesión del abogado.

Por último, es necesario notar que esta situación de agencia encuentra lazos comunes con multitud de acuerdos contractuales en otras áreas distintas a los bufetes, donde una parte le encarga a otra la realización de unos servicios para ella por su mayor conocimiento sobre el tema. Por tanto, este trabajo podría servir de base para asemejar o acoplar este problema-

principal-agente en otros sectores empresariales, o incluso en otras nuevas áreas laborales a propósito de las nuevas tecnologías, como por ejemplo el contrato de servicios con un agente a través de Internet, y el papel que toma la justicia moral en el sentido que se ha expuesto en este trabajo.

## **8. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS**

### **8.1. Bibliografía (libros, capítulos de libros y artículos científicos o de divulgación, artículos de prensa)**

- American Economic Review. *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*. vol. 63, issue 2, 134-39. 1973.

- Ansotegui, Carmen et al. *Ética de las Finanzas*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2014.

- Aquino, Tomás de (S.). *Suma teológica II*. q.58, a.1. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2010.

- Arrow, Kenneth. *Essays in the Theory of Risk-Bearing*. Amsterdam: North-Holland Pub Co., 1970.

- Berle, Adolf & Means, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*. Macmillan Company, 1993.

- Colander, David. *Economics*. McGraw-Hill, 2000.

- Colander, David et al. *The Changing Face of Economics: Conversations with Cutting Edge Economists*. University of Michigan Press, 2004.

- Consejo General de la Abogacía Europea. *Carta de los principios esenciales de la abogacía europea*. Bruselas: 2007.

- Consejo General de la Abogacía Española. *Guía de ciberseguridad y reputación online para los despachos de abogados*. Madrid: Guías TIC, 2016.

- DeMott, Deborah. *The Lawyer as Agent*. 67<sup>th</sup> Fordham Law Review 301-326, 1998.

- Diario Faro de Vigo. *Jaque mate a Mossack Fonseca*. 21 de marzo de 2018.
  
- Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo tercera edición. Madrid: 2014.
  
- El Confidencial. *Bankia: los despachos de abogados exigen a los clientes las costas que no paga Goiri*. 15 de marzo de 2016.
  
- Eisenhardt, Kathleen. *Agency Theory: An Assessment and Review*. The Academy of Management Review, 1989.
  
- González Fabre, Raúl. *Ética y Economía*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2005.
  
- Fiske, Alan. *Structures of Social Life*. New York Free Press, 1998.
  
- García del Corral, Ildelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Valladolid: Lex Nova, 1988.
  
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Barcelona: Losada, 2003.
  
- Jensen, Michael & Meckling, William. *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*. Journal of Financial Economics, nº 3, 1976, págs. 305-360.
  
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 2006.
  
- Krugman, Paul R. et al. *Introducción a la economía: Microeconomía*. Barcelona: Editorial Reverté, 2007.
  
- Mercer vs Reynolds. Supreme Court of the State of New Mexico. 6th December 2012.

- Mitnick, Barry. *The theory of agency*. Cambridge University Press, 1973.
  
- O'Rourke, Patrick Jack. *On The Wealth of Nations, Books That Changed the World*. Atlantic Monthly Press, 2006.
  
- Simmonds, Nigel. *Law as a Moral Ideal*. Oxford University Press, 2008.
  
- The Organisation for Economic Co-operation and Development. *Principles of Corporate Governance*. Paris: 2004.
  
- Welzel, Hans. *Más allá del Derecho natural y del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: BdeF, 2013.
  
- William R. Mureiko, *The Agency Theory of the Attorney-Client relationship: an improper justification for holding clients responsible for their attorney's procedural errors*. Duke L.J., 1988.

## **8.2. Referencias legislativas (normas: Leyes, reglamentos o similares)**

- Código Deontológico de la Abogacía Española, adoptado en sesión plenaria del Consejo General de la Abogacía Española. Madrid: 2002.
  
- Código Deontológico de los Abogados Europeos, adoptado en sesión plenaria del Consejo General de la Abogacía Europea. Bruselas: 1988.
  
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
  
- Lawyer's Code of Professional Responsibility. New York State Bar Association. 28<sup>th</sup> December 2007.
  
- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

- Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

- Tentative Draft no. 1, Restatement of the Law of Trust. The American Law Institute. 1996.

### **8.3. Fuentes de internet consultadas: página web o blog: Dirección URL y fecha de la última visita a la página**

- Página corporativa de Deloitte. <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/topics/gobierno-corporativo.html> 27 de marzo de 2018.