

Stephen M. Bainbridge^(*)

La competencia en la intersección de los negocios y la **Ética legal**^(**)

1. La competencia en la intersección de los negocios y la Ética legal

La lista de escándalos corporativos es -en la actualidad- deprimentemente familiar: Enron, Worldcom, Tyco, Imclone, y Adelpia, por nombrar solamente algunos. Lamentablemente, la lista continúa creciendo en tanto más corporaciones anuncian irregularidades contables e investigaciones. Aunque no todos los escándalos son responsabilidad de gerentes corporativos corruptos y poco éticos, una preocupante cantidad les puede ser imputada⁽¹⁾. Como Charles Colson observó: “la lección de la historia es que el capitalismo (o cualquier otro sistema económico, en realidad) resulta benéfico solo cuando es materia de restricciones morales, derivadas en última instancia de la verdad religiosa. Estas mismas restricciones morales han venido debilitándose, peligrosamente como Enron revela”⁽²⁾.

¿Acaso las nuevas reglas de ética legal nos llevarían a tener abogados más éticos? Si es así ¿acaso abogados más éticos contribuirían a una renovación de la ética en los negocios? El tema de esta conferencia -la intersección de los negocios y la ética legal- asume implícitamente una respuesta afirmativa a esas preguntas. Evidentemente el Congreso pensó eso también, pues como componente clave de la Ley Sarbanes-Oxley estaba el mandato de la Sección 307 para que la *Securities and Exchange Commission* (SEC o Comisión), desarrolle nuevas reglas de ética legal para abogados que comparezcan ante esta⁽³⁾.

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de University of California Los Angeles. Próximamente en la University of St. Thomas Law Journal.

(**) El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título *The tournament at the intersection of business and legal ethics*. La traducción estuvo a cargo de María Gracia Osoreo Guiulfo, miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*.

(1) Cf. STEWART, G. Bennet III. *Why Smart Manager do Dumb Things*, Wall ST. J., June 2, 2003 en A16 (reconociendo que hay “cierta verdad” en la afirmación de que “la codicia ejecutiva” causó los escándalos contables, se sostiene que problemas estructurales con las reglas contables son también los culpables)

(2) COLSON, Charles. *The Wages of Secularism: New Laws Won't Prevent Another Enron*. En: *Christianity Today*. June 10, 2002, at 64.

(3) Public Company Accounting Reform and investor Protection Act of 2002 307, Pub. L. No 107-204, 116 Atat. 745 (2002). Para la 307, véase CRAMTON, Roger C. *Enron and the corporate Lawyer: A primer on Legal and Ethics Issues*, 58 Bus. Law. 143 82002; BACKER, Larry Catá. *The Sarbanes-Oxley Act: Federalizing Norms for Officer Lawyer, and Accountant Behavior*. 76 St. JHONS'S L. REV. 897 (2002) Sobre el Acto como un todo, véase HAMILTON, James & Ted TRAUTMANN. *Sarbanes-Oxley Act Of 2002: Law And Explanation*. 2002.

No cabe duda de que los abogados desempeñaron un papel en los escándalos. A veces, su negligencia permitió que el comportamiento irregular de la gerencia pase desapercibida. A veces, hasta los abogados actuaron como facilitadores y permisores de las irregularidades cometidas por la gerencia⁽⁴⁾. De acuerdo con la investigación interna de Enron, por ejemplo, “hubo ausencia de un control enérgico y efectivo [de las revelaciones de la compañía] por parte de los abogados internos y, de asesoramiento profesional, objetivo y crítico por parte de abogados externos en Vinson & Elkins,” junto con el de la alta dirección y los auditores⁽⁵⁾. El reporte expresamente criticaba a Vinson & Elkins, en donde los investigadores sostenían que “debieron haber traído una voz más enérgica, crítica y objetiva al proceso de revelación⁽⁶⁾. En el debate sobre la Ley Sarbanes-Oxley, el senador John Edwards (DNC) resumió el problema concluyendo que cuando “los ejecutivos y los contadores están trasgrediendo la ley, puedes estar seguro que parte del problema es que los abogados que se encuentran involucrados, no están haciendo su trabajo⁽⁷⁾”.

Yo no dudo de que parte de la culpa por Enron y casos parecidos la tengan los abogados corporativos; ni dudo que cambios sensibles en las reglas de la ética legal fueron apropiados⁽⁸⁾. En este artículo, sin embargo, deseo introducir una nota de pesimismo en el debate. Como Colson observó, siguiendo a Michael Novak, “la democracia liberal occidental es como un trípode. La libertad política es la primera pierna, la libertad económica es la segunda, y la responsabilidad moral es la tercera. Debilita cualquiera de ellas y el trípode se derrumba⁽⁹⁾ Enron reveló la podredumbre en la tercera pierna⁽¹⁰⁾. En este artículo, sin embargo, sostengo que no podemos esperar que la ética legal haga mucho en materia de carpintería⁽¹¹⁾. En el mejor de los casos, esta puede parchar algunos agujeros profundos, pero probablemente esta resultará ser un simple curita.

- (4) Véase RHODE, Deborah L. & Paul D. PATTON. *Lawyers, Ethics and Enron*, 8 STAN. J.L. BUS & FIN 9 (2002) (discutiendo el papel desempeñado por varios abogados en los comportamientos irregulares de los administradores de Enron).
- (5) POWERS, William C. Jr., et al. *Reporte de investigación por the special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp. 17 (Feb. 1, 2002)*, En: <http://news.findlaw.com/wp/docs/enron/specinv020102rpt1.pdf> (aquí citado como Powers Report)
- (6) *Id.* en 26. Una investigación interna en WorldCom encontró culpa, entre otras cosas, en los abogados de la firma como parte de la persistente “falla (...) en la estructura del gobierno corporativo de la compañía”. BLUMENSTEIN, Rebecca & Susan PULLIAM. *WorldCom Fraud was Widespread*. WALL ST. J., June 10, 2003, at A3.
- (7) 48 CONG. REC. S6551 (2002).
- (8) Véase BAINBRIDGE, Stephen M. y Christina J. JOHNSON. *The Managerialist Bias of Legal Ethics versus Sarbanes-Oxley § 307*, 2003 L. REV. M.S.U.-D.C.L. (analizando las reglas relevantes de responsabilidad profesional).(9) COLSON, *supra* note 2.
- (10) *Id.*
- (11) Tal vez vale la pena acotar que, como también la regulación intenta promover la virtud, puede minar la segunda pierna-i.e., la libertad económica. Como lo expliqué en otro lugar: Minimizar la regulación estatal en el gobierno corporativo es esencial para la preservación de una libre y todavía virtuosa sociedad. Visto desde una perspectiva de soberanía de la esfera, la subordinación de las instituciones económicas al Estado plantea una grave amenaza a la libertad personal. La sociedad incluye una gran cantidad de comunidades con el potencial de inculcar virtud y otros valores comunes: iglesias, escuelas, organizaciones fraternales y otros similares. A pesar de que puede ser irreal pensar que una corporación multinacional constituyendo dicha comunidad, es perfectamente plausible, pensar en la corporación como una institución intermediaria. posicionada entre el individuo y el Leviatán. En otras palabras, a pesar de que el desarrollo de ciudadanos virtuosos -se podría decir- es mejor representado por pequeñas instituciones con apoyo en la comunidad local, la corporación puede todavía actuar como una fuerza de oposición en contra del Estado. La resistencia a expandir el dominio de reglas legales corporativas obligatorias de ese modo responden a “la noción de que la imperante amenaza de la moral en nuestra era puede no ser el poder de las corporaciones pero sí del creciente poder y de la irresponsabilidad del Estado”. BAINBRIDGE, Stephen M. *Community and Statism: A Conservative Contractarian Critique of Progressive Corporate Law Scholarship*, 82 CORNELL L. REV. 856, 897 (1997). Citado por: MICHAEL NOVAK. *Toward a theology of the corporatio* 34. 2da. Edición, 1990.

Stephen M. Bainbridge

El asunto crítico aquí es la estructura de la práctica legal de la gran firma moderna y los incentivos económicos resultantes para los abogados. La Teoría de la Competencia es el modelo económico y sociológico estándar para analizar las estructuras institucionales y sólidas culturas de las grandes firmas⁽¹²⁾. Es más, en un sentido más amplio, la Teoría de la Competencia es una herramienta estándar en el estudio de los mercados laborales internos dentro de una amplia variedad de firmas⁽¹³⁾.

Continuando este relato, las competencias son un mecanismo para reducir los costos institucionales proveyendo incentivos a través de la "evaluación comparativa de rendimiento"⁽¹⁴⁾. En una competencia por el ascenso, el principal clasifica a sus agentes de acuerdo a su desempeño, comparándolos unos con los otros⁽¹⁵⁾. Los agentes de mejor rendimiento son promovidos a posiciones de mejor paga y/o estatus⁽¹⁶⁾. Aplicado a los abogados, las firmas, teóricamente clasifican a los asociados y después promueven al asociado de mejor rendimiento a socio, al final del tiempo de evaluación⁽¹⁷⁾.

La primera parte de este artículo examina el esfuerzo hecho en la sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley para alistar a la ética legal en el esfuerzo de prevenir futuros casos Enrons. La segunda parte, explica brevemente la Teoría de la Competencia aplicada a las firmas. Mi tesis aquí es que la competencia de los abogados crea una serie de incentivos⁽¹⁸⁾ que inevitablemente tientan a los abogados a alinearse con los gerentes corporativos en vez que con los directores o accionistas. Ni la sección 307 de la ley Sarbanes-Oxley ni ningún cambio contemplado en

las reglas de responsabilidad profesional del Colegio de Abogados pueden combatir aquellos incentivos. En cambio, los reformadores de la ética legal han buscado crear una nueva serie de sanciones con los cuales forzar a la asesoría legal corporativa a alinearse con el directorio en vez que con la gerencia⁽¹⁹⁾. Como argumento aquí, sin embargo, se puede poner en duda si aquellas bastarán.

2. Sarbanes-Oxley 307: alistando a la ética en la búsqueda de una conducta corporativa más ética.

Los escándalos corporativos son siempre una creciente señal para la actividad regulatoria. Aquí, era completamente predecible que las irregularidades en Enron, Worldcome y similares, especialmente después de varios años de venir en un constante declive en el mercado de valores, conducirían a la regulación. En junio de 2002 el Congreso aprobó el "Public Company Accounting and Investor Protection Act", mejor conocido como la Ley Sarbanes-Oxley⁽²⁰⁾. En la firma de la Ley el presidente George W. Bush la elogió por lograr "las reformas de mayor alcance en las prácticas corporativas de Estados Unidos desde los tiempos de Franklin Delano Roosevelt"⁽²¹⁾.

(12) WILKINS, David B. y G. Mitu GULATI, *Reconceiving the Tournament of Lawyers: Tracking, Seeding, and Information Control in the Internal Labor Markets of Elite Law Firms*, 84 VA. L. REV. 1581, 1581 (1998). Véase RUTHERGLEN, George & Kevin A. KORDANA, *A Farewell to Tournaments? The Need for an Alternative Explanation of Law Firm Structure and Growth*, 84 VA. L. REV. 1695, 1705 (1998) (sosteniendo que "ahora nosotros debemos ir más allá de la teoría de la competencia").

(13) Wilkins y Gulati. p. 1593.

(14) MILGROM, Paul & John ROBERTS. *Economics, Organization & Management*, 1992. p. 367

(15) *Id.*

(16) *Id.*

(17) La aplicación estándar para las firmas legales es GALANTER, Marc y Thomas PALAY. *Tournament of lawyers: the transformation of the big law firm*, 1991.

(18) Cf. FISCH, Jill E. y Kenneth M. ROSEN. *Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?* (opinando que los "incentivos que mueven a los abogados y a los actores corporativos levantan dudas si es que la Sección 307 forzaría los cambios conductuales buscados por sus creadores"). Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID367661_code030213500.pdf?abstractid=367661.

(19) Bainbridge y Johnson.

(20) Pub. L. No. 107-204, 116 STAT. 745 (2002).

(21) ALLEN, Mike. *Bush Signs Corporate Reforms into Law; President Says Era of False Profits is Over*. WASH. POST, July 31, 2002.

Hasta el final del proceso legislativo, la Ley no hizo nada por tratar el rol de los abogados. Sin embargo, durante el debate, el senador Edwards ofreció exitosamente una enmienda que se convirtió en la sección 307 de la Ley ⁽²²⁾. La Sección 307 exige a la SEC:

a) La emisión de reglas que expongan -desde entonces- estándares mínimos de conducta profesional para los abogados compareciendo y practicando ante la Comisión en cualquier forma de representación de emisores, incluyendo como reglas: (i) que requiera a un abogado reportar evidencia de una violación material del derecho de valores o una infracción del deber fiduciario o violación similar por la compañía o cualquier agente de la misma, desde el gerente legal hasta el gerente general de la compañía (o un equivalente del mismo); y, (ii) si el abogado o el oficial no responden apropiadamente a la evidencia, se requerirá al abogado reportar aquella al comité de auditoría de la junta de directores de la emisora o a otro comité de junta de directores compuesto únicamente directores no empleados por la emisora, o a la junta de directores⁽²³⁾.

Obedeciendo el mandato del Congreso, en enero del 2003, la SEC promulgó las regulaciones de la conducta del abogado. El

mandato sustancial principal impuesto sobre los abogados por la denominada “regulaciones del Apartado 205” es el denominado requerimiento de reportar arriba de la escalera⁽²⁴⁾. Este acercamiento pretende crear una “advertencia previa del sistema” sobre las irregularidades cometidas por la gerencia, a través de órdenes de revelación por parte de los abogados hacia directores independientes “quienes, de otra forma, dado a su limitado involucramiento en las operaciones del día a día de la corporación, pueden fallar en identificar los problemas potenciales”⁽²⁵⁾.

El Apartado 205 se dirige a cualquier abogado que se encuentre “compareciendo y practicando ante la Comisión en representación de un emisor”⁽²⁶⁾. A su vez, “compareciendo y practicando” es definido en términos muy generales⁽²⁷⁾. Como he observado en otro lugar, es probable que esta definición vaya a abarcar a abogados que no se ven a sí mismos como abogados financieros⁽²⁸⁾.

(22) 148 Cong. Rec. S6552 (2002).

(23) Sarbanes-Oxley Act § 307.

(24) Al promulgar las regulaciones del apartado 205, la SEC pospuso la implementación de una regla final en lo que se refiere a *noisy withdrawals* (“retirada ruidosa”).

(25) Fisch y Rosen. Evaluando el posible impacto de la Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley en la ética legal y derivadamente en la ética de los negocios, es de importancia diferenciar el requerimiento de reporte “arriba de la escalera” del *noisy withdrawal* requirement de la SEC. El último tendría un impacto más directo en la contabilidad que la primera. Un *noisy withdrawal* llama directamente la atención de reguladores y de los colegios de abogados; Por consiguiente, la amenaza de un retiro ruidoso daría a los abogados una poderosa herramienta mediante la cual afectar el *client decisionmaking*. En contraste, un requerimiento “arriba de la escalera” evita la mala conducta del cliente solamente si la alta autoridad toma acción. Véase en la 22 (afirmando que “lo que se espera de la Ley Sarbanes-Oxley es que estos tomadores de decisiones, al enterarse de irregularidades corporativas, intervendrán deteniendo o previniendo las irregularidades, por consiguiente mucho de la eficacia del requerimiento de reporte arriba depende del nivel de respuesta de otros actores corporativos”). En el caso de Enron, parece probable que el Directorio estaba al tanto de mucho de lo que los abogados sabían, sin embargo, falló en tomar acción.

(26) 17 C.F.R. § 205.2

(27) En la parte pertinente, las regulaciones disponen: Proveer asesoramiento con respecto a las leyes sobre valores de los Estados Unidos o las reglas o regulaciones ahí establecidas considerando que cualquier documento sobre el cual el abogado tenga noticia será archivado con o presentado a, o incorporado dentro de cualquier documento que será archivado con o presentado a la Comisión, incluyendo la provisión de tal asesoramiento en el contexto de la preparación o participación en la preparación de cualquiera de dichos documentos”. 17 C.F.R. § 205.2(a)(1)(iii). La comunicación en la que la SEC adoptó las regulaciones del apartado 205 declaraba que “la preparación de un documento por parte de un abogado (como un contrato) del cual él o ella nunca pretendió o se enteró que sería presentado a la Comisión, o incorporado en un documento presentado a la Comisión pero que subsecuentemente es presentado a la comisión como una prueba o en conexión con un expediente no constituye “comparecimiento” ni “práctica” ante la comisión (Jan. 29, 2003). Disponible en: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm>.

(28) Bainbridge y Johnson.

Stephen M. Bainbridge

Cuando un abogado que comparece y practica ante la SEC “toma conocimiento de evidencia acerca de una violación material por parte de un emisor o por cualquier funcionario, director, empleado, o agente de la emisora” el deber inicial de este, es el de reportar dicha evidencia al gerente legal de la emisora o al oficial ejecutivo (*executive officer*)⁽²⁹⁾. Si el abogado no “cree razonablemente que aquél (el funcionario, agente, oficial) le ha proveído de respuesta apropiada dentro de un tiempo razonable, el abogado podrá reportar la evidencia de un violación material al “comité de auditoría de la junta de directores, sujeto a varias excepciones y alternativas⁽³⁰⁾. La SEC, de este modo, implementó el intento del senador Edward de que la Sección 307 otorgue a los abogados una muy “simple” obligación: “tú reportas la violación. Si la violación no es tratada apropiadamente, entonces vas con el directorio”⁽³¹⁾.

La Sección 307 tuvo como fundamentos, dos preocupaciones: (i) los abogados han desempeñado un papel no irrelevante en facilitar los comportamientos irregulares de las corporaciones, y (ii) los colegios de abogados han bloqueado las reformas de ética legal que intentaban disuadir a los abogados de hacer aquello. Al introducir la enmienda que se convirtió en la Sección 307, el senador Edwards argumentó que después de “todos los comportamientos irregulares que hemos visto, es...claro que a los abogados de las corporaciones no se les debe dejar regularse a sí mismos más que a los contadores”⁽³²⁾.

El problema básico es que las reglas de ética legal tal como están codificadas por la ABA son esencialmente gerencialistas

en su aspecto exterior)⁽³³⁾. Como he explicado en detalle en otro lugar, estas fomentan a los abogados a alinearse junto con los gerentes de su cliente corporativo, en vez que con sus directores o accionistas⁽³⁴⁾. Un comité Ad hoc sobre responsabilidad corporativa de la American Bar Association reconoció que la Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley fue una repuesta directa “a esta preocupación de que las reglas existentes de conducta profesional no compelian suficientemente al abogado a reportar una conducta ilegal al directorio de la corporación⁽³⁵⁾. De hecho, como el senador Edwards observó durante el debate; que fueron las protestas del gremio organizado que evitaron por mucho tiempo una reforma significante de reglas relevantes de la ética legal⁽³⁶⁾.

Mucho del ímpetu puesto al proceso que culminó en la Sección 307 vino del profesor de la Universidad de Illinois, Richard Painter. Incluso antes que Enron hiciera noticias, el profesor Painter había impulsado la Comisión de ética 2000 de la ABA con el objetivo de enmendar la *Model Rule* 1.13 para crear un firme requerimiento de “subir la escalera”⁽³⁷⁾. La Comisión adoptó aquella recomendación, pero la ABA no la actuó⁽³⁸⁾. Después que el

(29) Específicamente, la regla declaraba: Si es que un abogado, compareciendo y practicando ante la Comisión en representación de un emisor toma conocimiento de evidencia acerca de una violación material por de una emisor o por cualquier funcionaria, director, empleado o agente de la emisora, el abogado deberá reportar dicha evidencia al gerente legal de la emisora (o al equivalente del mismo) o tanto al jefe legal de la emisora o su gerente general (o al equivalente del mismo de manera inmediata.

(30) 17 C.F.R. § 205.3(b)(3).

(31) 148 CONG. REC. S6552 (2002).

(32) 148 CONG. REC. S6552 (2002).

(33) Bainbridge y Johnson argumentando que el *Model Rules of Professional Conduct* de la ABA tiene una “tendencia gerencialista”.

(34) *Id.*

(35) Reporte del comité Ad hoc sobre responsabilidad corporativa de la American Bar Association (Marzo 31, 2003). Disponible en: http://www.abanet.org/buslaw/corporateresponsibility/final_report.pdf

(36) 148 CONG. REC. S6552 (2002) (opinando que la SEC falló en buscar esfuerzos para imponer una obligación de reporte arriba de la escalera debido a las “protestas del colegio de abogados”).

(37) CRAMTON, Roger C. *Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues*. BUS. LAW. 143, 179 n.147 (2002).

(38) Véase ABA Final Report, nota 35, en la 51 (recalcando que el Model Rules se mantiene inconsistente con, entre otros, las recomendaciones de la Comisión de Ética del 2000).

escándalo de Enron estalló, Painter organizó a un grupo de aproximadamente 40 académicos legales –del cual yo era miembro- para proponer que la SEC eluda a la ABA y crear un requerimiento de reporte “subiendo la escalera” como norma⁽³⁹⁾. El *pezzonovante* del gremio organizado permaneció hostil. En una noticia escuchada alrededor del mundo académico, el presidente Carlton de la ABA dijo “no me gusta que los académicos se sienten a especular en lo que la ABA ha hecho o no... nosotros somos los abogados, y somos las personas que hemos estado involucradas en el asunto”⁽⁴⁰⁾.

Cuando la SEC falló al actuar, el senador Edwards introdujo su enmienda⁽⁴¹⁾. La ABA: pueden ser “los abogados”, como el presidente Carlton lo expuso, pero el Congreso no confiaba más en “los abogados” para auto regularse: “a los abogados, no se les puede dejar regularse a sí mismos”⁽⁴²⁾. Desde luego, hay serias y legítimas cuestiones de federalismo suscitadas por la intrusión del Congreso en la ética legal, un área largamente gobernada por los estados⁽⁴³⁾. Asimismo, la intrusión legislativa en un área regulatoria tradicional dentro del ámbito de las cortes, provoca una legítima preocupación sobre la separación de poderes⁽⁴⁴⁾. Hasta ahora, al menos, la Sección 307 eliminó el obstáculo que impedía la reforma. La pregunta es si esta va funcionar.

3. La competencia de los abogados

La cuestión ante nosotros no es que si a los abogados se les debe permitir asistir activamente -o, si vamos al caso, participar- en un fraude realizado por parte de un cliente. La ley hace mucho tiempo que prohibió esa conducta⁽⁴⁵⁾. En cambio, la cuestión ante nosotros es: (i) En qué medida los abogados están posicionados para detectar esa clase de conductas que ocurrieron en Enron y similares. Aquí el problema se desarrolla alrededor de dos ejes: a) el distinto rol de los abogados internos y de la asesoría legal externa, y, b) Los tipos de conductas de clientes en cuestión. Enron (fraude contable) presenta a la asesoría legal con una serie de problemas distintos a los de Adelpia (desfalco)⁽⁴⁶⁾; (ii) Aún si la mala conducta del cliente es del tipo que el abogado probablemente detecte y pueda actuar en contra, ¿es que el abogado tiene incentivos adecuados para tomar acciones efectivas

(39) Painter, Richard W. *Panel 2: The Evolution of Corporate Governance*, 52 AM. U. L. REV. 615, 618 (2003).

(40) DEGER, Renee. *Law Professors Led Fight for New SEC Rules*.

(41) 148 CONG. REC. S6552 (2002) (recalcando el fracaso de la SEC para responder).

(42) *Id.*

(43) IDE, R. William, *Post-Enron Corporate Governance Opportunities: Creating a Culture of Greater Board Collaboration and Oversight*, 54 MERCER L. REV. 829, 855 (2003) (quejándose que “la Sección 307 de la ley Sarbanes-Oxley y las reglas propuestas por la SEC al amparo ejemplifican cuán rápido los entendimientos históricos bajo principios federalistas pueden ser dejados de lado).

(44) Cf. LEE, Blewett. *The Constitutional Power of the Courts over Admission to the Bar*, sosteniendo que “debería ser claramente entendido que la responsabilidad de la admisión [al gremio] está en todos los casos sobre las cortes, no la Legislatura, y una falta de consideración legislativa de limitaciones constitucionales no debería ser promovida por un exceso de cortesía judicial”.

(45) Model Rule 1.2 de la ABA estipula: Un abogado no debe aconsejar a su cliente realizar, o asistir a un cliente en conductas que el abogado sabe que son criminales o fraudulentas, pero un abogado deberá discutir las consecuencias legales de cualquier línea de conducta propuesta con un cliente o asistir a un cliente para hacer un esfuerzo de buena fe para determinar la validez, alcance, significado o aplicación de la ley.

(46) Porque muchos de los casos de recientes escándalos corporativos fueron fraudes de contabilidad, vale la pena recalcar que los principios de contabilidad generalmente aceptados (GAAP) proveían de substancial flexibilidad que permitía el fenómeno de “administración de ingresos” donde los gerentes corporativos manipulaban la información financiera para que los resultados operativos sean conformes con lo previsto. BARRETT, Matthew J. *Enron, Accounting and Lawyers*. Puede ser el caso frecuente en que los abogados carezcan de las habilidades matemáticas o del conocimiento contable necesario para notar la diferencia entre la administración los ingresos permitidos por la GAAP e ilegales artimañas financieras. En efecto, algunos comentaristas sostienen que la reforma de los estándares contables es la única respuesta regulatoria apropiada a los recientes escándalos corporativos.

Stephen M. Bainbridge

para prevenir la mala conducta del cliente? Como podemos ver, la Ley Sarbanes-Oxley y su progenie hicieron muy poco por el mercado de incentivos que disuade a los abogados de fiscalizar activamente la mala conducta de sus clientes. En vez de tentar a los abogados con incentivos, la Ley Sarbanes-Oxley y su progenie crearon una nueva serie de sanciones con las cuales combatir la pasividad de los abogados. ¿Es que aquellas sanciones podrán ser suficientes para contraatacar los fuertes incentivos que alinean los intereses de los abogados con aquellos de los gerentes que dirigen a sus clientes corporativos? ⁽⁴⁷⁾.

Evaluando aquella pregunta, es importante reconocer que enfrentamos tres tipos distintos de casos: (i) El asesor conoce de la agresiva y riesgosa conducta por parte de la gerencia, pero ignora el fraude u otra ilegalidad. En estos casos, el abogado probablemente no reportara subiendo la escalera⁽⁴⁸⁾; (ii) El asesor activamente participó en, o por lo menos facilitó el fraude actual. En estos casos, es probable que el abogado tampoco reporte subiendo la escalera, aunque por una distinta razón que es que ahora tiene algo que ocultar; (iii) El asesor tiene motivos para sospechar de fraude u otra ilegalidad, pero no tiene evidencia directa⁽⁴⁹⁾. Solamente en el último escenario es que el requerimiento de reporte “arriba de la escalera” se

dará. Mi intuición dice que este escenario es extraño. En muchos de los escándalos corporativos recientes, las irregularidades fueron cometidas por un pequeño grupo de altos ejecutivos quienes emplearon esfuerzos considerables para ocultar sus acciones de los asesores externos tales como los auditores o los abogados⁽⁵⁰⁾. En el escenario post Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley, los gerentes incluso son más propensos a ocultar cualquier pista de irregularidad a los abogados⁽⁵¹⁾. De gran relevancia para esta conferencia, argumento más abajo que los abogados raramente percibirán que su situación se encuentra dentro del tercer escenario. La competencia de los abogados no va a ser ganada por los delatores de las corporaciones⁽⁵²⁾.

3.1. Un breve repaso general de la Teoría de la Competencia aplicada a las firmas

Las firmas utilizan la competencia por la promoción a socio para minimizar los costos de agencia inherentes al emplear asociados⁽⁵³⁾. De una parte, la firma hace inversiones en el

- (47) Una tercera serie de problemas fuera del alcance de este ensayo son los costos sociales y los efectos no deseados que pueden seguir de intento de la Ley Sarbanes-Oxley de alistar a las reglas de la ética legal al servicio de una mejor ética de negocios. Véase nota 11 (discutiendo el efecto de la regulación en el rol de las corporaciones como una institución intermediaria entre el individuo y el estado).
- (48) Fisch y Rosen especulaban que Vilson & Elkins probablemente “sabían de agresivas y riesgosas transacciones y de decisiones de reporte [por parte de la gerencia de Enron], pero no tenían conocimiento real de conductas ilegales”. Aunque la sección de la Ley Sarbanes-Oxley y su progenie tienen varias ambigüedades e incertidumbres, parece poco probable que la mayoría de asesores legales considerarían que esas previsiones están ordenando un reporte arriba de la escalera de una administración agresiva. Ni parece probable que muchos directorios vayan a recibir de buena manera dichos reportes. Por lo menos, el asesor legal que cumpliendo con informar frecuentemente ante Directorio acerca de que la gerencia está sobrepasando el límite, se arriesga a formarse una reputación de la “del muchacho que advertía sobre el lobo”.
- (49) Fisch y Rosen, nota 18.
- (50) MAREMONT, Mark. *Rite Aid Case Gives First View of Wave of Fraud on Trial*. WALL ST. J., June 10, 2003 (describiendo las “grandes distancias” a las que los acusados recurrieron con el objetivo de “cubrir sus huellas”).
- (51) Véase notas 72-73 (explorando el efecto de la sección 307 en los incentivos gerencialistas).
- (52) PAINTER, Richard W. *Toward a Market for Lawyer Disclosure Services: In Search of Optimal Whistleblowing Rules* (exponiendo una explicación un tanto más optimista acerca de los incentivos de los abogados, no obstante, una en donde la teoría de la competencia no aparece).
- (53) Los costos de agencia son definidos como la suma de costos de monitoreo y afectividad, más cualquier costo residual utilizado en prevenir la fuga por parte de los agentes. FAMA, Eugene F. y Michael C. JENSEN, *Separation of Ownership and Control*. 26 J. L. & ECON. 301, 304 (1983). Un solo accionista sin agentes internalizará todos los costos de la fuga dado a que la compensación óptima del accionista entre el trabajo y el tiempo libre es, por definición el mismo que la compensación óptima de la firma. Agentes de una firma, sin embargo no internalizarán todos esos costos de fuga: la principal cosecha parte del valor

capital humano de sus asociados -i.e. habilidades y relaciones de clientes- durante su aprendizaje. La firma va a querer disuadir a los asociados de dejar la firma antes de que se haya amortizado completamente aquellas inversiones⁽⁵⁴⁾. De otra parte, la firma debe desincentivar la fuga de sus asociados⁽⁵⁵⁾. La firma incentiva a los asociados, tanto para que permanezcan para el periodo óptimo como para que maximicen su productividad durante dicho periodo participando “en una competencia en donde todos los asociados en una particular clase entrante compiten y la firma concede el premio de convertirse en socio al alpha A por ciento superior de los concursantes⁽⁵⁶⁾. El premio de ascenso a una más alta y segura posición, además del acompañamiento de un aumento en la compensación, incentiva al abogado a permanecer en la firma. Un abogado que no gana la competencia pierde más que solo la oportunidad de ganar riqueza futura y estatus. Los abogados realizan considerables inversiones en capital humano relativo al cliente, desarrollando relaciones con los clientes y familiarizándose con los negocios de este⁽⁵⁷⁾. Debido a que la inversión es específica a un cliente en particular, esta se perderá si es que la relación termina. Ahora en adelante, el abogado tiene un gran incentivo en mantener la relación⁽⁵⁸⁾.

En una importante contribución a la literatura, basado en un informe altamente matizado acerca del actual funcionamiento interno de las grandes firmas modernas, los profesores

Wilkins y Gulati argumentaron que el modelo de la competencia estándar es un modelo inadecuado para aquellas firmas⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, mientras ellos rechazan el modelo de la competencia, ellos continúan usando el concepto de la competencia como una metáfora para entender las grandes firmas⁽⁶⁰⁾.

En particular, ellos sugieren que la metáfora de la competencia es más relevante para los “asociados *senior* en sus últimos años antes de ser socios”⁽⁶¹⁾. Este punto es crítico para el propósito de mi análisis, dado a que mi propia experiencia en la práctica, sugiere que son precisamente los asociados *seniors* quienes frecuentemente tienen la clase de contacto con el cliente, en donde la potencial irregularidad puede salir a la luz⁽⁶²⁾.

¿Qué habilidades y actitudes contribuyen para tener éxito en la competencia por la promoción a socio? Datos de estudios demuestran que la habilidad para desarrollar “relaciones de buen trabajo con clientes y similares” es una consideración altamente clasificadora en la decisión de promoción a socio⁽⁶³⁾. También

del trabajo por parte del agente, pero el agente recibe todo el valor de la fuga. JENSEN, Michael C. y William H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976).

(54) GALANTER, Marc & Thomas M. PALAY. *Why the Big Get Bigger: The Promotion-to- Partner Tournament and the Growth of Large Law Firms*, 76 VA. L. REV. 747, 780 (1990).

(55) *Id.*

(56) *Id.* en 781. En la terminología de costo de agencia, la competencia es tanto un mecanismo de monitoreo como de vínculos. Con el objetivo de que la competencia provea de un mecanismo eficaz para el monitoreo del desempeño del asociado, la firma tiene que estar dispuesta a hacer de su promesa de promoción a socio, un compromiso creíble -i.e- vínculo. Wilkins & Gulati, discutiendo como las competencias provee de monitoreo muto tanto a las firmas como a los asociados.

(57) Galanter y Palay.

(58) BAINBRIDGE, Stephen M. *Privately Ordered Participatory Management: An Organizational Failures Analysis*, 23 DEL. J. CORP. L. 979, 1043-44 (1998) (discutiendo los efectos de los incentivos en hacer inversiones en específicas firmas).

(59) Wilkins y Gulati recalando maneras en el que la competencia de promoción a socio difiere de las competencias económicas estándares).

(60) *Id.* at 1587.

(61) *Id.* at 1633.

(62) BARONDES, Royce de R. *The Business Lawyer as Terrorist Transaction Cost Engineer*. FORDHAM L. REV. 31, 54 (2000) (observando que “mientras un cliente tiene una relación en curso con un socio en una prestigiosa firma, substanciales drafting roles serán representados por parte de asociados senio)

(63) LANDERS, Renee M. et al. *Rat Race Redux: Adverse Selection in the Determination of Work Hours in Law Firms*. 86 AM. ECON. REV. 329, 341-42 (1996).

Stephen M. Bainbridge

altamente calificada es la buena disposición de perseguir agresivamente los intereses de los clientes y el potencial para traer nuevos negocios a la firma⁽⁶⁴⁾.

En otras palabras, para ganar la competencia se requiere el desarrollo de una serie de habilidades y actitudes dirigidas de lleno a mantener a los clientes contentos. La competencia, de ese modo forma a los abogados de fuertes incentivos para pasar por alto las irregularidades de la gerencia. Dado que es la gerencia -no el directorio- quien contrata a la asesoría legal externa⁽⁶⁵⁾ es a esta a quien el abogado debe complacer en orden de retener o atraer el negocio⁽⁶⁶⁾. Esta presión es especialmente real dado al gran número de firmas capaces y abogados disponibles para contratar; las firmas son algo semejante a un bien fungible⁽⁶⁷⁾. Además, la asesoría legal normalmente trabaja mucho más cerca con la gerencia que con la junta de directores⁽⁶⁸⁾. El senador Edwards acertadamente explicó estos factores durante el debate sobre la Ley Sarbanes-Oxley:

A veces hemos visto a los abogados corporativos olvidar quién es su cliente. Lo que ocurre es que su trato diario es con la CEO o con el gerente financiero puesto que aquellos individuos son los responsables de contratarlos. Entonces, como resultado es con ellos con quienes tienen una relación. Cuando van almorzar con su cliente, la corporación, ellos normalmente van almorzar con el CEO o con el gerente financiero. Cuando

reciben llamadas, ellos usualmente están devolviéndole la llamada al CEO o al gerente financiero⁽⁶⁹⁾.

En consecuencia, a pesar de las obligaciones legales generales de reportar irregularidades, la actitud arraigada a causa de la Competencia por la promoción a socio inclinará al abogado intencionalmente o subconscientemente a pasar por alto la evidencia de las irregularidades de la gerencia.

La Ley Sarbanes-Oxley no trata estos incentivos. En efecto, mientras que esta intenta crear contra incentivos en la forma de potenciales procesos disciplinarios, la Sección 307 puede tener como consecuencia no querida, el fomentar precisamente que los abogados no presten atención a los problemas corporativos. Bajo las regulaciones del Apartado 205, un abogado es solo responsable por violaciones materiales de las que él "toma conocimiento"⁽⁷⁰⁾. Como tal, el abogado racional tiene todavía otra razón para cerrar los ojos ante una potencial irregularidad. El evadir información detallada sobre la conducta de sus clientes es una forma de rehuir inclusive

(64) *Id.*

(65) Fisch & Rosen explicando que debido a que la mayoría de las grandes corporaciones utilizan actualmente los servicios de varias firmas de asesoría externa, la cantidad de dicho trabajo que es asignado a un abogado en particular en un tendencia en curso es determinada por la gerencia y no por el Directorio.

(66) ABA Final Report recalcando los incentivos económicos que las firmas tienen para quedarse en el buen lado de los gerentes corporativos para ser contratados. Abogados individuales tienen un interés personal en las relaciones con clientes dado a la interrelación de su carrera con la estructura de sociedad en las firmas la cual requiere que el abogado traiga negocio a la firma y lo mantenga.

(67) Como reporte del Comité Ad hoc sobre responsabilidad corporativa de la American Bar Association observó que, es cada vez más común para las corporaciones el retener una cantidad de firmas, de hecho, muchos abogados externos no tendrán contacto regular ni con los altos ejecutivos ni con el Directorio. Esto hace menos probable que el abogado externo detecte la mala conducta del cliente como también hace más difícil para el abogado externo, tanto la investigar las posibles irregularidades y/o comunicar la evidencia de dichas irregularidades a los oficiales corporativos apropiados.

(68) Fisch y Rosen.

(69) 148 Cong. Rec. S6551-52 (2002). Véase también ABA Final Report. 14-15 (recalcando que la competencia del negocio de adquirir y conservar clientes, o el deseo de progresar dentro de la estructura ejecutiva de la corporación, puede inducir a los abogados a buscar complacer a los oficiales corporativos con quienes tratan en vez de concentrarse en los intereses a largo plazo de su cliente, la corporación").

(70) Nota 29.

al riesgo de incurrir en el deber de reportar o a cualquier exposición de responsabilidad posterior⁽⁷¹⁾.

A raíz de la Ley Sarbanes-Oxley, será incluso más sencillo, para los abogados que quieran ignorar la mala conducta de su cliente, el hacerlo. Como el Profesor Larry Ribstein observó: “Las nuevas reglas pueden incluso inhibir conversaciones inocuas que podrían haber ayudado indirectamente a revelar fraudes, convirtiéndolos en materia de litigios e investigaciones federales⁽⁷²⁾. Los gerentes corporativos no van a recibir de buena manera la clase de investigación que un abogado al “reportar arriba” generaría. Incluso acusaciones erradas por parte de un abogado sobre irregularidades puede traer consecuencias adversas para los gerentes implicados, quienes a su vez minimizarán la cantidad global de información a la cual el abogado tiene acceso (solo para estar en el lado seguro)⁽⁷³⁾. Efectivamente, los gerentes tratarán probablemente de proteger a sus abogados de información no solo sobre potenciales irregularidades sino también de agresivas -que sobrepasan los límites- prácticas contables y de revelación.

3.2. Una nota sobre el abogado interno

El análisis hasta aquí se ha concentrado en los incentivos del los abogados externos. ¿Qué sucede con los abogados internos? Gran parte del mismo análisis parecería ser aplicado, en tanto que el abogado interno enfrenta incentivos bastantes similares. Incluso si las políticas legales del departamento de recursos humanos no crean una competencia por la promoción a socio, a pesar de que creo que muchos sí lo hacen, los abogados internos tienen fuertes incentivos para quedarse en el buen lado de la gerencia general. A pesar de que con frecuencia, el asesor general es formalmente nombrado por la junta de directores, su permanencia normalmente depende

principalmente de su relación con la CEO⁽⁷⁴⁾. Como el comité ad hoc sobre gobierno corporativo de la ABA explicó: “el asesor legal puede verse renuente en comunicarse con la junta de directores” por miedo que al hacerlo “desestabilizaría la relación entre la alta dirección y los directores”⁽⁷⁵⁾.

3.3. ¿Qué pasa con los ganadores?

El ganar la competencia por la promoción a socio no elimina los incentivos que desalientan a los abogados a reportar irregularidades por parte de los gerentes que los contratan. En primer lugar, todos los socios tienen un incentivo en mantener a clientes claves contentos. Enron era el cliente más grande de Vinson & Elkins, el cual generaba cerca del 7% de los ingresos de la firma⁽⁷⁶⁾. Cerca de 20 ex abogados de Vinson & Elkins tomaron trabajos en Enron⁽⁷⁷⁾. Entonces, Vinson & Elkins tenía fuertes incentivos en mantenerse en buenos términos con los gerentes de Enron. ¿El ejemplo de Enron puede ser generalizado? El Profesor Coffee argumenta que los abogados son más propensos a tener una base de clientes más variada que los auditores, lo cual reduce los conflictos de interés que aparentemente contribuyeron a las faltas de auditoría que originaron los más recientes escándalos corporativos⁽⁷⁸⁾. Coffee no cita ninguna información empírica para sustentar esta proposición, a pesar de que sospecho que puede estar en lo cierto respecto

(71) Fisch y Rosen.

(72) Ribstein, nota 50.

(73) Fisch & Rosen sosteniendo que “los abogados que son vistos por sus clientes como motivados por miedos por su responsabilidad personal no serán consultados en asunto difíciles”.

(74) SPORKIN, Stanley. *The Evolving Legal and Ethical Role of the Corporate Attorney After the Sarbanes-Oxley Act of 2002: Keynote Address*, 52 AM. U. L. REV. 639, 652 (2003) (observando que “existen varios CEO's prepotentes que piensan que porque ellos contrataron al abogado general este está en deuda con esa persona”).

(75) ABA Final Report.

(76) Fisch y Rosen.

(77) *Id.*

(78) COFFEE, John C. Jr., *The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC* at 21 (abril 2003), disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395181.

Stephen M. Bainbridge

de las grandes firmas nacionales. Sobre las firmas regionales pequeñas –como Vinson & Elkins– que estuvieron envueltas en muchos de los escándalos recientes, sin embargo, sospecho que es mucho más común que un firma dependerá de la facturación a un solo cliente.

En segundo lugar, el ganar el recorrido no pone fin a la competencia de la ley del más fuerte. En años recientes, las firmas se han alejado de las antiguas reglas de la sociedad en donde el ser promovido a socio acarrea un puesto de trabajo asegurado y jerarquía basada en la compensación para pasar a nuevos modelos en los cuales la compensación es variable y los socios padecen de una falta de seguridad con respecto al trabajo⁽⁷⁹⁾.

La compensación basada en la generación de negocios significa que los socios son más vulnerables a las condiciones cambiantes del mercado. Factores sobre los cuales los abogados puede que no tengan control tales como la fusión de su cliente con otra empresa, una decisión corporativa de asignar más trabajo a su departamento legal o el descenso de un particular sector económico (start-ups de Internet) puede reducir considerablemente su compensación. Si el negocio no repunta o ella no puede actualizar sus técnicas, ella puede ser invitada a dejar la firma, desde que sus socios pueden que no estén dispuestos a sacrificar ganancias para amortizar su caída. Parte de esta falta de disposición puede ser debida a la simple resistencia a ganar menos dinero. Algo de ello, sin embargo, puede también reflejar preocupación en que, si las ganancias por socio descienden, los “abogados claves” pueden irse a otro lado, o la firma puede ser percibida por los clientes y competidores como en problemas. Un socio sujeto a un sistema de “comer lo que matas” puede estar ansioso acerca de dónde la próxima comida vendrá⁽⁸⁰⁾.

Dado que es más probable que un solo socio dependa en la facturación a un solo gran cliente que una firma, el fenómeno “come lo que matas” hace altamente improbable que dicho socio arriesgue enemistarse con los clientes claves, de estar ausente la prueba del delito (y quizás tampoco en ese caso).

En tercer lugar, análisis económicos conductuales siguieren ciertas tendencias cognitivas básicas que probablemente disuaden a los abogados a detectar o actuar a propósito de las irregularidades de la gerencia⁽⁸¹⁾. Economistas conductuales han identificado varios errores cognitivos documentados de relevancia al problema que nos ocupa. Uno es la tendencia de sobre confianza que ha sido definida como “la creencia de que es más probable, en promedio, que las cosas buenas nos pasen y que es menos probable, en promedio, que las cosas malas nos pasen”⁽⁸²⁾. Si un abogado es susceptible a esta tendencia, su juicio se torcerá en contra de la creencia de que sus clientes son malas personas que cometen fraude. Una cercana predisposición relacionada, es la tendencia confirmatoria la cual es definida como la tendencia para los actores para “interpretar información en maneras que sirvan a sus intereses o nociones preconcebidas”⁽⁸³⁾. Como el ex canciller Allen de Delaware aptamente notó, no obstante en un contexto distinto, “la naturaleza humana puede inclinar el actuar de uno en buena fe subjetiva, para racionalizar como bueno aquello que es

(79) Wilkins y Gulati discutiendo la compensación a los socios de la firma moderna.

(80) REGAN, Milton C. Jr. *Corporate Norms and Contemporary Law Firm Practice*, 70 GEO. WASH. L. REV. 931, 937 (2002).

(81) El influyente análisis conductual sobre los incentivos de los abogados para actuar sobre las irregularidades de los clientes es Donald C. Langevoort, *Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Frauds*, 46 VAND. L. REV. 75 (1993). Como argumento en otro lugar, el análisis de comportamientos económicos es una herramienta útil, pero también una que debe ser aplicada con moderación y cautelosamente. BAINBRIDGE, Stephen M. *Mandatory Disclosure: A Behavioral Analysis*, 68 U. CIN. L. REV. 1023 (2000). Particularmente existe una gran tentación de depender superficialmente en comportamientos económicos para identificar una supuesta falla en el mercado que justifique la intervención regulatoria.

(82) KOROBKIN, Russell B. and Thomas S. ULEN. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1091 (2000).

(83) *Id.*

meramente en beneficio personal⁽⁸⁴⁾. Los abogados que toman la decisión de asociarse con un cliente en particular son menos propensos a reconocer una mala conducta por parte de su cliente, porque la evidencia del mismo sería inconsistente tanto con el propio interés del abogado en mantener una relación con el cliente y con la imagen del mismo como alguien que se identifica y asocia con personas honestas⁽⁸⁵⁾. En vista de las incertidumbres creadas por algunas de las regulaciones del apartado 205, es particularmente importante que las tendencias egoístas típicamente “aparezcan cuando hay un alto nivel razonable de ambigüedad entorno de una situación”⁽⁸⁶⁾. Tomadas juntas, estas sistemáticas y decisivas tendencias generan un tipo de “conservadurismo cognitivo” que hace a un abogado “propenso a desechar como no importante o como aberrante las primeras informaciones negativas que ella recibe en lo que concierne a la situación de su cliente”⁽⁸⁷⁾. Dado los intereses creados por la competencia de promoción a socio, los ganadores de la competencia son propensos a ser particularmente vulnerable a estas tendencias⁽⁸⁸⁾.

4. Conclusión

Mi proyecto aquí ha sido más positivo que normativo. Yo firmé la carta de profesores de derecho organizada por Richard Painter

porque como asunto normativo, yo creo en la primacía del director y no en el gerencialismo⁽⁸⁹⁾. Yo no la firmé porque creí que funcionaría; menos aún para probar que sería la panacea para los problemas del gobierno corporativo.

Evaluando la probabilidad de que la Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley pruebe ser efectiva, vale la pena recordar que Enron y sus similares difícilmente fueron la primera vez en que los abogados de corporaciones fallaban en su trabajo. En conexión con el escándalo de Lincoln Savings & Loan, el juez (y el anterior director del Enforcement de la SEC) Stanley Sporkin renombradamente observó:

¿Dónde estaban estos profesionales, un número de quienes están ahora haciendo valer sus derechos bajo la Quinta Enmienda, cuando estas claramente impropias transacciones fueron consumidas? ¿Por qué ninguno habló o se desligó de las transacciones? ¿Dónde estaban también los abogados y contadores externos cuando estas transacciones fueron

(84) City Capital Associates Ltd. Partnership v. Interco Inc., 551 A.2d 787, 796 (Del. Ch. 1988).

(85) LANGEVOORT, Donald C. *The Organizational Psychology of Hyper- Competition: Corporate Irresponsibility and the Lessons of Enron*, 70 GEO. WASH. L. REV. 968, 1970 (2002) (argumentando que los ganadores de la competencia de promoción tienden a ser caracterizados por ser de “plasticidad ética”; lo que les permite “interpretar lo que es egoísta como razonable a fin de que esa ansiedad moral sea amortiguada”).

(86) LANGEVOORT, Donald C. *When Lawyers and Law Firms Invest in Their Corporate Clients' Stock*. 80 WASH. U.L.Q. 569, 574 (2002).

(87) LANGEVOORT, D. *Behavioral Inquiry*.

(88) Finalmente, vale la pena mencionar que, -en el fondo- la mayoría de escándalos corporativos envolvían fraude contable. Véase CUNNINGHAM, Lawrence A. *Sharing Accounting's Burden: Business Lawyers in Enron's Dark Shadows*, 57 BUS. LAW. 1421, 1429 (2002) (observando que Enron es en primer lugar “un escándalo contable”). Los libros fueron alterados para levantar –o al menos mantener- el precio stock de la firma para que así los gerentes puedan beneficiarse de sus opciones de stock. JOHNSON, Shane A. y Harley E. RYAN. *Executive Compensation and Corporate Fraud* (abril 16, 2003), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395960 (concluyendo de análisis empíricos que los ejecutivos de las firmas donde el fraude tuvo lugar “tenían una significativa base patrimonial compensatoria e incentivos financieros para cometer fraude que los ejecutivos de una industria- y size-matched control firms). Este fenómeno es relevante para nuestro análisis de los incentivos que tienen los abogados para reportar la mala conducta de sus clientes, porque se ha vuelto bastante común para abogados de transnacionales de retener el stock en sus clientes. PURI, Poonam. *Taking Stock of Taking Stock*, 87 CORNELL L. REV. 99, 101 (2001) (notando que en el 40% de los IPO en 1999, la asesoría de la emisora tenían más de un millón de dólares del valor del stock de la emisora al momento del IPO). A partir de ahora, los abogados van a tener incentivos muy parecidos con respecto del stock de precios de la firma como los tendrán los gerentes de la firma. De ese modo, dicha asesoría es más propensa a pasar por alto subconscientemente, o incluso ser cooptado en, las irregularidades de la gerencia.

Stephen M. Bainbridge

efectuadas? Lo que es difícil de entender es que con todo el talento profesional involucrado (tanto de contadores como de abogados), porqué ni siquiera un profesional fue capaz de tocar el silbato para detener las extralimitaciones que tomaron lugar en este caso⁽⁹⁰⁾.

La respuesta es que estaban haciendo precisamente lo que la competencia por la promoción a socio les enseñó hacer –mantener a sus clientes felices incluso si eso implica meter la cabeza en la tierra.

El punto no es que los abogados sean perversamente cooptados o inmorales. El punto es únicamente que los abogados tienen tanto incentivos económicos como tendencias cognitivas que sistemáticamente los inclinan a por lo menos cerrar los ojos a los casos de mala conducta realizados sus clientes. El principal defecto de la Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley es que se concentra en los jugadores equivocados. Lo que es necesario es cambiar los incentivos de los clientes⁽⁹¹⁾. Una vez que eso pase, podremos recién enlistar a la asesoría legal para que proporcione un manto adicional de protección⁽⁹²⁾. @

(89) BAINBRIDGE, Stephen M. *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 NW. U. L. REV. 547 (2003) (haciendo el caso económico para la primacía del director y criticando el gerencialismo como responsabilidad normativa).

(90) *Lincoln Sav. y Loan Ass'n v. Wall*, 743 F. Supp. 901, 920 (D.D.C. 1990).

(91) SCHWARZ, Steven L. *Enron and the Use and Abuse of Special Purpose Entities in Corporate Structures*, 70 U. CIN. L. REV. 1309, 1318 (2002) (sosteniendo que “el punto [de la reforma regulatoria posterior a Enron] debería ser en prevenir los conflictos de interés gerenciales que permiten y de hecho, fomentan que los abusos de Enron prosperen. BAINBRIDGE, Stephen M. *Corporation law and economics*. pp. 291-296 (2002) (discutiendo el rol de la junta para ejercer control en este contexto) En una diversidad de contextos regulatorios, el derecho requiere cada vez más, de programas de cumplimiento de derecho. In *re Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.* 698 A.2d 959, 968-70 (Del. Ch. 1996) (citando ejemplos). En muchos casos, un programa de cumplimiento de derecho que se ajuste a todo tiene poco sentido. BAINBRIDGE, *supra*, pp. 293-94. Es un área donde ya el derecho impone obligaciones de debida diligencia en el Directorio en conexión con varios documentos de revelación. *Atherton v. Anderson*, 99 F.2d 883 (6th Cir.1938) (sosteniendo que los directores tienen una obligación de asegurar que las prácticas contable básicas sean seguidas de preparar y auditar los record financieros de la firma). La imposición de una obligación de debida diligencia sobre el Directorio con respecto a todas las revelaciones importantes de cuentas, sería una relativamente modesta extensión del derecho existente. En efecto, La Ley Sarbanes-Oxley, ya se dirige en esa dirección, imponiendo una nueva obligación al presidente, jefe y al jefe financiero de certificar los documentos de revelación. Véase Cunningham (recalcando que “controles interno corporativos [son] actualmente funcionalmente requeridos por el derecho de valores federal).

(92) Si la Sección 307 de la Ley Sarbanes-Oxley prueba ser ineficaz, como nuestro análisis sugiere que probablemente sea, puede que aparezca presión por regulación adicional. Es bien probable que el Congreso y/o la SEC buscarán de incrementar tanto la posibilidad de aplicación y/o la simbólica sanción impuesta a los abogados que facilitan- o quizás fallan en prevenir- la mala conducta del cliente. Véase Coffee afirmando: “cuando más sospechamos que los abogados apartarán su mirada, es cuando más necesitamos aumentar las penalidades para disuadir que lo hagan”). Esta perspectiva evidentemente implica la preocupación aludida líneas arriba en relación al impacto de regulación adicional en la corporación como una institución mediadora entre el Estado y el individuo. *The Creeping Federalization of Corporate Law*. REG. Spring 2003. p. 26 (discutiendo el rol de intermediaria de la corporación).