

## RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES DE SOCIEDADES EN LOS ESTADOS UNIDOS. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA DEFENSA DE LOS ACCIONADOS Y ACUERDOS TRANSACCIONALES EN LAS ACCIONES PROCESUALES

Héctor José Miguens<sup>1</sup>

### Resumen

En los últimos años las sentencias vigentes en el derecho societario estadounidense que regula la responsabilidad de los directores de sociedades se han visto incrementadas tanto en número como en las cuestiones resueltas. Este derecho es principalmente de fuente local y en menor medida federal.

Las acciones judiciales que tienen como objeto esa responsabilidad pueden sistematizarse de la siguiente manera: las “*direct actions*” o acciones directas, las “*class actions*” o acciones colectivas y las “*derivative actions*” o acciones derivadas. Existen por otra parte otros tipos de acciones, que tienen normas pormenorizadas para cada una de ellas.

Dentro de este régimen, las normas que regulan las alternativas relacionadas con la defensa de los accionados, algunas cuestiones relativas al contrato de seguro y la defensa en juicio y los acuerdos transaccionales judiciales o extrajudiciales a los que pueden arribar las partes contendientes, han tenido un notorio desarrollo en las últimas décadas.

En este trabajo se estudian esas cuestiones atinentes a la defensa de los directores demandados judicialmente, algunas cuestiones relacionadas con el contrato de seguro y la defensa en juicio y los acuerdos transaccionales judiciales o extrajudiciales en el marco regulatorio de estas acciones.

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Buenos Aires), Especialista en Sindicaturas Concursales (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina), Doctor en Derecho, (PhD) (Universidad de Navarra, España). Investigador Independiente del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas), Argentina. Profesor Extraordinario de Derecho Concursal, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires. Visiting Scholar, George Washington University, School of Law, Washington DC, USA. Fellow, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemania. Fellow, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford. Este trabajo ha sido realizado con el apoyo económico del CONICET, de la Universidad Austral, Argentina y de la Fundación Alexander von Humboldt de Alemania. E-mail: hmiguens@gmail.com

**Palabras clave:** Estados Unidos de América – Derecho societario en Estados Unidos de América – Responsabilidad de directores de sociedades – Acciones de responsabilidad – Cuestiones sobre la defensa y acuerdos transaccionales

## TERMINOLOGÍA UTILIZADA. CITACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

He procurado mantener los vocablos y expresiones típicas del derecho societario estadounidense en inglés. Por ello en muchos casos no han sido traducidas al castellano para brindar un exacto panorama terminológico propio del derecho societario local de cada Estado en los Estados Unidos. En su caso he provisto su correspondiente explicación.

Cuando hablo de derecho “norteamericano”, “americano” o “estadounidense” me refiero al derecho societario de cada uno de los Estados de los Estados Unidos de América, ya que este derecho es local, no federal, salvo algunas excepciones en las que existen normas federales para todo el país.

Cuando me refiero a “directores” me estoy refiriendo a los miembros del directorio del máximo nivel jerárquico de gobierno y administración societaria.

He preferido reservar la palabra “gobierno” para la actividad referida a las normas generales de la máxima política empresarial y “administración” para la actividad referida a la ejecución de tales disposiciones, aunque existen ordenamientos en el que se usa también la palabra “administrador” para lo que aquí entendemos por “director”. No obstante ello, es menester tener en cuenta que toda esta materia aquí tratada se refiere tanto a los directores como a los “*officers*”, a veces por analogía, y la mayoría de las veces en forma indistinta, conforme los materiales estadounidenses utilizados.

El término “*statutes*” ha sido traducido como “estatutos” o “normas estatutarias”. Se refiere a cuerpos normativos específicos de derecho (en nuestro caso aplicables a las sociedades) sancionados por los distintos Estados de la Unión o bien por el gobierno federal, que forman parte del plexo normativo aplicable conjuntamente con las sentencias judiciales, sean estatales o federales. Ellos son diversos de los Estatutos de las sociedades en los países de habla castellana.

Cuando me refiero al “gobierno”, o al “gobierno societario” o al “gobierno corporativo”, o “administración”, o “dirección” me estoy refiriendo a los negocios empresariales de la sociedad orientados a la consecución de su objeto social.

El término “*Section*” se refiere a las normas contenidas en estatutos normativos específicos, lo que

equivale a “artículo” de nuestros ordenamientos en el sistema continental europeo.

Cuando no diga nada en contrario me estoy refiriendo al derecho societario en los Estados Unidos sobre el tema de este trabajo, con la indicación, en su caso, del Estado donde está vigente la norma comentada, salvo que sea federal.

En cuanto a la jurisprudencia estadounidense he seguido las pautas uniformes para citarla proporcionadas por el *Bluebook. A Uniform System of Citation*<sup>2</sup>, aceptado en todo el país, en el que se explican todos sus elementos correspondientes, a fin de facilitar al lector la búsqueda de los fallos.

## INTRODUCCIÓN

En el derecho societario estadounidense existen diversas clases de acciones judiciales que tienen como objeto la responsabilidad de directores de sociedades. Este derecho es principalmente de fuente local y en menor medida federal. En este trabajo se estudia las defensas oponibles y los acuerdos transaccionales en el marco regulatorio de estas acciones<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. AAVV. COLUMBIALAWREVIEWCOMP., MARY MILES PRINCE (COORD.ED.) *The Bluebook, A Uniform System of Citation*. Cambridge. Massachussetts. Harvard Law Review Association. 2015. ISBN 978-0-692-40019-7. En esta obra también se explican las abreviaturas utilizadas para los títulos de las revistas.

<sup>3</sup> Para un panorama general sobre las normas que regulan las acciones judiciales correspondientes a la responsabilidad de los directores de sociedades en Estados Unidos pueden verse, entre otras, las siguientes fuentes de referencia: GRAHAM, “Note. Delaware Post-Merger Derivative Suit Standing and Demand Requirements: Professional Management Associates, Inc. v. Coss”, *Iowa J. CorL.* Vol. 25, 2000, 631 y ss; MIGUENS, Héctor José, “Responsabilidad de directores de sociedades en Estados Unidos. Aspectos procesales”, *Dikaion* Vol. 24, n. 1, 2015, 86-116; HEYMAN & ENERIO, “The Dissapearing Distinction Between Derivative and Direct Actions”, *Del. L. Rev.*, Vol. 4, 2001, 155 y ss; KIM, “Conflicting Ideologies of Group Litigation: Who May Challenge Settlements in Class Actions and Derivative Suits?”, *Tenn L. Rev.*, Vol. 66, 1998, 81 y ss.; LAHAV, “Fundamental Principles for Class Action Governance”, *Ind. L. Rev.*, Vol. 37, 2003, 65 y ss.; LAURENCE, “How Accurate Are Estimates of Aggregate Damages in Securities Fraud Cases”, *Bus. Law*, Vol. 49, 1994, 505 y ss.; LOEWENSTEIN, “Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance”, *24 Del. J. CorL.*, Vol. 24, 1999, 1 y ss.; PRITCHARD, “Markets as Monitors: A Proposal to Replace Class Actions with Exchanges as Securities Fraud Enforcers”, *Va. L. Rev.*, Vol. 85, 1999, 925 y ss.; RICHMOND, “The Emerging Theory of Expert Witness Malpractice”, *CaU. L. Rev.*, Vol. 22, 1993, 693 y ss.; ROSENBERG, “Adding a Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit”, *U. Chi. Legal F.*, Vol. 2003, 19 y ss.; WISE, “Demand Futility in Shareholder-Derivative Litigation Under Texas Law”, *Tex. Tech. L. Rev.*, Vol. 28, 1997, 59 y ss.; MATTHEWS, “The Shareholder Derivative Suit in Arkansas”, *Ark. L. Rev.*, Vol. 52, 1999, 353 y ss.; MUNSON, “Standing to Appeal: Should Objecting Shareholders be Allowed to Appeal Acceptance of a Settlement”, *Ind. L. Rev.*, Vol. 34, 2001, 455 y ss.; MUNDOK, “Corporate Governance: The Role of Special Litigation Committees”, *Wash. L. Rev.*, Vol. 688, 1993, 79 y ss.; BLOCK, RADIN & MAIMONE, “Derivative Litigation: Current Law Versus the American Law Institute”, *Bus. Law*, Vol. 48, 1993, 1443 y ss.; BONE & EVANS, “Class Certification and the Substantive Merits”, *Duke L.J.*, Vol. 51, 2002, 1251 y ss.; BOOTH, “The End of the Securities Fraud Class Action as We Know it”, *Berkeley Bus. L. J.*, Vol. 4, 2007, 1 y ss.; BURKHARD, “LLC Member and Limited Partner Breach of Fiduciary Duty Claims: Director Derivative Actions?”, *J. Small & Emerging Bus. L.*, Vol. 7, 2003, 19 y ss.; COFFEE, “New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action”, *Bus. Law*, Vol. 48, 1993, 1407 y ss.; COFFEE, “Securities: After Matsushita”, *Nat'l L.J.*, Apr. 15, 1996, B 5, col. 1; COX & THOMAS, “Letting Billions Slip Through Your Fingers: Empirical Evidence and Legal Implications of the Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements”, *Stan. L. Rev.*, Vol. 58, 2005, 411 y ss.; CRONIN, Arris, “Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR”, *Alb. L. Rev.*, Vol. 59, 1996, 847 y ss.; DAVIS, “The Forgotten Derivative Suit”, *Vand. L. Rev.*, Vol. 61, 2008, 387 y ss.; FACTER, “Fashioning a Coherent Demand Rule

Las acciones judiciales referidas a la responsabilidad de directores de sociedades en el derecho en los Estados Unidos son principalmente, tres: las “*direct actions*” o acciones directas, las “*class actions*” o acciones colectivas y las “*derivative actions*” o acciones derivadas. Existen por otra parte otros tipos de acciones, que tienen normas pormenorizadas para cada uno de ellas<sup>4</sup>.

Dada la multiplicidad de las acciones judiciales y lo profuso de las normas sustanciales que regulan la responsabilidad de los directores de sociedades en los Estados Unidos, en las últimas décadas ha cobrado importancia el régimen que regula las defensas oponibles derivadas de las normas del contrato de seguro de la responsabilidad y de la defensa en juicio y los acuerdos transaccionales judiciales o extrajudiciales a los que pueden arribar las partes contendientes, esto es los directores de la sociedad y las víctimas de los daños cometidos por los mismos, eventualmente con la intervención de las compañías aseguradoras en el proceso judicial<sup>5</sup>.

---

for Derivative Litigation in California”, 40 *Santa Clara L. Rev.*, Vol. 40, 2000, 379 y ss.; FERRELL, “A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and the ALI Approaches to Shareholder Derivative Litigation”, *Ohio St. L.J.*, Vol. 60, 1999, 241 y ss.; FIENBERG, et al., “Safer Harbors: Securities Litigation After the Reform Act of 1995”, 5 *Bus. L. Today*, Vol. 5, (May / June 1996), 24; O’CONNELL, “The Role of the Objector and the Current Circuit Court Confusion Regarding Federal Rule of Civil Procedure 23.1: Should Non-named Shareholders be Permitted to Appeal Adverse Judgements?”, *Cath. U. L. Rev.*, Vol. 48, 1999, 939 y ss.; NOTE, “When Should Courts Allow Settlement of Duty-of-Loyalty Derivative Suits”, *Harv. L. Rev.*, Vol. 109, 1996, 1084.

<sup>4</sup> Sobre el derecho procesal civil vigente en Estados Unidos puede consultarse, entre otras, las siguientes fuentes bibliográficas de referencia: CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*. 3 ed. Boston: Little, Brown, 1999; FRIEDENTHAL, Jack H. / KANE, Mary Kay / MILLER, Arthur R., *Civil Procedure*, rev., 5th ed. St. Paul, MN: Thomson / West, 2015; FLEMING, James, Jr. / HAZARD, Geoffrey C. Jr. / LEUBSDORF, John, *Civil Procedure*. 4th ed., Boston: Little, Brown, 1992; AAVV. ZUCKERMAN, Adrian A. S. et al. (ed.), *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford - New York: Oxford University Press, 1999; MUELLER, Christopher B. / KIRKPATRICK, Laird C., *Evidence*. 2nd ed. Gaithersburg: Md., Aspen Law & Business, 1999; PARK, Roger C. / LEONARD, David / GOLDBERG, Steven H., *Evidence Law*. 3rd ed. St. Paul, MN: West, 2011; SHREVE, Gene R. / RAVEN-HANSEN, Peter *Understanding Civil Procedure*, 4th ed. Newark: New Jersey: LexisNexis - Matthew Bender, 2009; AAVV. Kenneth S. BROWN, (General Editor) Contributing authors, George E. DIX ... [et al.]. *McCormick on Evidence*, 7th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2013; TEPLY, Larry L. / WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure* 4th ed. New York: Foundation Press, 2009; WRIGHT, Charles Alan, *Law of Federal Courts*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 2011.

<sup>5</sup> Para un panorama general sobre las normas que regulan las cuestiones referidas a la defensa de los accionados y los acuerdos transaccionales en los procesos judiciales sobre la responsabilidad de los directores de sociedades en Estados Unidos pueden verse, entre otras, las siguientes fuentes: SEIGEL, “Corporate America Fights Back: The Battle Over Waiver of the Attorney-Client Privilege”, 49 *B. C. L. Rev.*, Vol. 49, 2008, 1 y ss.; SIMON, “Whom (or What) Does the Organization’s Lawyer Represent?: An Anatomy of Intraclient Conflict”, 91 *Calif. L. Rev.*, Vol. 91, 2003, 57 y ss.; VEASEY, “The Ethical and Professional Responsibilities of the Lawyer for the Corporation in Responding to Fraudulent Conduct by Corporate Officers or Agents”, *Tenn. L. Rev.*, Vol. 70, 2002, 1 y ss.; WELLS, “The Use of Arbitration in Director and Officer Indemnification Disputes”, *Ohio St. J. on DisResol.*, 13 Vol. 13, 1997, 199 y ss.; ZACHARIAS, “Who Owns Work Product?”, *U. Ill. L. Rev.*, Vol. año 2006, 127 y ss.; ZEINEDDINE, “Piercing the Corporate Attorney’s Veil: The Impact of the Sarbanes-Oxley Act on the Attorney-Client Privilege”, *T. M. Cooley L. Rev.*, Vol. 20, 2003, 131 y ss.; CRUMP, “The Attorney-Client Privilege and Other Ethical Issues in the Corporate Context where there is Widespread Fraud or Criminal Conduct”, *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 45, 2003, 171 y ss.; DORE, “Statutes of Limitation and Corporate Fiduciary Claims: A Search for Middle Ground on the Rules/Standards Continuum”, *Def. L. J.*, Vol. 48, 2000, 439 y ss.; DRAPKIN & ARBETTER, “Arbitration Pacts May Ease Employment Disputes”, *Nat’l L. J.*, May 15, 1995, B 14, col. 1.; GEGENHEIMER, “The Tenth Circuit Rejects Selective Waiver: Qwest Communications International, Inc. Securities Litigation”, *Denv. U.L. Rev.*, Vol. 84, 2007, 775 y ss.; HASSETT, “Contributors in Rule 10b-5 Cases: Musik, Peeler and Beyond”, *Insights*, Vol. 7, 1993, 22 (Sept. 1993); HIGLEY ET AL., “Confidentiality of Communications by In-House Counsel for Financial Institutions”, *N. C. Banking Inst.*, Vol. 6, 2002, 265 y ss.; KRESSEL, “Note, Contractual Waiver of Corporate Attorney-Client Privilege”, *Yale L.J.*, Vol. 116, 2006, 412 y ss.; MCNALLY, “Revitalizing Selective Waiver: Encouraging Voluntary Disclosure of Corporate Wrongdoing by Restricting Third Party Access to Disclosed Materials”, *Seton Hall L. Rev.*, Vol. 35, 2005, 823 y ss.; MONTELEONE & CONCA, “Directors



En este trabajo se sigue la sistemática de los autores norteamericanos citados, que es eminentemente práctica, en la que son muy escasas las consideraciones teóricas o abstractas, antes bien ellos se ciñen a normas concretas y fundamentadas en casos judiciales individuales. Asimismo a veces los autores no siguen la metodología de pensamiento ni desde luego la terminología utilizada por los juristas europeos o del sistema continental europeo.

Queda fuera del objeto del presente trabajo el estudio de la problemática de las acciones procesales de responsabilidad civil de directores de sociedades en Estados Unidos en general y en particular el régimen del contrato de seguro de responsabilidad civil de los directores de sociedades en Estados Unidos.

## DEFENSA SEPARADA O CONJUNTA

Los directores demandados pueden ocupar diversos cargos o funciones, tales como por ejemplo ser “inside directors”, “outside directors”, “independent directors”, etc., o ser ex directores. Asimismo la sociedad en muchos casos será codemandada. Por ello pueden surgir numerosos casos de conflictos de intereses o reclamos por conflictos de intereses. En tales casos la defensa puede ser separada o conjunta, en su caso sea mediante la dirección letrada o representación de un mismo estudio jurídico o varios. En algunos casos, los intereses simultáneos pero contrapuestos o adversariales de los codemandados entre sí no pueden ser defendidos por los mismos abogados<sup>6</sup> y en otros casos, tales como por ejemplo en los de fraude societario, los diversos codemandados no pueden elegir el mismo estudio jurídico en una acción derivada<sup>7</sup>, puesto que las confidencias hechas por un cliente pueden ser usadas en contra de otros clientes<sup>8</sup>. En numerosos casos la compañía de seguros debe aceptar la contratación de los abogados elegidos por la sociedad o por los directores demandados. En ocasiones, cuando la sociedad ha arribado a un acuerdo transaccional y ha recibido una única suma de dinero en

---

and Officers Indemnification and Liability Insurance, and Overview of Legal and Practical Issues”, *Bus. Law*, Vol. 51, 1996, 573; RUZENSKI, “Note, Balancing Fundamental Civil Liberties and the Need for Increased Homeland Security: The Attorney Client-Privilege after September 11<sup>th</sup>”, *St. John’s J. L. Comm.*, Vol. 19, 2005, 467 y ss.; SANBORN, “The Rise of “Shareholders Derivative Arbitration” in Public Corporations: In re Salomon, Inc. Shareholders’ Derivative Litigation”, *Wake Forest L. Rev.*, Vol. 31, 1996, 337 y ss.; SEEMAN, “Comment, Safeguarding the Attorney-Client Privilege in the Face of Federal Securities Regulations”, *DePaul Bus. & Comm. L. J.*, Vol. 4, 2006, 309 y ss.; MUNSON, “Note, Standing to Appeal: Should Objecting Shareholders Be Allowed to Appeal Acceptance of a Settlement?”, *Ind. L. Rev.*, Vol. 34, 2001, 455 y ss.; PRYOR & PRYOR, “Concurrent Mediation of Liability and Insurance Coverage Disputes”, *Conn. Ins. L. J.*, Vol. 4, 1997/1998, 485 y ss.; QUINN & LEVIN, “Director and Officer Liability Insurance: Probable Directions in Texas Law”, *Rev. of Litig.*, Vol. 20, 2001, 381 y ss.; RICHMOND, “The Attorney-Client Privilege and Associated Confidentiality Concerns in the Post-Enron Era”, *Penn St. L. Rev.*, Vol. 110, 2005, 381.

<sup>6</sup> Cfr., por ejemplo, *Schmidt v. Magnetic Head Corp.*, 101 A. D. 2d 268, 476 N.Y.S. 2d 151 (ADiv. 1984). En un caso se decidió que el abogado que defendió a la sociedad no puede subsiguientemente defender a un accionista de ella en un caso en que los intereses son adversariales respecto de otros accionistas: Cfr. *Morris v. Morris*, 306 A. D. 2d 449, 763 N.Y.S. 2d 622, 625 (ADiv. 2003).

<sup>7</sup> Cfr. *Lewis v. Shaffer Stores Co.*, 218 F. Su238 (S.D.N.Y. 1963) y *Messing v. FDI, Inc.*, 439 F. Su776 (D.N.J. 1977).

<sup>8</sup> Cfr. por ejemplo, *Schmidt v. Magnetic Head Corp.*, 101 A. D. 2d 268, 476 N.Y.S. 2d 151 (ADiv. 1984).

concepto de indemnización, ella usualmente intentará imponer el acuerdo a los directores codemandados sobre el fundamento de que ellos son solidaria e ilimitadamente responsables con la sociedad por el monto total<sup>9</sup>.

## EL CONCEPTO DE “DUTY-TO-DEFEND” Y DE “DUTY-TO-PAY”

En las sentencias judiciales que conforman *Common Law* no existe el deber del asegurador de defender al asegurado, sino que el mismo surge de las cláusulas del contrato de seguro, que se denominan “*duty-to-defend clauses*”. Estas cláusulas se diferencian de las “*duty-to-pay clauses*”, por las cuales se establecen pagos o reembolsos de erogaciones realizadas con motivo de las defensas judiciales de directores y en las que el asegurador no tiene obligación de seleccionar el abogado o estudio jurídico que lleva la defensa en el juicio<sup>10</sup>. En el caso de que el asegurado reclame al asegurador asumir su defensa o pagar los gastos de ella, el mismo tiene la carga de la prueba de demostrar que la defensa de la demanda de terceros está cubierta por el contrato de seguro<sup>11</sup>. Generalmente las dudas acerca de la cobertura aseguradora se resuelven en favor de la cobertura<sup>12</sup>.

Algunos Estados han establecido un criterio denominado “*comparative test*” o “*four corners of the complaint test*” para determinar si la defensa está cubierta o no, comparando las alegaciones del asegurado con el texto de la cláusula respectiva del contrato de seguro<sup>13</sup>, mientras que otros Estados analizan las alegaciones de las partes y los hechos conocidos por el asegurador al tiempo del reclamo del tercero a fin de determinar si la obligación de defender existe<sup>14</sup>. Pero si un reclamo no está cubierto, no existe deber de la aseguradora de defender al demandado o pagar los costos de la defensa<sup>15</sup> y en igual sentido se ha resuelto que el asegurador no puede ser requerido de pagar los costos de la defensa por demandas no cubiertas por la póliza<sup>16</sup>. No obstante debe destacarse que las pólizas del seguro no suelen contener un deber expreso de defender al asegurado, sino que están redactadas de modo genérico, subordinando la obligación de hacerlo a una aceptación escrita del asegurador. En California los mismos directores que ocupan cargos en otras sociedades no están cubiertos por la misma póliza, sino que son considerados como “no asegurados”<sup>17</sup>. Asimismo se ha dicho que una póliza que incluye el pago de

<sup>9</sup> Cfr., por ejemplo, *PepsiCo, Inc. v. Continental Casualty Corp.*, 640 F. Su656, 661 (S.D.N.Y. 1986).

<sup>10</sup> Cfr., por ejemplo, *First State Bank v. American Cas. Co.*, 1994 Minn. ALEXIS 448 (May 17, 1994) entre otros.

<sup>11</sup> Cfr. *Allstate Ins. Co. v. LaPore*, 762 F. Su268 (N.D. Cal. 1991), entre otros.

<sup>12</sup> Cfr. *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Vigilant Ins. Co.*, 919 F. 2d 235 (4<sup>th</sup> Cir. 1990). Es menester comparar este fallo con el de *Illinois en Outboard Marine Corp. Liberty Mut. Ins. Co.*, 570 N.E. 2d 1154, 1158 (Ill. A1991), *aff'd in relevant part, rev'd in part on other grounds and remanded*, 607 N. Ed. 2d 1204 (Ill. 1992).

<sup>13</sup> Cfr. *Peerless Ins. Co. v. Strother*, 765 F. Su866 (E.D.N.C. 1990), entre otros.

<sup>14</sup> Cfr. *Valley Improvement Ass'n, Inc. v. United States Fidelity & Guar. Corp.*, 129 F. 3d 1108 (10<sup>th</sup> Cir. 1997).

<sup>15</sup> Cfr. *Transamerica Ins. Servs. v. Kopko*, 570 N.E. 2d 1283 (Ind. 1991), entre otros.

<sup>16</sup> Cfr. *Trustees of MSU v. Continental Cas. Co.*, 730 F. Su1408, 1414 (W.D. Mich. 1990).

<sup>17</sup> Cfr. *Bowie v. Home Ins., Co.*, 923 F. 2d 705, 710 (9<sup>th</sup> Cir. 1991).

los costos de la defensa como parte de la “pérdida” del asegurado no contiene un “*duty-to-defend*” del mismo<sup>18</sup>.

Cuando existe un conflicto de intereses entre el asegurador y el asegurado con motivo de la defensa judicial, la Corte Suprema de Hawaii, entre otras cuestiones, ha requerido del asegurador que pague a un estudio jurídico independiente para la defensa del asegurado, conforme los términos de una “cláusula de reserva de derechos”, salvo que éste unilateralmente haya elegido y mantenido a otro estudio jurídico como su defensor<sup>19</sup>. Para resolver el problema de los conflictos de intereses entre asegurado y asegurador cuando ha sido incluida esa cláusula, los tribunales requieren que el asegurador designe a un “abogado independiente” para el asegurado, pagado por el primero. Este abogado así designado es conocido como el “*Cumis Counsel*” (por el nombre del caso en el que recayó la sentencia respectiva) en base a un fallo del cuarto Distrito<sup>20</sup>, pero se da la circunstancia de que en el fallo citado en la nota anterior el tribunal rechazó la “*Cumis Doctrine*”. Otros Estados han establecido como solución dos alternativas: asumir la defensa con la advertencia al asegurado de que el asegurador se reserva el derecho de cuestionar su responsabilidad o bien rechazar la defensa el asegurador. La primera alternativa es la correcta, según algunos tribunales<sup>21</sup>. Cuestión no resuelta pacíficamente todavía es cuál es la solución que corresponde cuando asegurador y asegurado tienen un conflicto de intereses y no se ponen de acuerdo en la elección del abogado: en ese caso algunos tribunales han afirmado que el asegurador se ve impedido o excluido de elegir el abogado por encima de la opinión del asegurado<sup>22</sup> y por ende el asegurado tiene el derecho absoluto de elegir el abogado y el asegurador debe pagar los gastos razonables de la defensa<sup>23</sup>.

## FINANCIACIÓN DE LA DEFENSA

Dado que muchas de las cláusulas del contrato de seguro pactan reembolsos de gastos o indemnidades, por lo general no existe una obligación de financiar la defensa a cargo de la aseguradora sino hasta que el caso concluye. Sin embargo, la gran mayoría de los aseguradores suelen adelantar pagos de costos de la defensa con ciertas restricciones contenidas en el contrato, (cláusulas “optativas”). En un caso en el que el asegurador adelantó más de un millón de dólares hasta que cesó de hacerlo el tribunal declaró que los adelantos eran requeridos<sup>24</sup>.

Existen algunos reclamos por ilícitos cometidos por los directores que quedan fuera de la cobertura del

<sup>18</sup> Cfr. *Valassis Communications, Inc. v. Aetna Cas. & Sur. Co.*, 97 F.3d 870 (6<sup>th</sup> Cir. 1996).

<sup>19</sup> Cfr. *Finley v. Home Ins. Co.*, 975 2d 1145, 1149, 1151-1152, 1153 (Haw. 1998).

<sup>20</sup> Cfr. *San Diego Federal Credit Union v. Cumis Ins. Society, Inc.*, 162 Cal. A3d 358 (4<sup>th</sup> Dist. 1984).

<sup>21</sup> Cfr. para el caso de Michigan, el caso *Central Michigan Bd. Of Trustees v. Employers Reinsurance Corp.*, 117 F. Su2d 627, 632 (Ed. D. Mich. 2000).

<sup>22</sup> Cfr. *San Diego Navy Fed. Credit Union v. Cumis Ins. Soc’y, Inc.*, 208 Cal. Rptr. 494 (Cal. Ct. A4<sup>th</sup> Dist. 1984).

<sup>23</sup> Cfr. *American Family Life Assurance Co. v. U.S. Fire Co.*, 885 F. 2d 826, 831 (11<sup>th</sup> Cir. 1989), entre otros.

seguro y por ende la aseguradora no está obligada a financiar esas defensas, que están englobadas como parte del rubro “pérdidas” (“loss”), término que suele estar definido en los contratos. En algunos de ellos se establece un porcentaje de este rubro que será adelantado y puede estar prevista una devolución de lo adelantado por una determinación ulterior de que el caso no estaba cubierto por la póliza<sup>25</sup>.

Asimismo puede pactarse entre los accionados y el asegurador, en el caso de que la compañía aseguradora no sea requerida a adelantar fondos, un acuerdo que regulará la financiación de la defensa en un período intermedio entre el acaecimiento del siniestro y la terminación del caso judicial, en el cual usualmente estarán reguladas las siguientes cuestiones, partiendo de la base de la buena fe, a saber: reclamos cubiertos; reservas de derechos por ambas partes; asignación de costos procesales tanto en casos de un estudio de abogados conjunto o separado para cada demandado; retenciones producto de autoseguro; costos causídicos de demandados no asegurados; pagos de coseguros; identificación de abogados y sus auxiliares y de las tarifas de facturación; especificación de desembolsos o pagos y su documentación respectiva; formas, contenido y plazos de la facturación y de los pagos facturados; informes de lo actuado al asegurador; procedimientos para obtener el consentimiento del asegurador respecto de costos relacionados con la prueba, pagos de servicios a consultores o expertos, usos de servicios tercerizados y toda otra cuestión relacionada con el control de los costos; cooperación entre abogados actuantes y con otros “*monitoring counsels*”; formas de terminación de este contrato de financiación para este período intermedio y, finalmente, mecanismos para resolver disputas sobre facturación y pagos<sup>26</sup>.

## FACTURACIÓN Y PAGOS AL ABOGADO DEFENSOR

El detalle pormenorizado de los gastos facturados por el abogado defensor es esencial para que el asegurador pueda valorar la razonabilidad de tales facturas que le son sometidas y también para asegurar la eficiencia y eficacia de la defensa. La jurisprudencia ha establecido que una facturación razonable de horas de trabajo asegurará un razonable honorario<sup>27</sup>. Los honorarios deben ser “razonables y necesarios”<sup>28</sup>. En algunos

<sup>24</sup> Cfr. *Okada v. MGIC Indem. Corp.*, 608 F. Su383 (D. Haw. 1985), *aff'd in part, rev'd in part*, 795 F. 2d 1450 (9<sup>th</sup> Cir. 1986), *amended*, 823 F. 2d 276 (9<sup>th</sup> Cir. 1986).

<sup>25</sup> Autores como KNEPPER, William E. / Dan A. BAILEY (contributing authors Katharine B. BOWMAN, R. Stacy LANE & Robert L. EBLIN), *Liability of Corporate Officers and Directors*, Seventh Edition, Lexis Nexis, (USA), 2008, Dos Volúmenes; en esta cita Cfr. Vol. II, 19-10.1., aluden a cláusulas contractuales utilizadas por empresas como Zurich, en los Estados Unidos. En adelante esta obra será citada como KNEPPER y la indicación del Volúmen, seguida del número del capítulo y número del párrafo correspondiente dentro del capítulo.

<sup>26</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-11.

<sup>27</sup> Cfr., por ejemplo, *Blum v. Stenson*, 465 U.S. 886, 897, 104 S. Ct. 1541, 79 L. Ed. 2d 891, 901 (1984), de la Corte Suprema federal. En el caso *Hamilton Mut. Ins. Co. v. Perry*, 124 Ohio A3d 147, 151, 705 N.Ed. 2d 731 (1997) se estableció una razonable

casos los tribunales han incluido un número razonable de horas dedicadas por los abogados al asunto, excluyendo todo tiempo excesivo, duplicativo o inadecuadamente documentado<sup>29</sup>.

Las compañías de seguros suelen establecer guías generales de comportamiento respecto de los abogados y especialmente focalizan en la vaguedad de la facturación, los presupuestos por tareas y por tiempos presentados por el abogado, la limitación a la facturación por horas trabajadas exclusivamente, la identificación del prestador de la defensa y el total de horas trabajadas en el asunto, la asignación de honorarios a un solo abogado por tarea concreta, autorización previa de facturación de tareas, el repaso de la tarea realizada por un abogado realizado por otro abogado, la duplicación de tareas, los costos internos del estudio jurídico incluidos en la facturación, la información sobre los planes de defensa conforme los plazos previstos o previsibles, etc.<sup>30</sup>.

En algunas cuestiones la intervención de auditores externos ha creado problemas de ética profesional<sup>31</sup> y sobre el tema algunos tribunales se han pronunciado en el sentido de que sólo es cliente del abogado el asegurado, no la compañía de seguros<sup>32</sup>. En la práctica los abogados suelen bosquejar su plan de defensa y una estimación tentativa del manejo del caso, incluyendo las horas dedicadas a la prueba, ya que un descontrol en la prueba puede conspirar en relación al control de gastos<sup>33</sup>.

## COOPERACIÓN DEL ABOGADO

Algunos de los objetivos que tiene la cooperación entre los abogados de la defensa es evitar el dispendio inútil de gastos, como puede ser la duplicación de servicios forenses, para lo cual debe existir un mínimo de

---

determinación de honorarios basados en dos pasos: la declaración de la necesidad y pertinencia de los honorarios y la aplicación de normas positivas sobre honorarios.

<sup>28</sup> Para estos estándares puede consultarse, entre otros: *In re Continental Illinois Sec. Litig.*, 572 F. Supp. 931 (N.D. Ill. 1983).

<sup>29</sup> Cfr., por ejemplo, *Jackson v. Capital Bank & Trust Co.*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 3899, \*34 (E.D. La Mar. 30, 1994), en el que no fueron admitidos diversos rubros facturados, como tiempo de conferencias a menos que hubieran sido adecuadamente descriptas; tiempos de conferencias duplicados; tiempos de trabajo facturados por varios abogados atendiendo la misma tarea; costos del personal subalterno que hubieran sido parte de los costos ordinarios del estudio; reducción a la mitad de los costos de viáticos por ser excesivos; tarifas por horas trabajadas no acordes con las condiciones locales del mercado de trabajo de los abogados (en Baton Rouge, Louisiana: las tarifas aprobadas fueron de 225, 175 y 115 dólares la hora). En algún caso se estableció que el honorario razonable es el que pagaría un razonable cliente que deseara pagar el mínimo honorario necesario para atender eficazmente el caso: Cfr. *Indrotronix Int'l Corp. v. Twin City Fire Ins. Co.* no. 06 Civ. 2688 (CLB) (S.D.N.Y. April 30, 2007).

<sup>30</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-14/14.1. Como un ejemplo de estas guías de comportamiento puede consultarse LOSS PREVENTION JOURNAL, *Insurer's Requests That You Submit Your Bills to an Auditor and Other "Billing Guidelines": What Are Your Ethical Obligations?*, Volumen 10, January, 1999, p. 1.

<sup>31</sup> Cfr. los descritos en RICHMOND, Douglas R. (1997), "The Business and Ethics of Liability Insurer's Efforts to Manage Legal Care", *U. Mem. L. Rev.*, Vol. 28, 57 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. *In re Ugrin, Alexander, Zadick & Higgins, P.C.* 2000 Mont. LEXIS 104 at \*26, 34-36, 37, 56-57 (Apr. 28, 2000). En el caso se ventiló la aplicación del *Montana Rules of Professional Conduct*.

<sup>33</sup> Por ejemplo un tribunal sostuvo que 312 horas de un abogado y un auxiliar jurídico para preparar un memorándum de 20 páginas fue un "ineficiente y excesivo uso de la fuerza laboral". Cfr. *Corcoran v. International Bus. Mach. Corp.*, 15 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 925 (4<sup>th</sup> Cir.) *aff'd in part and remanded*, 896 F.2d 545 (4<sup>th</sup> Cir. 1990).

coordinación entre los abogados para que la defensa sea eficiente. Muchas pólizas de seguros establecen la debida cooperación del asegurado con el asegurador (mediante “*cooperation clauses*” en los contratos de seguro), y la cooperación entre los abogados de los codemandados, especialmente en la selección y producción de la prueba de expertos o peritos<sup>34</sup>.

## COMUNICACIONES CONFIDENCIALES ENTRE ASEGURADO Y ASEGURADOR

Las comunicaciones entre el asegurador y el asegurado en lo que se refiere a la defensa en juicio se encuentran amparadas por el secreto de la confidencialidad de la relación cliente-abogado (“*Attorney-Client Privilege*”)<sup>35</sup>. Este privilegio no se ve violado por la existencia de comunicaciones o intercambio de documentos e información entre partes entre las cuales exista un interés común, lo que se denomina “*Common Interest Doctrine*”<sup>36</sup>. Han existido casos en los que se ha interpretado con más o menos estrictez o amplitud el secreto de las comunicaciones entre asegurado y asegurador, lo que ha sido materia de debate<sup>37</sup>.

Se ha decidido que si surgiera un conflicto entre asegurado y asegurador basado en una discusión sobre los términos de la póliza de seguros la regla sobre comunicaciones amparadas por el privilegio de la confidencialidad usualmente no será aplicable<sup>38</sup>. En algunas oportunidades ese conflicto ha tenido por objeto el examen por la otra parte contendiente de la facturación de los abogados, libros contables, declaraciones y registraciones del tiempo de trabajo insumido por los abogados que llevan el caso<sup>39</sup> y sobre ello los tribunales han establecido estándares complejos sobre la revelación de la información respectiva entre las partes<sup>40</sup>. Otros fallos han analizado el privilegio de confidencialidad entre las partes en relación con las cláusulas contractuales de las

<sup>34</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-17. En un caso se trató la obligatoriedad o no de la revelación del contrato de seguro de responsabilidad de los directores a un accionante y las consecuencias de su omisión: Cfr. *Crowe v. Smith*, 151 F.3d 217, 221 (5th Cir. 1998), cert. denied, 526 U.S. 1158 (1990).

<sup>35</sup> Cfr., entre otros, *People v. Ryan*, 30 Ill. 2d 456, 460, 197 N.E. 2d 15 (1964) y *Zagone v. Bosques*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 4816 (N.D. Ill. March 25, 2003). Esta doctrina ya está presente desde 1936: Cfr. *In re Klemann*, 132 Ohio St. 187, 194, 5 N.E. 2d 492 (1936). Sobre las cuestiones éticas que plantea la defensa en juicio puede verse, entre otros: CRUMP (2003), “The Attorney-Client Privilege and Other Ethical Issues in the Corporate Context where there is Widespread Fraud or Criminal Conduct”, *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 45, p171 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. *Gottlieb v. Wiles*, 143 F.R.D. 241, 250 (D. Colo. 1992) y el caso *In re Santa Fe Int’l Corp.*, 272 F.3d 705 (5th Cir. 2001). Esta doctrina se aplica principalmente a las comunicaciones entre partes codemandadas.

<sup>37</sup> Cfr. *Linde, Thomson, Langworthy, Kohn & Van Dyke P.C. v. Resolution Trust Corp.*, 5 F.3d 1508 (D.C. Cir. 1993). En este caso fueron tratadas algunas cuestiones de la llamada “*Work Product Doctrine*”, sobre esta materia de la confidencialidad.

<sup>38</sup> Cfr. *Simpson v. Motorist Mut. Ins. Co.*, 494 F.2d 850, 855 (7th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 901, 95 S.Ct. 184, 42 L.Ed. 2d 147 (1974).

<sup>39</sup> Cfr. *Clarke v. American Commence Nat’l Bank*, 974 F.2d 127, 129 (9th Cir. 1992) y *Brennan v. Western Nat’l Mut. Ins. Co.*, 199 F.R.D. 660 (D.S.D. 2001).

<sup>40</sup> Cfr. *Fidelity & Deposit Company v. Mc.Culloch*, 168 F.R.D. 516 (E.D. Pa. 1996).

pólizas de seguro en orden a la revelación de documentación o información<sup>41</sup>.

## LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN COMÚN

Respecto de la producción de prueba en común de acuerdo a las cláusulas del contrato de seguro existen fallos que regulan la denominada “*Work Product Doctrine*”<sup>42</sup>. Al respecto los tribunales han adoptado diversas posturas sobre el carácter adversarial o no (carácter que puede mutar a lo largo del proceso que involucra a los codemandados) que califica a la relación entre asegurado y asegurador y tiene consecuencias sobre la carga de la prueba a producirse conforme esa calificación<sup>43</sup>.

## LA JOINT DEFENSE PRIVILEGE

Respecto de la doctrina llamada “*Joint Defense Privilege*” cabe decir que ella permite el asesoramiento jurídico de clientes enfrentados a un oponente procesal común, a fin de preparar adecuadamente una defensa que no constituya una violación o renuncia al privilegio protector del intercambio de comunicaciones y documentos emanados de los abogados y el cliente, o la producción de prueba común que hemos analizado precedentemente en todas las instancias del proceso<sup>44</sup>. Se ha decidido que las partes involucradas no necesitan ser aliadas en todos los aspectos, bastando que tengan intereses en común<sup>45</sup>.

Este privilegio, nacido en sede criminal, se aplica tanto en acciones criminales como acciones civiles en lo referente a temas comunes en el proceso, sean las partes accionantes o demandadas. El mismo no puede ser obviado sin el consentimiento de las partes que lo comparten<sup>46</sup> pero no constituye un privilegio en sí mismo sino que es una limitada excepción a la regla según la cual la privilegiada relación entre el abogado y su cliente no se ve violada cuando una comunicación entre ellos es revelada a un tercero ajeno a esa relación<sup>47</sup>.

Algunos autores han abundado en los fundamentos de la “*Joint Defense Doctrine*”, encontrándolos en el

<sup>41</sup> Cfr. las complejas consideraciones vertidas en los siguientes casos, entre otros: *First Fidelity Bancorv. National Union Fire Ins. Co.*, 1992 U.S. Dist. LEXIS 3087 (E.D. Pa. Mar. 13, 1992) y *Westinghouse Elec. Corv. Republic of the Philippines*, 951 F. 2d 1414 (3d Cir. 1991).

<sup>42</sup> Cfr., entre otros, *Waste Mgmt., Inc. v. International Surplus Lines Ins. Co.*, 144 Ill. 2d 178, 161 Ill. Dec. 774, 579 N.E. 2d 322, at 330 (1991) y *Great Am. Ins. Co. v. Christopher*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 10076 (N.D. Tex. June 13, 2003).

<sup>43</sup> Puede verse, por ejemplo, entre otros, *Hartford Fin. Servs. Group, Inc. v. Lake Cty. Park & Recreation Bd.*, 717 N.E. 2d 1232 (Ind. Ct. A1999) y *Siddall v. Allstate Ins. Co.* 15 Fed. Appx. 522, 2001 U.S. ALEXIS 17240 (9th Cir. Aug. 1, 2001).

<sup>44</sup> Cfr., entre otros, *National Union Fire Ins. Co. v. Continental Ill. Corp.*, 1987 U.S. Dist. LEXIS 9765 (N.D. Ill. Oct. 27, 1987). En este caso se citó el relevante fallo *Western Fuels Ass’n v. Burlington Northern R.R.*, 102 F.R.D. 201 (D. Wyo. 1984).

<sup>45</sup> Cfr. *In re LTV Sec. Litig.*, 89 F.R.D. 595, 604-05 (N.D. Tex. 1981) y *National Union Fire Ins. Co. v. Continental Ill. Corp.*, 110 F.R.D. 608, 611 (N.D. Ill. 1986).

<sup>46</sup> Cfr., por ejemplo, *In re Grand Jury Subpoenas*, 89-3 and 89-4, 902 F. 2d 244 (4th Cir. 1990).

interés común entre asegurado y asegurador en el comienzo del litigio y en la invocación del “deber de defender” del contrato de seguro de responsabilidad, según el cual el asegurador ha seleccionado el abogado defensor<sup>48</sup>. Estos autores afirman la inexistencia de razones válidas para no aplicar este principio propio del derecho de seguros a los contratos de seguro de responsabilidad civil de los directores de sociedades<sup>49</sup>.

## “INTERNAL INVESTIGATIONS”

Durante muchos años las empresas y los directorios han utilizado las denominadas “Investigaciones internas” (*Internal Investigations*) como instrumento para enfrentar conductas fraudulentas o erróneas, ya sean potenciales o bien que estén claramente identificadas, dentro de la empresa. Típicamente estas investigaciones son llevadas a cabo por asesores externos o con un asesoramiento externo, de quienes se espera una asistencia solvente e independiente, tanto sobre cómo llevar a cabo la pesquisa o sobre cómo arribar a un resultado satisfactorio frente al problema. En la era “post Enron” y como consecuencia de este y de otros escándalos empresariales el número de estas investigaciones internas se ha visto incrementado significativamente en los últimos años, habiéndose prestado una mayor atención a las alegaciones de los “*Whistleblowers*” (denunciantes) y otras señales externas de alarma (“*Red Flags*”).

En este contexto los directores personalmente se debaten entre la averiguación de la verdad, la defensa de los intereses de la empresa a la que sirven, la conservación de su lugar de trabajo y la posible violación de sus deberes fiduciarios, especialmente del deber de cuidado. Así, los auditores externos están requiriendo más información y documentación como parte de los procesos de una diligente auditoría como consecuencia de la nueva ley *Sarbanes-Oxley*, las nuevas regulaciones sobre la intervención de los directores en la aprobación de los documentos contables, el procesamiento judicial de auditores externos y la elevación de los estándares éticos de estos profesionales.

Tradicionalmente los resultados de una investigación interna no podían ser usados como medios de prueba por accionantes en juicio si la misma era conducida por auditores externos. El privilegio de la relación cliente-abogado en lo atinente a la confidencialidad protege las comunicaciones entre ambos, incluyendo las comunicaciones llevadas a cabo en tal investigación. Sin embargo, el privilegio entre el abogado y su cliente típicamente no es invocable o reclamable si la información privilegiada es comunicada a un tercero que no es cliente del abogado. Recientemente los tribunales han comenzado a admitir los reclamos de accionantes en orden

<sup>47</sup> Cfr. *Aiken v. Texas Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 151 F.R.D. 621 (E.D. Tex. 1993).

<sup>48</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-26.

<sup>49</sup> *Ibidem*.



a tener acceso a las conclusiones de la investigación interna y han alegado con éxito que la relación cliente-abogado no es aplicable respecto de la investigación, principalmente en dos campos: la revelación de información al directorio y la revelación de información a auditores externos<sup>50</sup>.

Respecto de la información revelada al directorio en un sorprendente caso la *Chancery Court* del Estado de Delaware<sup>51</sup> opinó que, luego de la revelación de la información conclusiva de una investigación interna llevada a cabo por un comité de investigación del Directorio a la totalidad de los miembros del mismo, ese comité relevó del privilegio abogado-cliente, que de otra forma hubiera protegido la investigación respecto de terceros como los accionantes. Conforme la sentencia, esa revelación de información a todo el Directorio no sólo implicó el relevamiento de la confidencialidad respecto del informe final de la investigación, sino también respecto de todas las comunicaciones entre el abogado asesor de la investigación, porque algunos miembros del *Board* estaban demandados en juicio y por ende podían considerarse como terceros con intereses adversariales respecto del comité especial del Directorio.

Respecto de la información revelada a los auditores algunos autores han puesto de manifiesto que los tribunales tradicionalmente y por muchos años han legislado que los auditores externos son independientes de la sociedad auditada y por ende deben ser tratados como terceros no afiliados a la misma en orden a la relación abogado-cliente, en la que se verifica la existencia de información privilegiada protegida por el secreto profesional. Pero, como consecuencia de la revelación de esta información privilegiada a los auditores externos, ello torna inaplicable o releva del privilegio. No obstante, en la práctica esto no suele crear problemas en muchos casos porque los auditores externos frecuentemente limitarán su requerimiento de información a documentos no amparados por el secreto profesional. Sin embargo, en los últimos años, la combinación de una ampliación de los campos de investigación, una mayor profundidad de investigación interna y un incremento en la cantidad de información demandada por los auditores externos ha creado un entorno problemático para las sociedades y los directores. Así, en algunos casos recientes las partes contendientes han requerido información probatoria del auditor externo de su oponente que había sido obtenida en la relación privilegiada de abogado-cliente<sup>52</sup>.

Al respecto estos autores<sup>53</sup> han hecho una triple consideración: en primer lugar la necesidad de actuar con prudencia al realizar las tareas de auditoría externa. En segundo lugar, si la investigación interna puede constituir virtualmente una obtención de prueba anticipada para un ulterior proceso judicial, la “*Work Product Doctrine*” puede proteger los resultados de la investigación respecto de terceros. De modo diverso a lo que ocurre en la relación abogado-cliente, en el campo de esa doctrina la información sólo puede ser revelada cuando lo ha

<sup>50</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-27/19-29.

<sup>51</sup> Cfr. *Ryan v. Gifford*, 2007 Del. Ch. LEXIS 168 (Del. Ch. Nov. 30, 2007).

<sup>52</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-28/29.

sido frente a adversarios de la sociedad. En tercer lugar, si algunos de los miembros del Directorio son potenciales implicados en la investigación interna, el Directorio debe delegar en un comité especial que lleve a cabo la investigación con plena autoridad e independencia de esos directores. Esto plantea numerosos interrogantes que habrá que analizar monográficamente en el futuro, especialmente teniendo en cuenta los principios de la ética profesional del auditor, del director y del bien común relacionado con la actividad empresarial.

### “SETTLEMENTS” (ACUERDOS TRANSACCIONALES)

En este párrafo haré referencia a los acuerdos transaccionales<sup>54</sup> a los que las partes pueden arribar respecto de la responsabilidad de los directores de sociedades en Estados Unidos. Es menester tener en cuenta que el término “*Settlement*” designa no sólo al acuerdo transaccional en sí, sino también a la suma pagada en tal concepto y al acto de realizar la transacción, y que en muchos casos ni la jurisprudencia ni la doctrina discriminan si se refieren a ellos en sede judicial o en sede extrajudicial<sup>55</sup>.

### Limitación de los costos de la defensa de los directores

Los litigios sobre responsabilidad de directores de sociedades en Estados Unidos son onerosos. Las pólizas de seguro cubren los daños y los costos de las defensas de los directores y *officers* de las sociedades. Estos últimos son significativos y pueden llegar a alcanzar en algunos casos casi la mitad del total del siniestro<sup>56</sup>. La tendencia de las aseguradoras es controlar los costos mediante arreglos o transacciones eficaces que los minimicen y permitan soluciones rápidas al siniestro. Los acuerdos transaccionales logran esos objetivos, por ejemplo, mediante la disminución o eliminación de costosos medios de prueba o la voluntaria exclusión de partes contendientes de cuya intervención puede prescindirse. A poco que las partes se familiaricen preliminarmente con los hechos y evalúen las potenciales responsabilidades que puedan caer a los directores los acuerdos transaccionales serán beneficiosos, especialmente si el tribunal adopta una actitud activa frente al problema. Ordinariamente es deseable arribar a un “*Global Settlement*” que ponga fin a todas las cuestiones disputadas, o

<sup>53</sup> KNEPPER (2008) Vol. II, 19-29.

<sup>54</sup> Sobre el concepto de “*Settlement*”, para el derecho inglés puede verse el vocablo “*Settlement of action*”, *Oxford Dictionary of Law*, Seventh Ed., Edited by Jonathan Law and Elizabeth A. Martin, Oxford University Press, Oxford, 2009, 507 y, para el derecho estadounidense, la voz “*Settlement*” del AAVV. *Black’s Law Dictionary*, Sixth Ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, 1372-1373 y sus referencias

<sup>55</sup> Sobre el tema puede verse, entre otros: CRONIN, Arris., “Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR”, *Alb. L. Rev.*, Vol. 59, 1996, 847 y ss.

<sup>56</sup> Cfr., por ejemplo, *AUSA Life Ins. Co. v. Ernst & Young* 991 F. Su234, 240 (S.D.N.Y. 1997).

bien lograr acuerdos parciales en el tiempo o en el objeto del arreglo, particularmente si se trata de acciones colectivas, si alguna de las partes no está asegurada o la póliza no cubre todos los daños<sup>57</sup>.

### Contribución al daño por parte de los codemandados y otros terceros

En ciertos casos de daños el derecho aplicable en Estados Unidos –normas estatales o federales según sea el caso- establece diversas formas de contribución a la reparación del daño por parte de algunos codemandados, que se detallan a continuación, a saber:

En primer lugar, conforme la a veces denominada “*pro tanto approach*”, el demandado que haya pagado más de la proporción del daño efectivamente causado por su parte, tanto en virtud de una sentencia como en un arreglo extrajudicial, tiene derecho a recuperar proporcionalmente de otros demandados co-causantes del daño y que hubieran pagado menos que el daño que efectivamente hayan causado. Esta recuperación depende tanto de la jurisdicción del tribunal como del derecho aplicable al reclamo (estatal o federal). En casos de derecho estatal habrá que estar a lo estipulado por cada Estado conforme las sentencias aplicables o el derecho estatutario respectivo. En estos casos lo pagado a un accionante extingue el reclamo del mismo respecto de este demandado que haya participado en un arreglo extrajudicial y concomitantemente el reclamo del accionante contra el demandado que no haya participado en un arreglo es reducido en una suma igual a la pagada<sup>58</sup>.

En segundo lugar, otra forma de contribución al resarcimiento por parte de los demandados es la “*Proportionate Fault approach*”, conforme la cual la suma pagada extingue el reclamo del actor contra el demandado que intervino en el arreglo pero también disminuye el reclamo del actor contra los demandados que no han intervenido en el mismo, en la proporción de la “falta proporcional” del demandado que intervino en el arreglo. El tribunal o jurado determina en la práctica los respectivos porcentajes de culpabilidad adjudicable a los demandados que intervinieron en el arreglo o que no intervinieron en él, cada uno como un grupo separado<sup>59</sup>. La elección, pues, del derecho aplicable, dependerá de si los accionantes que intervinieron en el arreglo o de los demandados que no lo hicieron pueden correr el riesgo de un mal arreglo<sup>60</sup>. Este régimen ha sido aplicado a casos de responsabilidad de directores de sociedades<sup>61</sup>.

Sobre esto último y en el campo del derecho federal, el criterio de la “*Proportionate Fault approach*”

<sup>57</sup> Cfr. sobre esto KNEPPER (2008) Vol. II, 19-29/30.

<sup>58</sup> Cfr., entre otros, *Neuberger v. Shapiro*, 110 F. Su2d 373 (E.D. Pa. 2000) y *In re Nucorp Energy Sec. Litig.*, 661 F. Su1403, 1408 (S.D. Cal. 1987).

<sup>59</sup> Cfr., por ejemplo, *Franklin v. Kaypro Corp.*, 884 F. 2d 1222, 1224 (9th Cir. 1989), *cert. denied*, *Franklin v. Peat Marwick Main & Co.*, 498 U.S. 890, 111 S. Ct. 232, 112 L. Ed. 2d 192 (1990).

<sup>60</sup> Cfr. *Nelson v. Bennett*, 662 F. Su1324, 1329 n. 24 (E.D. Cal. 1987).

<sup>61</sup> Cfr. *Federal Sav. & Loan Ins. CorV. Butler*, 904 F. 2d 505 (9th Cir. 1990).

encuentra su aplicación en el derecho federal sobre “Securities” o en el derecho ambiental. Para la primera es aplicable la *Section 11* de la *Securities Act*, que, luego de la reforma introducida por la *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 estableció la responsabilidad proporcional de los causantes culposos por los respectivos daños causados de modo proporcional en materia de *Securities*, que anteriormente era una *Joint and Severe Liability*<sup>62</sup>, la que se conserva para casos dolosos o fraudulentos, salvo en caso de que la “falta proporcional” supere el diez por ciento del total del daño o en caso de quiebra, en los que existe una contribución de otros demandados<sup>63</sup>. En algunos casos el tribunal ha establecido que cuando un demandado en un caso con partes múltiples llega a un acuerdo con el actor, ese demandado no puede obtener una liberación final de la obligación a menos que el tribunal haya emitido una “*Bar Order*”, esto es, una orden que constituye una liberación final de todas las responsabilidades del demandado que negoció un arreglo y que impide o prohíbe todo litigio ulterior de reclamos realizados por demandados no incluidos en el arreglo contra demandados incluidos en el mismo<sup>64</sup>.

Respecto del derecho ambiental también se legisla la contribución proporcional en caso de que el tribunal así lo disponga conforme la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA)<sup>65</sup>, habiéndose rechazado la *Joint and Severe Liability* cuando puede ser determinada la responsabilidad proporcional de cada parte<sup>66</sup> o bien, aplicando *Common Law* de origen federal, cuando es más razonable ese criterio<sup>67</sup>. Aunque dentro del derecho de navegación, cabe citar que esta regla de proporcionalidad también fue aplicada a daños por la Corte Suprema de Justicia federal en un caso de 1994<sup>68</sup>.

### “Non-Recourse Settlements”

Este tipo de arreglos transaccionales estipulan que lo debido de pagar a título de indemnización

<sup>62</sup> La *Joint and Severe Liability* es aquella en la que el acreedor puede reclamar el pago de la obligación o demandar su cumplimiento al deudor o deudores en forma separada o a todos ellos conjuntamente a su elección. Cfr. BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn: West Publishing, 1990, 837. Sobre la misma puede verse, entre otros, SCHMIT, Joan T., “Historical Development and Use of Joint and Several Liability”, *CPCUJ*, Vol. 42, 1989, 144 y ss., especialmente 149-50. Aunque referida a responsabilidades medioambientales, por analogía las consideraciones vertidas sobre la justicia en la distribución de responsabilidades son aplicables a nuestro caso: Cfr. DUBUC, Carroll E. & EVANS William D. Jr., “Recent Developments Under CERCLA: Toward a More Equitable Distribution of Liability”, *Envtl. L. Rep.*, Vol. 17, n. 10, 1987, 197-200.

<sup>63</sup> Sobre esto puede verse la opinión de KNEPPER, Vol. II, 19-31/32.

<sup>64</sup> Para una discusión sobre los parámetros para una aceptable “*Bar Order*” respecto del derecho federal de *Securities* véase *In re Rite Aid Corp., Sec. Litig.* 146 F. Su2d 706 (E.D. Pa. 2001).

<sup>65</sup> Cfr. 42 U.S.C. §9613(f).

<sup>66</sup> Cfr. *In re Bell Petroleum Serv., Inc.* 3 F. 3d 889 (5th Cir. 1993). Puede verse en igual sentido *United States v. Rohm & Haas Co.*, 939 F. Su1142, 1155 (D.N.J. 1996), entre otros.

<sup>67</sup> En el caso *Franklin v. Kaypro Corp.*, 884 F. 2d 1222, 1231 (9th Cir. 1989) el tribunal dijo que la regla de la proporcionalidad satisface tres objetivos: el fin estatutario de castigar a cada sujeto causante del daño, el objetivo de limitar la responsabilidad al daño respectivamente causado y la política legislativa de promover el acuerdo transaccional.

<sup>68</sup> Cfr. *McDermott, Inc. v. AmClyde & River Don Castings, Ltd* 511 U.S. 202, 114 S. Ct. 1461, 128 L. Ed. 2d 148 (1994).

conforme lo convenido en la póliza de seguro sólo será a cargo de la aseguradora y nada será a cargo del causante del daño. En muchos casos la aseguradora argumenta que ha existido colusión o fraude entre el reclamante del daño y el asegurado causante del mismo, y que en ese caso el asegurado “no está obligado a pagar lo convenido” en el arreglo transaccional. Sobre el punto la jurisprudencia está dividida: algunos fallos afirman que, en caso de colusión o fraude entre las partes contendientes el arreglo no le es oponible a la aseguradora<sup>69</sup> y otros fallos afirman lo contrario, con fundamento en que este tipo de acuerdos transaccionales limitan su ejecución a activos determinados y no son contrarios al orden público<sup>70</sup>.

El reclamante del daño tiene la carga de la prueba de la razonabilidad de este tipo de arreglos<sup>71</sup> y habrá de valorarse para esa razonabilidad “lo que una razonable prudente persona en la posición del demandado hubiera arreglado de acuerdo al mérito del reclamo del actor”<sup>72</sup>.

### “Paper Settlements”

Un “*Paper Settlement*” es un arreglo transaccional que típicamente consiste en la emisión de *Securities* de la sociedad titular a favor de los miembros de la clase accionante en un daño acompañada de un acuerdo de pago en efectivo de una suma especificada a fin de solventar los gastos y honorarios del abogado de los accionantes y los costos del arreglo. Estos arreglos son usualmente empleados cuando el demandado tiene una crisis de liquidez o de insolvencia temporaria, o cuando los límites de la póliza de seguros son pequeños o cuando la aseguradora se niega a realizar una importante contribución al monto acordado en el arreglo. Los títulos de deuda a distribuir pueden ser de diversos tipos, pueden ser aplicables las normas sobre *Securities* y ser obligatorio su registración<sup>73</sup>. Se ha discutido sobre si este arreglo constituye una “pérdida” conforme los términos de las pólizas de seguros<sup>74</sup>.

### “Claims Made Settlements”

En un típico caso de una acción colectiva por fraude con *Securities* este tipo de arreglos transaccionales

<sup>69</sup> Cfr., por todos, *Jones v. Southern Marine & Aviation Underwriters*, 888 F. 2d 358 (5th Cir. 1989).

<sup>70</sup> Cfr., por todos, *United Servs. Auto. Ass’n v. Morris*, 154 Ariz. 113, 741 2d 246 (Ari. 1987). Para los fundamentos de esta postura pueden verse, entre otros fallos: *FDIC v. Gordiner*, 783 F. Su1186 (D. Minn.), *rev’d on other grounds*, *FDIC v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 993 F. 2d 155 (8th Cir. 1993); *Bishop v. Crowther*, 428 N.E. 2d 1021 (Ill. A1981) y *Miller v. Shugart*, 316 N.W. 2d 729 (Minn. 1982).

<sup>71</sup> Cfr. *United Servs. Auto. Ass’n v. Morris*, 154 Ariz. 741 2d 246 (Ari. 1987).

<sup>72</sup> Cfr. *Thornton v. Paul*, 384 N. Ed. 2d 335, 340 (Ill. 1978).

<sup>73</sup> Cfr. para este tema KNEPPER (2008) Vol. II, 19-33/34.

consiste en la creación de un fondo de dinero destinado al pago de la indemnización a favor de los accionantes y a favor de los auditores jurídicos que es distribuido en forma individual a los accionantes que acrediten haber realizado el reclamo correspondiente luego de haberseles notificado a toda la clase de accionantes del arreglo negociado<sup>75</sup>. La distribución del resarcimiento se hace en base a una cuota de participación de cada damnificado que se calcula aritméticamente, con las deducciones del caso por gastos causídicos, lo que ha sido objeto de reconocimiento y apoyo por parte de los tribunales<sup>76</sup>.

## Cuestiones federales de los Settlements

La Section 1738 de la (norma federal) *Full Faith and Credit Act*, codificada en el Capítulo 29 del *United States Code* establece que los tribunales federales deben tratar una sentencia local o estatal con el mismo respeto que recibiría otra sentencia del mismo Estado local. En el caso *Matsushita Electric Industrial Company v. Epstein*<sup>77</sup> la Corte Suprema federal legisló en 1996 que un tribunal federal debe conceder a una sentencia de un tribunal estatal o local plena fe ("*full faith and credit*") incluso a pesar de que el tribunal local hubiera aprobado una transacción en una acción colectiva ejerciendo una jurisdicción exclusiva de los tribunales federales. En este caso la Corte federal interpretó la citada norma de la *Full Faith and Credit Act* y las normas de jurisdicción federal de la *Securities Exchange Act* de 1934. La revocación de la sentencia en 1996 originó una nueva sentencia en 1999<sup>78</sup> y otra en 2000<sup>79</sup> cuyo recurso ante la Corte federal fue rechazado en el 2002<sup>80</sup>, dando por finalizada una batalla legal que duró doce años.

## Apreciaciones de la doctrina acerca de cuestiones de justicia de los Settlements

La doctrina norteamericana ha planteado numerosas cuestiones éticas que surgen de los términos de los distintos *Settlements* a los que arriban las partes interesadas, principalmente no partiendo directamente de

<sup>74</sup> Cfr. *UNR Indus., Inc. v. Continental Cas. Co.*, 942 F. 2d 1101 (7th Cir. 1991).

<sup>75</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-34/37. Sobre este tipo de arreglo puede verse el caso *In re Cendant CorLitig*, 264 F. 3d 201, 250-251 (3d Cir. 2001). La Rule 23(e) de la *Federal Rule of Civil Procedure* establece que una acción colectiva no puede ser rechazada o acordada sin la aprobación del tribunal y conforme la forma de notificación que adopte el mismo.

<sup>76</sup> Cfr. *Biben v. Card*, 789 F. Su1001 (W.D. Mo. 1992) e *In re California Micro Devices Sec. Litig*, 965 F. Su1327, 1336 (N.D. Cal. 1997).

<sup>77</sup> Cfr. *Matsushita Electric Industrial Company v. Epstein*, 516 U.S. 367, 116 S. Ct. 873, 134 L.Ed. 2d 6 (1996). El fallo del distrito federal de California que fue revocado por la Corte Suprema federal recayó en *Epstein v. MCA, Inc.*, 50 F. 3d 644, 665 (9th Cir. 1995), *rev'd in part and remanded*, 516 U.S. 367 (1996).

<sup>78</sup> Cfr. *Epstein v. MCA, Inc.*, 179 F. 3d 641 (9th Cir. 1999), *cert. denied*, *Epstein v. Matsushita Electronic Indus. Co.*, 528 U.S. 1004, 120 S. Ct. 497, 145 L. Ed. 2d 384 (1999).

<sup>79</sup> Cfr. *In re MCA, Inc. Shareholders Litig*, 774 A. 2d 272 (Del. Ch. 2000), *aff'd* 785 A. 2d 625 (Del. 2001).

normas éticas generales o particulares sino desde el derecho positivo. A ello puede agregarse el análisis desde la ética profesional de cada parte interviniente en el acuerdo transaccional, lo que habrá de hacerse en el futuro<sup>81</sup>. En las obras citadas en la introducción de este trabajo puede verse doctrina que cuestiona la falta de ética en algunos arreglos transaccionales o tipos de arreglos transaccionales desde el punto de vista económico. Esto excede el objeto de este trabajo pero amerita un estudio en mayor profundidad en el futuro.

## ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE

Los procesos alternativos de las disputas (ADR en la terminología norteamericana) —especialmente el arbitraje—, incluso en el campo que estamos analizando, están adquiriendo popularidad dado que son más económicos, más rápidos (finalizan en cuestión de meses, no en años, como ocurre con los procesos judiciales) y porque otorgan soluciones más satisfactorias para las partes. A ello se suma el hecho del incremento en el número de causas judiciales y un mandato constitucional en Estados Unidos de otorgar preferencia a los procesos criminales en desmedro de los civiles. En ciertos casos de arbitraje, —pero no en todos—, la prueba puede ser más rápida y los árbitros pueden tener más experiencia que un juez no especializado en cuestiones de responsabilidad de directores de sociedades. En los últimos años los tribunales de Estados Unidos están urgiendo la vigencia de las cláusulas contractuales compromisorias del arbitraje. El panorama judicial acerca de estos medios alternativos al

<sup>80</sup> Cfr. *In re MCA, Inc. Shareholders Litig.*, 785 A. 2d 625 (Del. Ch. 2001), cert. denied 122 S. Ct. 1607 (U.S. 2002).

<sup>81</sup> Cfr. ALEXANDER, Janet Cooper, "Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions", *Stan. L. Rev.*, Vol. 43, 1991, 497 y ss. Si bien este artículo estudia posibles injusticias de los acuerdos transaccionales en materia de *Securities*, bien pueden aplicarse sus apreciaciones a todos los arreglos transaccionales que plantea la responsabilidad del director de sociedades. Cfr. también sobre consideraciones de justicia que plantean en estos acuerdos transaccionales, entre otros, los siguientes autores: COFFEE, John C. Jr., "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 54, 1987, 877 y ss.; COFFEE, John C. Jr., "Rethinking the Class Action: A Policy Primer on Reform", *Ind. L.J.*, Vol. 62, 1987, 625 y ss.; COFFEE, John C. Jr., "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions", *Colum. L. Rev.*, Vol. 86, 1986, 669 y ss.; COFFEE, John C. Jr., "The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation", *Law & Contemp. Probs.*, Vol. 48 No. 3, 1985, 5 y ss.; COFFEE, John C. Jr., "Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working", *Md. L. Rev.*, Vol. 42, 1983, 215 y ss.; HERZEL, Leo & HAGAN, Robert K., Plaintiffs' Attorneys' Fees in Derivative and Class Actions, *Litig.*, Vol. 7 No. 2, 1981, 25 y ss.; MACEY, Jonathan R. & MILLER, Geoffrey, "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 58, 1991, 1 y ss.; ROMANO, Roberta, "The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?", *J.L. Econ. & Organization*, Vol. 7, 55 y ss.; ROMANO, Roberta (1990), "Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis", *Emory L.J.*, Vol. 39, 1991, 1155 y ss.; ROMANO, Roberta, "What Went Wrong With Directors' and Officers' Liability Insurance?", *Del. J. CorL.*, Vol. 14, 1989, 1 y ss.; BALCKE, William W., "Superfund Settlements: The Failed Promise of the 1986 Amendments", *Va. L. Rev.*, Vol. 74, 1988, 123 y ss., especialmente 137; DAWES & COOPER, "The Effect of Indemnity and Contribution in Federal Securities Fraud Actions Upon Partial Settlements", *Sec. Litig.* 1988, 513 y ss., especialmente 527-35; Davis, "Multiple Defendant Settlement Practice in 10b-5: Good Faith Contribution Bar", 40 *Hastings L.J.* 1989, 1253, 1254.

proceso judicial –especialmente respecto del arbitraje– en esta materia puede describirse como sigue<sup>82</sup>:

1. La Corte Suprema federal<sup>83</sup> promueve la legitimidad y vigencia del arbitraje en sede judicial conforme la interpretación que está realizando de la *Federal Arbitration Act* de 1925 a fin de evitar los rechazos a las cláusulas arbitrales por los tribunales inferiores. Por otra parte, el mismo tribunal ha encontrado fundamento para apoyar el arbitraje en el sistema federal de control sobre el comercio interestatal<sup>84</sup>, interpretando con amplitud la aplicabilidad de la *Section 2* de la citada *Federal Arbitration Act* a todo tipo de arbitraje<sup>85</sup>, como materia perteneciente a la órbita del derecho federal<sup>86</sup>.
2. Asimismo el mismo tribunal promueve la interpretación amplia de la arbitrabilidad de las cuestiones, lo que crea una verdadera presunción en favor de esa posibilidad<sup>87</sup>, lo que, de modo coherente, limita la competencia del tribunal federal a las cuestiones concernientes a la celebración y cumplimiento del acuerdo arbitral<sup>88</sup>.
3. A mayor abundamiento, el mismo tribunal supremo federal ha promovido las cláusulas compromisorias y sus términos en otro caso de 1995<sup>89</sup>, en el cual avaló la legitimidad de la imposición de daños punitivos de origen arbitral y fundados en la ley del Estado de Nueva York, continuando su jurisprudencia en el caso ya citado *Allied-Bruce*.
4. También del supremo tribunal federal es la sentencia del caso *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation*<sup>90</sup>, en el que legitimó cláusulas arbitrales en el marco de la aplicación de la *Age Discrimination in Employment Act* respecto de alegaciones de discriminación basadas en la edad del trabajador, armonizando el régimen legal con el arbitraje de las partes.
5. La jurisprudencia federal también ha avalado las cláusulas arbitrales al igual que la Corte Suprema. Por ejemplo en el caso *Gateway*<sup>91</sup> el tribunal avaló los propios términos del arbitraje, en una interpretación amplia de la *Federal Arbitration Act*, rechazando una interpretación rígida del texto legal. Asimismo otro tribunal federal sostuvo que una decisión arbitral puede ser judicialmente revisada si la decisión incluyó errores de hecho o de derecho<sup>92</sup>. No obstante, los autores han llamado la atención acerca algunos aspectos contradictorios entre sí de ambos fallos, lo que debe tenerse en cuenta a los fines de una concienzuda redacción de las futuras cláusulas arbitrales<sup>93</sup>.
6. En la óptica de estos fallos citados late la gran autonomía de las partes respecto del objeto del arbitraje, las reglas procedimentales por las que se rige la formación de la decisión arbitral y así también los poderes de los árbitros. Todo lo que se omita en el contrato será llenado por las normas locales de cada Estado o por las reglas emanadas de las asociaciones arbitrales, en subsidio, de ser aplicables. Sin duda los redactores de las cláusulas arbitrales deberán prever temas como los límites de la sentencia, los poderes del árbitro, la naturaleza y límites de la prueba a producirse, las medidas cautelares, los posibles daños punitivos aplicables y cualquier otra determinación arbitral en orden a la atribución de los daños

<sup>82</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-38/44.

<sup>83</sup> Cfr. *Allied-Bruce Terminis Cos. V. Dobson* 513 U.S. 265, 115 S. Ct. 834, 130 L. Ed. 2d 753 (1995).

<sup>84</sup> Cfr. *Southland CorV. Keating* 465 U.S. 1, 104 S. Ct. 852, 79 L. Ed. 2d 1 (1984).

<sup>85</sup> Cfr. *Moses H. Cone Mem'l Hosv. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

<sup>86</sup> Cfr. *Southland CorV. Keating* 465 U.S. 1, 12 (1984).

<sup>87</sup> Cfr. *Moses H. Cone Mem'l Hosv. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983).

<sup>88</sup> Cfr. *Prima Paint Corv. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

<sup>89</sup> Cfr. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. at 64, 115 S. Ct. at 1219, 131 L. Ed. 2d 76, at 88 (1995).

<sup>90</sup> Cfr. *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation*, 500 U.S. 20, 114 L. Ed. 2d 26, 111 S. Ct. 1647 (1991).

<sup>91</sup> Cfr. *Gateway Technologies, Inc. v. MCI Telecommunications Corp.*, 64 F. 3d 993, 996 (5th Cir. 1995).

<sup>92</sup> Cfr. *Lapine Technology Corv. Kyocera Corp.*, 130 F. 3d 884 (9th Cir. 1997). En este caso el tribunal sostuvo, básicamente, que el fuero federal no puede crearse contractualmente.

<sup>93</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-42.



compensatorios<sup>94</sup>.

Una sociedad comercial puede utilizar el arbitraje en disputas intracorporativas sobre determinación de daños mediante la inclusión de normas arbitrales en acuerdos de indemnización por mala actuación de los directores, lo que puede ser una estrategia también para disminuir costos causídicos<sup>95</sup>. Los acuerdos que redacten las partes pueden ser críticos en orden a obtener una solución a los problemas planteados por la responsabilidad de los directores de modo rápido y más económico, como ocurrió, por ejemplo, en el caso *Salomon*, de 1995<sup>96</sup>, en el cual los directores que se vieron envueltos en una acción derivada de responsabilidad contra ellos invocaron la aplicabilidad del arbitraje de la *New York Stock Exchange* conforme el acuerdo firmado con la compañía, lo que fue concedido, pero este foro arbitral rechazó dirimir la disputa. El tribunal de apelación decidió que sólo la citada bolsa podía actuar como tribunal arbitral.

Usualmente las partes no establecen detalladamente las normas sobre los procedimientos a lo largo del arbitraje, siendo que las referencias a las normas de la *American Arbitration Association* u otras asociaciones similares generalmente sólo definen procedimientos preliminares concernientes a la selección de los árbitros y otras cuestiones administrativas. Los detalles sobre la admisibilidad de la prueba y otras cuestiones importantes son típicamente determinadas por los árbitros en conjunto con las partes en forma *ad hoc*. Un mayor detalle mediante el pacto específico puede ampliar la base probatoria comparada con las normas más limitadas en sede judicial y, a pesar de que las partes pueden ser tomadas por sorpresa en sede arbitral, ese mayor detalle puede dotar de una mayor eficiencia al proceso arbitral en beneficio de los intereses de las partes<sup>97</sup>.

## VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE EL TEMA ESTUDIADO

A continuación hacemos una valoración crítica acerca de las defensas oponibles y los acuerdos transaccionales en las acciones procesales sobre la responsabilidad de directores de sociedades en el derecho de Estados Unidos.

1. Dada la multiplicidad de las acciones judiciales y lo profuso de las normas sustanciales que regulan la responsabilidad de los directores de sociedades en los Estados Unidos, en las últimas décadas ha

<sup>94</sup> *Idéntico autor, obra y lugar citado en la nota anterior.* Sobre tal redacción de cláusulas puede verse la descripción de algunos riesgos y problemas en ALLEN & MERRITT, "Drafters of Arbitration Clauses Face a Variety of Unforeseen Perils", *Nat'L L.J.*, Apr. 17, 1994, C2, col. 3.

<sup>95</sup> Cfr. WELLS, "The Use of Arbitration in Director and Officer Indemnification Disputes", *Ohio St. J. on DisResol*, Vol. 13, 1997, 199.

<sup>96</sup> Cfr. *In re Salomon, Inc. Shareholders' Derivative Litigation*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 13874 (S.D.N.Y. Sept. 25, 1994), *aff'd*, 68 F. 3d 554 (2d Cir. 1995). Sobre este caso puede verse SANBORN, (1996), "The Rise of "Shareholders Derivative Arbitration" in Public Corporations: *In re Salomon, Inc. Shareholders' Derivative Litigation*", *Wake Forest L. Rev.*, Vol. 31, 337 y ss.

<sup>97</sup> Cfr. KNEPPER (2008) Vol. II, 19-43.

cochado importancia el régimen que regula las defensas oponibles y los acuerdos transaccionales a los que pueden arribar las partes contendientes, esto es los directores de la sociedad y las víctimas de los daños cometidos por ellos. Las soluciones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina han sido en líneas generales eficaces y apropiadas para la solución de los problemas planteados.

2. En el caso de que existan en las acciones de responsabilidad codemandados con intereses contrarios o adversariales entre sí, la jurisprudencia imperante ha resuelto algunos supuestos concretos que han logrado solucionar satisfactoriamente conflictos de intereses. Estas soluciones pueden ampliarse mediante el estudio de las cuestiones de derecho positivo y de ética profesional de la función directiva y de ética empresarial derivadas de los principios correspondientes a los conflictos de intereses en general, con referencia también a la relación cliente-abogado.

3. El estudio de los problemas éticos concretos respecto de los conflictos de interés puede permitir el análisis y la proposición de soluciones de derecho positivo que vayan más allá de las cuestiones llevadas por las partes contendientes a los tribunales en el pasado reciente. Estas cuestiones de justicia impelen a un análisis más allá de los textos positivos vigentes, principalmente en los casos judiciales, como ocurre en los Estados Unidos.

4. La designación de un “abogado independiente” a cargo del asegurador, en casos de conflictos de intereses es razonable, a fin de lograr una adecuada defensa, preservar la independencia del abogado y alcanzar un cumplimiento más justo del contrato de seguro de responsabilidad civil de los directores de sociedades.

5. Las normas sobre financiación de la defensa son razonables y respetan la igualdad de las partes en el contrato de seguro de responsabilidad civil.

6. La jurisprudencia analizada sobre la razonable o excesiva facturación de los honorarios de los abogados en los casos analizados provee un rico abanico de soluciones para esta delicada cuestión, especialmente en casos de defensas prolongadas en el tiempo o que exigen inversiones importantes de recursos destinados a la tramitación de los procesos, especialmente respecto de los procesos colectivos o en los que la prueba pertinente sea compleja. Cabe decir lo mismo respecto de la cooperación de los abogados y la solución de duplicación de trabajos, resueltas por la jurisprudencia analizada de modo satisfactorio.

7. La jurisprudencia estudiada acerca de la relación cliente-abogado y su relación con la “*Common Interest Doctrine*” ha resuelto algunas controversias concretas de modo acertado y razonable. No obstante, estimo que sobre el tema pueden analizarse en mayor profundidad esas normas comparándolas con las normas y principios sobre los conflictos de intereses y los de la ética profesional del abogado por parte de la doctrina de los autores. Lo mismo cabe señalar respecto de la “*Work Product Doctrine*” y de la “*Joint Defense Doctrine*”. Ese mayor análisis puede verse enriquecido desde que no está limitado a los conflictos concretos que

puedan darse entre las partes sino que se pueden atender a todos los intereses en juego. Este último *approach*, más teórico, no suele ser frecuente en los juristas estadounidenses.

8. Los nuevos problemas y soluciones planteados por la *Sarbanes-Oxley Act* están eficazmente orientadas a disminuir los abusos empresariales cometidos en los últimos años, pero ella no ha cubierto todos los supuestos posibles de error o dolo en la dirección empresarial. Por ello en mi opinión es menester un mayor análisis de esas cuestiones a la luz de la ética de la empresa, la ética del director y la ética del asesor, de modo orgánico y sistemático.

9. Lo anterior es particularmente pertinente respecto de la posición aducida por el fallo de Delaware de 2007, cuya solución es, al parecer, sólo precaria, pues abarca sólo un aspecto del problema, cuya entidad es más compleja. La multiplicidad de los problemas planteados por las "*internal investigations*" amerita ese estudio sistemático. Al respecto el triple análisis que han realizado algunos autores estudiados es razonable y pertinente, pero debe ser complementado mediante el estudio de las normas éticas aplicables a esa situación, respecto de todas las partes intervinientes.

10. Sobre la posible transacción en las demandas colectivas cabe aprovechar la acumulada experiencia norteamericana sobre el elevado porcentaje de demandas judiciales que finalizan mediante esta solución en este tipo de acciones con numerosas partes litigantes, más allá de las rigideces y dilación en el tiempo a que podría conducir la persecución ineludible de una sentencia judicial definitiva. Es sintomática la inclinación de las partes contendientes favorable a una transacción, habida cuenta de las dificultades probatorias de los extremos de la responsabilidad o de sus defensas para evitarla. Asimismo las pautas tenidas en cuenta por la jurisprudencia sobre los elementos que deben ser evaluados a fin de lograr una transacción que realmente satisfaga a las partes involucradas son razonables y útiles a fin de lograr ese propósito. El estudio en mayor profundidad de estos elementos y esas pautas pueden servir de modelo para futuras reformas legislativas en países del derecho continental europeo.

11. No obstante lo anteriormente afirmado y respecto de las cuestiones de justicia que plantean los arreglos transaccionales es menester poner de relieve que es necesario profundizar el estudio del contenido concreto de estos acuerdos sobre la responsabilidad de los directores a la luz de la ética profesional de todas las partes intervinientes, ya que puede haber, con mayor o menor envergadura, abusos en el acuerdo final. Una manifestación de estos posibles abusos en los casos de responsabilidad de directores de sociedades ha sido estudiado en parte por la doctrina norteamericana, bien que desde el derecho positivo en sí. Esas apreciaciones críticas y esas consideraciones de ética profesional (del director como demandado, de la sociedad litigante, de la aseguradora y de otros terceros que puedan intervenir en el juicio o en el arreglo transaccional extrajudicial) son valiosas, meritorias y plantean un mayor estudio de esas cuestiones éticas a fin de armonizar sus conclusiones con

el derecho positivo vigente. Esta vía puede ser una ayuda eficaz para el aseguramiento de la justicia de las soluciones a que puedan arribarse en los acuerdos transaccionales en esta responsabilidad.

12. Asimismo respecto de la transacción en las acciones colectivas es pertinente el análisis que ha hecho la jurisprudencia acerca de la disimilitud de los intereses que pueden existir entre las partes contendientes e incluso entre los intereses de ellas y sus abogados. Esta experiencia puede ser aprovechada convenientemente en el futuro para posibles reformas legislativas en otros sistemas jurídicos como el continental europeo.

13. Las sentencias que han analizado detalladamente la cuestión de los honorarios profesionales en materia de acciones colectivas son pertinentes y pueden servir de pauta para futuras reformas legislativas, tanto para casos en los que se determine como honorario un porcentaje del monto de la indemnización o como tal lo facturado por horas de trabajo. En materia de honorarios en las acciones colectivas las normas aplicables derivadas de la jurisprudencia han sido razonables y ajustadas a las realidades en juego.

14. La función que cumplen los *Settlements* en sus distintas variantes constituyen herramientas idóneas para brindar soluciones más rápidas y económicas a los casos de responsabilidad de directores de sociedades, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial. La riqueza de las variantes de los arreglos transaccionales que existen en el derecho norteamericano amerita un estudio en mayor profundidad, monográfico y comparado sobre sus virtudes y riesgos, no sólo en general sino también particularmente referidos a los supuestos de responsabilidad de los directores de sociedades. La jurisprudencia y los autores han atribuido aplicabilidad a estas normas sólo por analogía, salvo algunos casos concretos en los que se habían ventilado cuestiones de responsabilidad de directores de sociedades. Ello sin perjuicio de un análisis simultáneo de las cuestiones éticas que estos interrogantes plantean, como se ha afirmado en el punto número 11 *supra* en este acápite.

15. Respecto de las formas de contribución al daño causado por parte de los codemandados, en sus dos vertientes, las normas estudiadas han resuelto muchas situaciones de conflicto de modo satisfactorio en su mayor parte, lo que es encomiable. Sin embargo, al parecer, quedan conflictos por resolver, como por ejemplo ocurre de modo especial respecto del régimen sobre las *Bar Orders*, que ponen fin a las cuestiones derivadas de la responsabilidad. Asimismo, cabe plantear otros supuestos de conflictos –especialmente en las acciones colectivas- tales como los siguientes, a saber:

- a. doble imposición de la contribución,
- b. exceso de acciones de regreso o resarcimiento entre los causantes del daño,
- c. excesiva prolongación de tales acciones en el tiempo,
- d. desorden en la coordinación de los pagos entre las partes contendientes y
- e. una injusta multiplicación de los resarcimientos en los distintos Estados en que pueden existir

litigios, por citar sólo algunos supuestos posibles.

Por consiguiente, en mi opinión, cabe plantear la necesidad de profundizar en las soluciones pertinentes, delimitando con mayor detalle el régimen actual de tal contribución. Y ello partiendo, al modo de pensar en el derecho continental europeo, de la naturaleza de cada obligación, conforme al régimen pertinente de responsabilidad del director en cada caso y de las normas que rigen las obligaciones de las aseguradoras, sin dejar de lado el perfil ético de las cuestiones a analizar.

1. Respecto de los “*Non Recourse Settlements*” la jurisprudencia estudiada es rica en la resolución de las cuestiones atinentes a tales transacciones, mas a mi modo de ver ellas deben ser complementadas con reflexiones fundadas en la ética de la relación enmarcada por el contrato de seguro a fin de proporcionar soluciones no transitorias sino que satisfagan a las partes involucradas quizá en una mayor medida que la actual. La multiplicidad de casos a favor y en contra de tales arreglos que ostenta la jurisprudencia vigente es ilustrativa del carácter no definitivo o no enteramente satisfactorio de las soluciones arribadas hasta el presente. Sobre este tema también consideramos pertinente lo afirmado en el punto 11 *supra* en este acápite.

2. Las cuestiones federales planteadas en los *Settlements* resueltas por la jurisprudencia constituyen razonables soluciones para un país federal, en las que se preserva el principio de subsidiariedad como pilar de la convivencia social, dando primacía a las soluciones locales y armonizándolas con las federales. Estas soluciones pueden servir de modelo para otros países del sistema continental europeo, especialmente si han adoptado el sistema federal.

3. Los principios y normas emanados de la Corte Suprema federal y de otros tribunales federales respecto del arbitraje constituyen soluciones acertadas, justas y coherentes con las finalidades perseguidas por esa institución y están en armonía con los principios del orden público respecto del arbitraje de cuestiones de responsabilidad civil de directores de sociedades.

4. Los autores han señalado acertadamente la necesidad de adecuar las cláusulas arbitrales al derecho vigente respecto de cuestiones concretas propias de la responsabilidad de los directores de sociedades, a fin de lograr una mayor eficiencia y eficacia del arbitraje en esta cuestión. Por ello es aconsejable que esas normas arbitrales prevean supuestos y conflictos específicos propios de esta responsabilidad, más allá de aplicaciones normativas meramente analógicas del arbitraje a estos casos.

## CONCLUSIONES ESENCIALES DE LA INVESTIGACIÓN

1. En la actualidad, la responsabilidad civil de los directores de sociedades está firmemente asentada en el derecho local y federal en Estados Unidos, tanto a título de culpa o negligencia como de dolo. La

evolución de las normas sobre responsabilidad civil de los directores en Estados Unidos se encuentra muy desarrollada, lo que amerita un estudio pormenorizado y comparativo sobre sus posibles virtudes, ventajas y desventajas, desde la óptica del sistema continental europeo. Ese estudio comparado puede llevar a una profundización y difusión de esos aspectos novedosos en orden a su potencial aplicabilidad en los ordenamientos de otras jurisdicciones mediante la metodología del derecho comprado.

2. Las diversas clases de acciones judiciales con sus respectivos procedimientos específicos constituyen en líneas generales un sistema normativo eficaz y razonable en orden a la protección de los accionantes y los demandados respecto de la responsabilidad de directores de sociedades.

3. Las soluciones de la jurisprudencia norteamericana respecto de las defensas oponibles y los arreglos transaccionales constituyen aportes y estándares de justicia razonables y satisfactorios, en líneas generales, para la correcta tramitación de las acciones de responsabilidad de directores de sociedades, tanto en sede judicial como en sede extrajudicial.

4. Sobre las cuestiones de justicia de los acuerdos transaccionales habrá que profundizar la investigación futura.

## CORPORATE DIRECTORS LIABILITY IN THE UNITED STATES OF AMERICA. DEFENSES AND SETTLEMENTS IN THE PROCEDURAL ACTIONS

### Abstract

In recent years, the current rulings in US corporate law governing the liability of company directors have been increased both in number and in the issues resolved. This law is mainly contained in local sources of law and to a lesser extent federal law.

Judicial actions aimed at such liability can be systematized as follows: direct actions, class actions and derivative actions. There are other types of actions, which have detailed rules for each one of them.

The rules governing enforceable defenses related to the insurance contract and the defense in court and the judicial or extrajudicial transactional agreements that can be reached by the disputing parties had a notable development in recent decades.

This paper examines those issues related to the defense of the directors, some problems related to the insurance contracts and the judicial or extrajudicial settlements in the regulatory framework of these actions.

**Keywords:** United States of America - United States Corporate Law - Liability of Corporate Directors – Procedural Actions - Defense and Settlements

## REFERENCIAS

AAVV. COLUMBIA LAW REVIEW COMP., MARY MILES PRINCE (COORD. ED.), The Bluebook, A Uniform System of Citation. Cambridge. Massachussetts: Harvard Law Review Association, 2015, ISBN 978-0-692-40019-7.

AAVV. Kenneth S. BROUN, (General Editor) Contributing authors, George E. DIX ... [et al.]. McCormick on Evidence, 7th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2013, Dos volúmenes.

AAVV. ZUCKERMAN, Adrian A. S. et al. (ed.), Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford - New York: Oxford University Press, 1999.

ALEXANDER, Janet Cooper, "Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions", Stan. L. Rev. Vol. 43, 1991, 497 y ss.

BALCKE, William W. "Superfund Settlements: The Failed Promise of the 1986 Amendments", Va. L. Rev., Vol. 74, 1988, 123 y ss.

BLACK, Henry Campbell, Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn: West Publishing, 1990.

BLOCK, DENNIS J. / RADIN, STEPHEN A. & MAIMONE, MICHAEL J., "Derivative Litigation: Current Law Versus the American Law Institute", Bus. Law. Vol. 48, 1993, 1443 y ss.

BONE, ROBERT G. & EVANS, DAVID S., "Class Certification and the Substantive Merits", Duke L.J. Vol. 51, 2002, 1251 y ss.

BOOTH, RICHARD A., "The End of the Securities Fraud Class Action as We Know it", Berkeley Bus. L. J., Vol. 4, 2007, 1 y ss.

BURKHARD, J. R., "LLC Member and Limited Partner Breach of Fiduciary Duty Claims: Director Derivative Actions?", J. Small & Emerging Bus. L., Vol. 7, 2003, 19 y ss.

CHEMERINSKY, Erwin, Federal Judisdiction. 3 ed. Boston: Little, Brown, 1999.

COFFEE, JOHN C. JR., "New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action", *Bus. Law*, Vol. 48, 1993, 1407 y ss.

\_\_\_\_\_ "Securities: After Matsushita", *Nat'l L. J.*, Apr. 15, 1996, B 5, col. 1.

\_\_\_\_\_ "Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working", *Md. L. Rev.*, Vol. 42, 1983, 215 y ss.

\_\_\_\_\_ "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions", *Colum. L. Rev.*, Vol. 86, 1986, 669 y ss.

\_\_\_\_\_ "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", *U. Chi. L. Rev.* Vol. 54, 1987, 877 y ss.

\_\_\_\_\_ "Rethinking the Class Action: A Policy Primer on Reform", *Ind. L.J.*, Vol. 62, 1987, 625 y ss.

\_\_\_\_\_ "The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation, No. 3" *Law & Contemp. Probs.*, Vol. 48, 1985, 5 y ss.

COX, JIM D. & THOMAS, R.S., "Letting Billions Slip Through Your Fingers: Empirical Evidence and Legal Implications of the Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements", *Stan. L. Rev.* Vol. 58, 2005, 411 y ss.

CRONIN-HARRIS, Catherine, "Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR", *Alb. L. Rev.*, Vol. 59, 1995-1996, 847 y ss.

CRUMP, S. W., "The Attorney-Client Privilege and Other Ethical Issues in the Corporate Context where there is Widespread Fraud or Criminal Conduct", *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 45, 2003, 171 y ss.

DAVIS, W., "Multiple Defendant Settlement Practice in 10b-5: Good Faith Contribution Bar", *Hastings L.J.*, Vol. 40, 1989, 1253 y ss.

DAVIS, K. B. (JR.), "The Forgotten Derivative Suit", *Vand. L. Rev.*, Vol. 61, 2008, 387 y ss.

DAWES & COOPER, "The Effect of Indemnity and Contribution in Federal Securities Fraud Actions Upon Partial Settlements", *Sec. Litig.* 1988, 513, especialmente 527-35.

DORÉ, M. G., "Statutes of Limitation and Corporate Fiduciary Claims: A Search for Middle Ground on the Rules/Standards Continuum", *Def. L.J.*, Vol. 48, 2000, 439 y ss.

DRAPKIN & ARBETTER, "Arbitration Pacts May Ease Employment Disputes", *Nat'l L. J.*, May 15, 1995, B 14,



col. 1.

DUBUC, Carroll E. & EVANS William D. Jr. "Recent Developments Under CERCLA: Toward a More Equitable Distribution of Liability", *Envtl. L. Rep.* Vol. 17, 10, 1987, 197-200.

FACTER, J. S., "Fashioning a Coherent Demand Rule for Derivative Litigation in California", *Santa Clara L. Rev.* Vol. 40, 2000, 379 y ss.

FERRELL, B. T., "A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and the ALI Approaches to Shareholder Derivative Litigation", *Ohio St. L.J.*, Vol. 60, 1999, 241 y ss.

FIENBERG, L.D. / Epstein, R. S. / DAWSON, M.A. / LONG, M. S. "Safer Harbors: Securities Litigation After the Reform Act of 1995", *Bus. L. Today*, Vol. 5, May / June 1996, p. 24.

FLEMING, James, Jr. / HAZARD, Geoffrey C. Jr. / LEUBSDORF, John, *Civil Procedure*. 4th ed., Boston: Little, Brown, 1992.

FRIEDENTHAL, Jack H. / KANE, Mary Kay / MILLER, Arthur R., *Civil Procedure*, rev., 5th ed. St. Paul, MN: Thomson / West, 2015.

GEGENHEIMER, N.J., "The Tenth Circuit Rejects Selective Waiver: Qwest Communications International, Inc. Securities Litigation", *Denv. U.L. Rev.*, Vol. 84, 2007, 775 y ss.

GRAHAM, M.M., "Note. Delaware Post-Merger Derivative Suit Standing and Demand Requirements: Professional Management Associates, Inc. v. Coss", *Iowa J. Corp. L.*, Vol. 25, 2000, 631 y ss.

HASSETT, "Contributors in Rule 10b-5 Cases: Musik, Peeler and Beyond", *Insights*, Vol. 7, 22 (Sept. 1993).

HERZEL, Leo & HAGAN, Robert K., "Plaintiffs' Attorneys' Fees in Derivative and Class Actions", *Litig.* Vol. 7, No. 2, 1981, 25 y ss.

HEYMAN & ENERIO, "The Dissapearing Distinction Between Derivative and Direct Actions", *Del. L. Rev.*, Vol. 4, 2001, 155 y ss.

HIGLEY, J.J. / JONES, R.C. (JR.) / BUCK, P.C., "Confidentiality of Communications by In-House Counsel for Financial Institutions", N. C. Banking Inst., Vol. 6, 2002, 265 y ss.

KIM, S.M., "Conflicting Ideologies of Group Litigation: Who May Challenge Settlements in Class Actions and Derivative Suits?", Tenn L. Rev., Vol. 66, 1998, 81 y ss.

KNEPPER, William E. / Dan A. BAILEY (contributing authors Katharine B. BOWMAN, R. Stacy LANE & Robert L. EBLIN), Liability of Corporate Officers and Directors, Seventh Edition, Lexis Nexis, (USA), 2008, Dos Volúmenes.

KRESSEL, M.A., "Note, Contractual Waiver of Corporate Attorney-Client Privilege", Yale L. J., Vol. 116, 2006, 412 y ss.

LAHAV, A., "Fundamental Principles for Class Action Governance", Ind. L. Rev., Vol. 37, 2003, 65 y ss.

LAURENCE, J.E. / CONE, K.R., "How Accurate Are Estimates of Aggregate Damages in Securities Fraud Cases", Bus. Law., Vol. 49, 1994, 505 y ss.

LOEWENSTEIN, M.J., "Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance", Del. J. Corp. L., Vol. 24, 1991, 1 y ss.

LOSS PREVENTION JOURNAL, "Insurer's Requests That You Submit Your Bills to an Auditor and Other "Billing Guidelines": What Are Your Ethical Obligations?", Vol. 10, January, 1999, 1.

MACEY, Jonathan R. & MILLER, Geoffrey P., "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", U. Chi. L. Rev., Vol. 58, 1991, 1 y ss.

MATTHEWS, M.E., "The Shareholder Derivative Suit in Arkansas", Ark. L. Rev., Vol. 52, 1999, 353 y ss.

MCNALLY, A.J., "Revitalizing Selective Waiver: Encouraging Voluntary Disclosure of Corporate Wrongdoing by Restricting Third Party Access to Disclosed Materials", Seton Hall L. Rev., Vol. 35, 2005, 823 y ss.

MIGUENS, Héctor José, "Responsabilidad de directores de sociedades en Estados Unidos. Aspectos procesales", Dikaion Vol. 24, n. 1, 2015, 86-116.

MONTELEONE, J.P. & CONCA, N.J., "Directors and Officers Indemnification and Liability Insurance, and Overview of Legal and Practical Issues", *Bus. Law.*, Vol. 51, 1996, 573 y ss.

MUELLER, Christopher B. / KIRKPATRICK, Laird, *Evidence under the rules: text, cases, and problems*. 5th. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

MUNDOCK, C.W., "Corporate Governance: The Role of Special Litigation Committees", *Wash. L. Rev.*, Vol. 68, 1993, 79 y ss.

MUNSON, K.J., "Standing to Appeal: Should Objecting Shareholders be Allowed to Appeal Acceptance of a Settlement", 34 *Ind. L. Rev.*, 2001, 455.

NIEHOFF, Leonard, *Evidence Law*, St. Paul, MN: Foundation Press, 2016.

NOTE, "When Should Courts Allow Settlement of Duty-of-Loyalty Derivative Suits", *Harv. L. Rev.*, Vol. 109, p. 1084.

O'CONNELL, C.L. (1999), "The Role of the Objector and the Current Circuit Court Confusion Regarding Federal Rule of Civil Procedure 23.1: Should Non-named Shareholders be Permitted to Appeal Adverse Judgements?", 48 *Cath. U. L. Rev.*, Vol. 48, 1996, 939 y ss.

OXFORD UNIVERSITY PRESS. *Oxford Business English Dictionary*, versión en CDRom.

\_\_\_\_\_. *Oxford Dictionary of Law*, Seventh Ed., Edited by Jonathan Law and Elizabeth A. Martin, Oxford University Press, Oxford, 2009.

PARK, Roger C. / LEONARD, David P. / GOLDBERG, Steven H., *Evidence Law*. 3rd ed. St. Paul, MN: West Publishing, 2011.

PRITCHARD, A.C., "Markets as Monitors: A Proposal to Replace Class Actions with Exchanges as Securities Fraud Enforcers", *Va. L. Rev.*, Vol. 85, 1999, 925 y ss.

PRYOR, E.S. & PRYOR, W., "Concurrent Mediation of Liability and Insurance Coverage Disputes", *Conn. Ins. L. J.*, Vol. 4, 1997/1998, 485 y ss.

QUINN & LEVIN, "Director and Officer Liability Insurance: Probable Directions in Texas Law", *Rev. of Litig.*,

Vol. 20, 2001, 381 y ss.

RICHMOND, D.R., "The Emerging Theory of Expert Witness Malpractice", *Cap. U. L. Rev.*, Vol. 22, 1993, 693.

\_\_\_\_\_ "The Attorney-Client Privilege and Associated Confidentiality Concerns in the Post-Enron Era", *Penn St. L. Rev.*, Vol. 110, 2005, 381 y ss.

\_\_\_\_\_ "The Business and Ethics of Liability Insurer's Efforts to Manage Legal Care", *U. Mem. L. Rev.*, Vol. 28, 1997, 57 y ss.

ROMANO, Roberta, "What Went Wrong With Directors' and Officers' Liability Insurance?", *Del. J. Corp. L.*, Vol. 14, 1989, 1 y ss.

\_\_\_\_\_ "Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis", *Emory L.J.*, Vol. 39, 1990, 1155 y ss.

\_\_\_\_\_ "The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?", *J.L. Econ. & Organization*, Vol. 7, 1991, 55 y ss.

ROSENBERG, D., "Adding a Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit", *U. Chi. Legal F.* Vol. año 2003, 19 y ss.

RUZENSKI, K., "Balancing Fundamental Civil Liberties and the Need for Increased Homeland Security: The Attorney Client-Privilege after September 11th", *St. John's J. L. Comm.*, Vol. 19, 2005, 467 y ss.

SANBORN, J.A., "The Rise of "Shareholders Derivative Arbitration" in Public Corporations: In re Salomon, Inc. Shareholders' Derivative Litigation, *Wake Forest L. Rev.*", Vol. 31, 1996, 337 y ss.

SCHMIT, Joan T., "Historical Development and Use of Joint and Several Liability", *42 CPCU J.*, Vol. 42, 1989, 144 y ss.

SEEMAN, T., "Comment, Safeguarding the Attorney-Client Privilege in the Face of Federal Securities Regulations", *4 Depaul Bus. & Comm. L. J.*, Vol. 4, 2006, 309 y ss.

SHREVE, Gene R. / RAVEN-HANSEN, Peter, *Understanding Civil Procedure*, 4th ed. Newark: New Jersey: LexisNexis - Matthew Bender, 2009.

SEIGEL, M.L., "Corporate America Fights Back: The Battle Over Waiver of the Attorney-Client Privilege", *B. C. L. Rev.*, Vol. 49, 2008, 1 y ss.

SIMON, W.H., "Whom (or What) Does the Organization's Lawyer Represent?: An Anatomy of Intraclient Conflict", Calif. L. Rev., Vol. 2003, 91, 57 y ss.

TEPLY, Larry L. / WHITTEN, Ralph U. Civil Procedure 4th ed. New York: Foundation Press, 2009.

VEASEY, E.N., "The Ethical and Professional Responsibilities of the Lawyer for the Corporation in Responding to Fraudulent Conduct by Corporate Officers or Agents", Tenn. L. Rev., Vol. 70, 2002, 1 y ss.

WELLS, R.A., "The Use of Arbitration in Director and Officer Indemnification Disputes", Ohio St. J. on Disp. Resol., Vol. 1997, 13, 199 y ss.

WISE, R.K., "Demand Futility in Shareholder-Derivative Litigation Under Texas Law", Tex. Tech. L. Rev., Vol. 28, 1997, 59 y ss.

WRIGHT, Charles Alan, Law of Federal Courts, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 2011.

ZACHARIAS, "Who Owns Work Product?" U. Ill. L. Rev., Vol. 2006, 127 y ss.

ZEINEDDINE, M., "Piercing the Corporate Attorney's Veil: The Impact of the Sarbanes-Oxley Act on the Attorney-Client Privilege", T. M. Cooley L. Rev., Vol. 20, 2003, 131 y ss.

### **Jurisprudencia citada**

Aiken v. Texas Farm Bureau Mut. Ins. Co., 151 F.R.D. 621 (E.D. Tex. 1993).

Allied-Bruce Terminis Cos. V. Dobson 513 U.S. 265, 115 S. Ct. 834, 130 L. Ed. 2d 753 (1995).

Allstate Ins. Co. v. LaPore, 762 F. Su 268 (N.D. Cal. 1991).

American Family Life Assurance Co. v. U.S. Fire Co., 885 F. 2d 826, 831 (11th Cir. 1989).

AUSA Life Ins. Co. v. Ernst & Young, 991 F. Su 234, 240 (S.D.N.Y. 1997).

Biben v. Card, 789 F. Su 1001 (W.D. Mo. 1992).

Bishop v. Crowther, 428 N.E. 2d 1021 (Ill. A 1981).

Blum v. Stenson, 465 U.S. 886, 897, 104 S. Ct. 1541, 79 L. Ed. 2d 891, 901 (1984).

Bowie v. Home Ins., Co., 923 F. 2d 705, 710 (9th Cir. 1991).

Brennan v. Western Nat'l Mut. Ins. Co., 199 F.R.D. 660 (D.S.D. 2001).

Central Michigan Bd. Of Trustees v. Employers Reinsurance Corp., 117 F. Su 2d 627, 632 (Ed. D. Mich. 2000).

Clarke v. American Commence Nat'l Bank, 974 F. 2d 127, 129 (9th Cir. 1992).

Corcoran v. International Bus. Mach. Corp., 15 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 925 (4th Cir.) aff'd in part and remanded, 896 F. 2d 545 (4th Cir. 1990).

Crowe v. Smith, 151 F. 3d 217, 221 (5th Cir. 1998), cert. denied, 526 U.S. 1158 (1990).

Epstein v. MCA, Inc., 179 F. 3d 641 (9th Cir. 1999), cert. denied, Epstein v. Matsushita Electronic Indus. Co., 528 U.S. 1004, 120 S. Ct. 497, 145 L. Ed. 2d 384 (1999).

\_\_\_\_\_ 50 F. 3d 644, 665 (9th Cir. 1995), rev'd in part and remanded, 516 U.S. 367 (1996).

FDIC v. Gordiner, 783 F. Su 1186 (D. Minn.), rev'd on other grounds, FDIC v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 993 F. 2d 155 (8th Cir. 1993).

Federal Sav. & Loan Ins. Corp. V. Butler, 904 F. 2d 505 (9th Cir. 1990).

Fidelity & Deposit Company v. McCulloch, 168 F.R.D. 516 (E.D. Pa. 1996).

Finley v. Home Ins. Co., 975 P. 2d 1145, 1149, 1151-1152, 1153 (Haw. 1998).

First Fidelity Bancorp. v. National Union Fire Ins. Co., 1992 U.S. Dist. LEXIS 3087 (E.D. Pa. Mar. 13, 1992).

First State Bank v. American Cas. Co., 1994 Minn. A LEXIS 448 (May 17, 1994).

Franklin v. Kaypro Corp., 884 F. 2d 1222, 1224 (9th Cir. 1989), cert. denied, Franklin v. Peat Marwick Main &

Co., 498 U.S. 890, 111 S. Ct. 232, 112 L. Ed. 2d 192 (1990).

Gateway Technologies, Inc. v. MCI Telecommunications Corp., 64 F. 3d 993, 996 (5th Cir. 1995).

Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation, 500 U.S. 20, 114 L.Ed. 2d 26, 111 S. Ct. 1647 (1991).

Gottlieb v. Wiles, 143 F.R.D. 241, 250 (D. Colo. 1992).

Great Am. Ins. Co. v. Christopher, 2003 U.S. Dist. LEXIS 10076 (N.D. Tex. June 13, 2003).

Hamilton Mut. Ins. Co. v. Perry, 124 Ohio A 3d 147, 151, 705 N.Ed. 2d 731 (1997).

Hartford Fin. Servs. Group, Inc. v. Lake Cty. Park & Recreation Bd., 717 N.E. 2d 1232 (Ind. Ct. A 1999).

Illinois en Outboard Marine Corp. v. Liberty Mut. Ins. Co., 570 N.E. 2d 1154, 1158 (Ill. A 1991), *aff'd* in relevant part, *rev'd* in part on other grounds and remanded, 607 N. Ed. 2d 1204 (Ill. 1992).

In re Bell Petroleum Serv., Inc. 3 F. 3d 889 (5th Cir. 1993).

In re California Micro Devices Sec. Litig., 965 F. Su 1327, 1336 (N.D. Cal. 1997).

In re Cendant Corp. Litig., 264 F. 3d 201, 250-251 (3d Cir. 2001).

In re Continental Illinois Sec. Litig., 572 F. Su 931 (N.D. Ill. 1983).

In re Grand Jury Subpoenas, 89-3 and 89-4, 902 F. 2d 244 (4th Cir. 1990).

In re Klemann, 132 Ohio St. 187, 194, 5 N.E. 2d 492 (1936).

In re LTV Sec. Litig., 89 F.R.D. 595, 604-05 (N.D. Tex. 1981).

In re MCA, Inc. Shareholders Litig., 774 A. 2d 272 (Del. Ch. 2000), *aff'd* 785 A. 2d 625 (Del. 2001).

In re MCA, Inc. Shareholders Litig., 785 A. 2d 625 (Del. Ch. 2001), *cert. denied* 122 S. Ct. 1607 (U.S. 2002).

In re Nucorp Energy Sec. Litig., 661 F. Su 1403, 1408 (S.D. Cal. 1987).

In re Rite Aid Corp., Sec. Litig. 146 F. Su 2d 706 (E.D. Pa. 2001).

In re Salomon, Inc. Shareholders' Derivative Litigation, 1994 U.S. Dist. LEXIS 13874 (S.D.N.Y. Sept. 25, 1994),  
aff'd, 68 F. 3d 554 (2d Cir. 1995).

In re Santa Fe Int'l Corp., 272 F. 3d 705 (5th Cir. 2001).

In re Ugrin, Alexander, Zadick & Higgins, P.C. 2000 Mont. LEXIS 104 at \*26, 34-36, 37, 56-57 (Apr. 28, 2000).

Indrotronix Int'l Corp. v. Twin City Fire Ins. Co. no. 06 Civ. 2688 (CLB) (S.D.N.Y. April 30, 2007).

Jackson v. Capital Bank & Trust Co., 1994 U.S. Dist. LEXIS 3899. \*34 (E.D. La Mar. 30, 1994).

Jones v. Southern Marine & Aviation Underwriters, 888 F. 2d 358 (5th Cir. 1989).

Lapine Technology Corp. v. Kyocera Corp., 130 F. 3d 884 (9th Cir. 1997).

Lewis v. Shaffer Stores Co., 218 F. Su 238 (S.D.N.Y. 1963) y Messing v. FDI, Inc., 439 F. Su 776 (D.N.J. 1977).

Linde, Thomson, Langworthy, Kohn & Van Dyke P.C. v. Resolution Trust Corp., 5 F. 3d 1508 (D.C. Cir. 1993).

Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 514 U.S. at 64, 115 S. Ct. at 1219, 131 L.Ed. 2d 76, at 88 (1995).

Matsushita Electric Industrial Company v. Epstein, 516 U.S. 367, 116 S. Ct. 873, 134 L.Ed. 2d 6 (1996).

McDermott, Inc. v. AmClyde & River Don Castings, Ltd. 511 U.S. 202, 114 S. Ct. 1461, 128 L. Ed. 2d 148  
(1994).

Miller v. Shugart, 316 N.W. 2d 729 (Minn. 1982).

Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp., 460 U.S. 1, 24 (1983).

National Union Fire Ins. Co. v. Continental Ill. Corp., 110 F.R.D. 608, 611 (N.D. Ill. 1986).



National Union Fire Ins. Co. v. Continental Ill. Corp., 1987 U.S. Dist. LEXIS 9765 (N.D. Ill Oct. 27, 1987).

Nelson v. Bennett, 662 F. Su 1324, 1329 n. 24 (E.D. Cal. 1987).

Neuberger v. Shapiro, 110 F. Su 2d 373 (E.D. Pa. 2000).

Okada v. MGIC Indem. Corp., 608 F. Su 383 (D. Haw. 1985), aff'd in part, rev'd in part, 795 F. 2d 1450 (9th Cir. 1986), amended, 823 F. 2d 276 (9th Cir. 1986).

Peerless Ins. Co. v. Strother, 765 F. Su 866 (E.D.N.C. 1990).

People v. Ryan, 30 Ill. 2d 456, 460, 197 N.E. 2d 15 (1964).

PepsiCo, Inc. v. Continental Casualty Corp., 640 F. Su 656, 661 (S.D.N.Y. 1986).

Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967).

Ryan v. Gifford, 2007 Del. Ch. LEXIS 168 (Del. Ch. Nov. 30, 2007).

San Diego Federal Credit Union v. Cumis Ins. Society, Inc., 162 Cal. A 3d 358 (4th Dist. 1984).

San Diego Navy Fed. Credit Union v. Cumis Ins. Soc'y, Inc., 208 Cal. Rptr. 494 (Cal. Ct. A 4th Dist. 1984).

Schmidt v. Magnetic Head Corp., 101 A. D. 2d 268, 476 N.Y.S. 2d 151 (A Div. 1984).

Siddall v. Allstate Ins. Co. 15 Fed. Appx. 522, 2001 U.S. A LEXIS 17240 (9th Cir. Aug. 1, 2001).

Simpson v. Motorist Mut. Ins. Co., 494 F. 2d 850, 855 (7th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 901, 95 S. Ct. 184, 42 L. Ed. 2d 147 (1974).

Southland Corp. V. Keating 465 U.S. 1, 104 S. Ct. 852, 79 L. Ed. 2d 1 (1984).

St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Vigilant Ins. Co., 919 F. 2d 235 (4th Cir. 1990).

Thornton v. Paul, 384 N. Ed. 2d 335, 340 (Ill. 1978).

Transamerica Ins. Servs. v. Kopko, 570 N.E. 2d 1283 (Ind. 1991).

Trustees of MSU v. Continental Cas. Co., 730 F. Su 1408, 1414 (W.D. Mich. 1990).

United Servs. Auto. Ass'n v. Morris, 154 Ariz. 741 P. 2d 246 (Ari. 1987).

United States v. Rohm & Haas Co., 939 F. Su 1142, 1155 (D.N.J. 1996).

UNR Indus., Inc. v. Continental Cas. Co., 942 F. 2d 1101 (7th Cir. 1991).

Valassis Communications, Inc. v. Aetna Cas. & Sur. Co., 97 F. 3d 870 (6th Cir. 1996).

Valley Improvement Ass'n, Inc. v. United States Fidelity & Guar. Corp., 129 F. 3d 1108 (10th Cir. 1997).

Waste Mgmt., Inc. v. International Surplus Lines Ins. Co., 144 Ill. 2d 178, 161 Ill. Dec. 774, 579 N.E. 2d 322, at 330 (1991).

Western Fuels Ass'n v. Burlington Northern R.R., 102 F.R.D. 201 (D. Wyo. 1984).

Westinghouse Elec. Corp. v. Republic of the Philippines, 951 F. 2d 1414 (3d Cir. 1991).

Zagone v. Bosques, 2003 U.S. Dist. LEXIS 4816 (N.D. Ill. March 25, 2003).

*Trabalho enviado em 26 de abril de 2018*

*Aceito em 24 de maio de 2018*