

Los Contadores Públicos como Consejeros

(Segunda parte)

Por Deborah Archambeault y John Friedl.*

La profesión está en una encrucijada interesante: se necesitan C.P.C. para llenar los papeles de guardianes diligentes, conscientes en los consejos corporativos y en los comités de auditoría. Sin embargo, las preocupaciones por la responsabilidad personal pueden impedir que candidatos excelentes estén de acuerdo en servir. Este artículo resume algunos temas legales relevantes y da sugerencias para los contadores que estén considerando si sirven o no en un consejo.

Los recientes arreglos extrajudiciales en algunos casos de alto perfil han dado luz sobre la susceptibilidad de los Consejeros a la responsabilidad personal. En los casos de *Enron* y de *WorldCom*, los Consejeros fueron acusados de incumplimiento de deber fiduciario por falta de supervisión apropiada de la compañía.

Los convenios de arreglos en ambos casos requirieron que los Consejeros, no de la administración, pagaran una porción de los daños con sus activos personales, aun si el seguro de Consejeros y funcionarios (D&O, en inglés) cubría los daños.

En el caso de *Enron*, los pagos con los activos personales de los Consejeros representaban la restitución de una porción de las utilidades que estos directores recibieron por la venta de acciones de *Enron* antes del colapso de la compañía. En el caso de *WorldCom*, los pagos con activos personales se determinaron estrictamente como un porcentaje del patrimonio personal de cada director; no representaban una restitución de utilidades.

Esta tendencia de castigar a los Consejeros a través de la pérdida de activos personales por fallas en el desempeño de sus deberes fiduciarios ha surgido en los arreglos de la SEC. Estos arreglos también prohíben a la parte que conviene en el arreglo que busque reembolso o indemnización de las pólizas de D&O por las cantidades pagadas con activos personales.

Como los casos de *Enron* y *WorldCom* no fueron a juicio, los arreglos no valen como precedentes leales. Enseguida se examinan casos que recientemente se decidieron en juicio.

¿Sin responsabilidad?

Las decisiones recientes en litigios derivados de casos de accionistas sugieren que los miembros del consejo en el comité de auditoría están exentos de responsabilidad, siempre y cuando no participen en negociaciones de interés personal y no tengan conocimiento personal de faltas por parte de la corporación o sus funcionarios.

En el caso de 2006 de *Yemin Ji v. Kits van Heyningen* (Tribunal de Distrito por el Distrito de Rhode Island, 2006 Dist. LEXIS 65926), los accionistas demandaron personalmente a miembros del comité de auditoría del Consejo. El caso alegaba que los miembros incumplieron los deberes de vigilancia financiera al permitir la emisión de datos financieros imprecisos y de revelaciones públicas.

La corte rechazó este estándar de responsabilidad, requiriendo, en cambio, que los demandantes demostraran que los miembros del comité tenían conocimiento real de las impropiedades. De modo similar, en el caso de 2006 de *Conagra Foods Inc.* (US. Corte de Distrito para el distrito de Nebraska, 2006, U.S: Dist. LEXIS 70787), fueron insuficientes los alegatos de que los miembros del comité de auditoría debían haber sabido sobre las irregularidades contables.

Se pidió a los demandantes que proporcionaran alegatos particularizados de que los miembros del comité tenían conocimiento real de los errores contables. La corte en el litigio derivado *In re Cray Inc.* (U.S.: Corte de Distrito por el Distrito Oeste de Washington, 2006 U.S: Dist. LEXIS 27182) falló en 2006 que los miembros del comité de auditoría no eran "partes interesadas" que tuvieran algo que ganar al dejar de tomar acción respecto de solucionar los controles internos de la compañía.

La corte dijo: "la jurisprudencia relevante no sostiene que un director sea parte interesada sólo por virtud de ocupar un lugar en un Comité de Auditoría mientras la corpora- ➤"



La regla del juicio de negocios (con sus componentes de buena fe, lealtad y debido cuidado) es la norma para evaluar la responsabilidad del Consejero por incumplimiento del deber fiduciario.

subestimaba el valor de la compañía de manera importante. Salvatore Muoio, un Consejero que era analista de valores y experto en fusiones y adquisiciones, fue encontrado responsable por aprobar esta transacción que subvaluaba las acciones de la compañía. Otros Consejeros sin pericia en esta área no fueron encontrados responsables.

La decisión creó una preocupación importante de que los expertos financieros de los comités de auditoría pudieran enfrentar mayor responsabilidad si se les designaba como expertos. Sin embargo, los resultados del caso de *Emerging Communications* no soportan esta conclusión. El fallo de la corte

ción enfrenta irregularidades contables y de auditoría”. No hay registro de apelación en ninguno de los tres casos anteriores, así que no se anticipa una revocación de estas decisiones en el futuro previsible.

Una decisión del Tribunal de Chancillería en Delaware en 2006, en la que no se registra apelación, ha causado alguna preocupación sobre la responsabilidad de directores expertos. El juicio de accionistas de *Emerging Communications Inc.* (*Court Chancery of Delaware, New Castle, 2006 Del. Ch. LEXIS 25*) se basa en una negociación de una fusión en la que el consejo de directores, apoyado en la pericia de un experto financiero externo, aprobó un precio de acción que

no declaró, *per se*, que Muoio estuviera sujeto a un estándar más alto de cuidado. Limitó el estándar más alto al área específica en que Muoio era experto. La corte encontró que “la pericia de Muoio en esta industria era equivalente, o tal vez superior, a la de Houlihan, el asesor financiero del comité especial. Esta pericia daba a Muoio menos razón de tener deferencia con la valuación de Houlihan”.

La corte exploró las explicaciones plausibles en cuanto a por qué Muoio hacía a un lado su propio conocimiento experto y aprobaba un precio de fusión injusto. La corte encontró que dos posibilidades -o un deseo de enriquecer sus propios intereses, o una falta intencionada de consideración de su res-

ponsabilidad con los accionistas- demostraban que Muoio había incumplido sus deberes de buena fe y/o lealtad.

El Consejero “experto” en este caso fue encontrado responsable porque su pericia era tal que no podía haberse apoyado de buena fe en la opinión del experto externo. La principal lección de este resultado de la corte es que se espera que un Consejero con pericia la use en el desempeño de sus deberes fiduciarios. La falta de hacerlo se verá como incumplimiento.

La decisión del Tribunal de Chancillería de Delaware en *In re Walt Disney Company* (*Court Chancery of Delaware*, New Castle, 2005 Del.Ch. LEXIS 113), que fue confirmada por la suprema Corte de Delaware en 2006, sugiere que la regla del juicio de negocios sigue siendo el estándar para evaluar la responsabilidad del director.

En este caso, el consejo de administración de Disney, encabezado por CEO y Presidente Michael Eisner, aprobó un paquete de compensaciones para contratar a Michael Ovitz como presidente. El trato disponía un pago importante de terminación en caso de conclusión de servicios. Cuando Ovitz fue despedido un año después, el paquete de finiquito, que incluía efectivo y el derecho inmediato a opciones de acciones, se valuó en aproximadamente 140 millones. Los accionistas demandaron a los Consejeros, alegando que habían incumplido sus deberes fiduciarios al aprobar el paquete de compensación y permitir la terminación que dio como resultado el gran pago de salida.

El tribunal encontró que Eisner y los otros Consejeros actuaron de buena fe y en la creencia de que sus acciones eran en el mejor interés de la compañía. Por tanto, no violaron sus deberes fiduciarios. El tribunal criticó a los Consejeros por no actuar de acuerdo con las “prácticas óptimas” del Gobierno Corporativo, pero ese comportamiento no equivalía a incumplimiento del deber fiduciario.

El tribunal anotó que aunque las prácticas óptimas del Gobierno Corporativo pueden cambiar después de un tiempo, los deberes de un fiduciario no. Dejar de cumplir con el “ideal aspiracional de las prácticas óptimas” no es causal para declarar responsable a un fiduciario, en tanto se cumplan los deberes de lealtad, debido cuidado y buena fe.

Ampliación de la consciencia pública

Decisiones recientes de tribunales afirman que la regla del juicio de negocios (con sus componentes de buena fe, lealtad y debido cuidado) sigue siendo la norma para evaluar la responsabilidad del Consejero por incumplimiento del deber fiduciario. Aunque los arreglos extra judiciales puedan haber ampliado la consciencia pública sobre responsabilidad del Consejero, los Consejeros que actúen con buena fe, lealtad y debido cuidado deberán seguir estando protegidos contra responsabilidad personal. ❁

Deberes y consideraciones

- La Sección 407 de la SOX requiere de las compañías públicas la participación del “experto financiero” en un comité de auditoría pero no llega a requerirlo. Los C.P.C. se han convertido en los candidatos principales para servir bajo esta capacidad porque generalmente cumplen con la definición de experto financiero.
- Los deberes típicos de un Consejero Corporativo incluyen el manejo de una compañía a nombre de, y en el mejor interés de. Los accionistas tienen un papel de vigilancia y consultoría.
- Se espera que los Consejeros desempeñen sus deberes de acuerdo con ciertas normas de conducta, actúen de buena fe y desempeñen sus deberes con debido cuidado, lealtad, y diligencia.
- Los arreglos extrajudiciales en los casos de alto perfil, como *Enron* y *WorldCom* pueden haber recrudescido las preocupaciones sobre la responsabilidad personal de los Consejeros, pero no crean un precedente legal.
- Los recientes casos de litigios implicando responsabilidad de los Consejeros sugieren que los miembros del consejo estarán exentos de responsabilidad siempre y cuando no incumplan con su deber fiduciario participando en transacciones en su propio interés y no tengan conocimiento personal de mala conducta por parte de la corporación o sus funcionarios.
- Ser designado como experto significa que se espera que los Consejeros usen esa pericia cuando lleven a cabo deberes, y esto deberá considerarse al determinar si estos se desempeñaron con debida diligencia y de buena fe.

Texto original: *CPAs as Corporate Directors*. *Journal of Accountancy* September 2007. Traducción para *Veritas* del Colegio de Contadores Públicos de México por Jorge Abenamar Suárez.

*Deborah Archambeault, CPA, Ph.D. es profesor asistente de contabilidad en la Universidad de Tennessee, Debbie-Archambeault@utc.edu

*John Friedl es profesor del Departamento de Contabilidad, Departamento de Ciencias Políticas, Administración Pública, y Administración No Lucrativa en la Universidad de Tennessee, John-Friedl@utc.edu