

Spread the love



En esta entrada se da cuenta de la importancia de las medidas de gobernanza para la supervisión y control por parte del consejo de administración, sobre la declaración de responsabilidad de administradores (y altos ejecutivos). Para ello, nos servimos de recientes resoluciones judiciales de la judicatura estadounidense, y en concreto, de la del estado de Delaware. Cabe subrayar que para apreciar el alcance de esta jurisprudencia debe partirse de la concepción de deber de diligencia (deber fiduciario) apreciada conforme al llamado «test *Caremark*» fruto de jurisprudencia anterior.

Conforme al leading case *Caremark (In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litigation* [698 A.2d 959](#) (Del.Ch. 1996)), los miembros del consejo tienen el deber de vigilar y supervisar el cumplimiento normativo, la viabilidad operativa y el desempeño financiero de la sociedad

El estándar de conducta “*Caremark*” se basa en la verificación de si el consejo de administración fue, o no fue diligente, en el sentido de no poner en funcionamiento mecanismos de comunicación y de control destinados a hacer llegar al consejo informaciones sobre el funcionamiento de la empresa (y por tanto facilitar el ejercicio de la diligencia del ordenado empresario a través del control, la supervisión, la vigilancia).

Incluso cuando estos mecanismos de “reporting” y control existan, los administradores y consejeros también pueden incurrir en incumplimientos si los obvian o no los tienen en cuenta. Además, para deducir condenas de responsabilidad civil, *Caremark* exige prueba de actos (u omisiones) específicos de los que se pueda establecer la concurrencia de una suerte de negligencia grave (mala fe) de los consejeros. Las demandas de responsabilidad de administradores que se basan en el test *Caremark* se fundamentan, por tanto, en los procedimientos de gobernanza interna de las sociedades y de ahí viene considerándose que (conforme a la influyente jurisprudencia de Delaware) es recomendable que los consejeros

y ejecutivos puedan demostrar su labor de vigilancia y atención al cumplimiento normativo, especialmente en relación con situaciones como las derivadas de investigaciones de los supervisores, en las que se exige de ellos un nivel de cuidado elevado y por lo tanto pueden ser acusados de negligencia. Y, para facilitar la prueba eximente los titulares del órgano de administración y los altos ejecutivos se apoyan en distintos mecanismos reconocidos para el control de riesgos que incluirían desde programas de *compliance*, a comisiones delegadas de riesgos o protocolos de actuación.

Mencionamos algunas decisiones recientes para ilustrar, con cierto grado de detalle, como opera este principio.



[*Richardson v. Clark \(MoneyGram\)*](#), 2020 WL 7861335 (Del. Ch. 31 de diciembre de 2020)

La demanda de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos fue desestimada

MoneyGram es una empresa especializada en transferencias monetarias que había sido objeto de investigaciones (y sanciones) por blanqueo de capitales, en virtud de las cuales estaba sometida a un programa de indemnizaciones a favor de algunos afectados por sus actividades. Para realizar el seguimiento del programa que le fue impuesto, puso en marcha mecanismos internos de *compliance* legal que estaban destinados, precisamente, a cumplir el programa de indemnizaciones y a evitar que las actividades corporativas continuasen en la línea de las que motivaron la imposición de sanciones. Sin embargo, los problemas y errores de ejecución en su operativa causaron desajustes en el programa de indemnizaciones (que no dejaba de ser una sanción), por lo que fue ampliado de modo que

el nivel de las indemnizaciones que *MoneyGram* hubo de satisfacer se incrementó.

En el año 2020 los accionistas interpusieron una acción derivativa de responsabilidad contra los consejeros y altos ejecutivos de *MoneyGram*. Las alegaciones de los demandantes consistían (sustancialmente) en no habían sido diligentes en la ejecución del programa de compliance en el sentido de que se produjeron errores y retrasos en el cumplimiento del programa de indemnizaciones. Alegaron, y evidenciaron que *MoneyGram* había actuado con lentitud y sin eficacia en relación con las indemnizaciones que debía abonar y que sus directivos habían ignorado las alertas recibidas la autoridad que supervisaba el mencionado programa de indemnizaciones. Si bien tales acusaciones estaban, en conjunto, fundamentadas, el Tribunal tuvo en cuenta que la demanda no había se había apoyado en hechos o actuaciones concretas de las que pudiese deducirse mala fe (una suerte de negligencia grave en ese ordenamiento) en el desempeño de la función de vigilancia de los directivos acusados. Añadía la *Delaware Court of Chancery*, que conforme al test *Caremark*, el hecho de que un programa de cumplimiento no fuese adecuado o no tuviera mucho éxito no era suficiente para derivar responsabilidad civil de consejeros y altos ejecutivos.

Fisher v. Sanborn (LendingClub) 2021 WL 1197577 (Del. Ch. 30 de marzo de 2021).

En este asunto la acción derivativa de responsabilidad contra consejeros y altos ejecutivos también fue desestimada.

LendingClub opera una plataforma *online* que pone en contacto a inversores con potenciales solicitantes de crédito. En 2016, la *Federal Trade Commission* (FTC) inició una investigación por posibles prácticas engañosas y desleales con los consumidores por parte de *LendingClub*. Dos años más tarde, en virtud de los resultados de la investigación, la FTC interpuso acciones judiciales. Sobre esa base, un accionista demandó al consejo de *LendingClub* mediante una acción derivativa alegando que no



Lariño. A Coruña

había puesto en marcha un mecanismo adecuado de control de las actividades que eran competencia de los consejeros; que había obviado conscientemente su deber de supervisar el cumplimiento de deberes derivados de la legislación de protección de consumidores y que habían realizado afirmaciones engañosas y falsas especialmente a los inversores.

La *Court of Chancery* rechazó todos estos argumentos de la demanda. Por un lado señaló, a favor de los demandados, que el consejo de administración contaba con una comisión delegada de riesgos, que ésta recibía información actualizada de las quejas de los consumidores, que conocía el proceso de la FTC y que debatía periódicamente sobre estas cuestiones. Por todo ello este Tribunal consideró que no podía afirmarse que los demandados no se hubieran esforzado en supervisar el cumplimiento de la legislación de consumidores. Por otra parte, afirmó que el hecho de que se hubiesen realizado investigaciones e incluso acciones judiciales por parte del supervisor no demostraba que los consejeros supiesen, ni que debieran haber sabido que la sociedad estaba violando las leyes. Finalmente, la *Court of Chancery* se basó en que el demandante no había probado que los administradores actuasen de mala fe ni aportado evidencia de hechos concretos por los que pudiera deducirse que los administradores sabían que la corporación incumplía la ley, ni tampoco hechos de los que se pudiera deducir que los mandatarios habían mentido deliberadamente a los inversores en relación con las investigaciones de la FTC

[*Marchand v. Barnhill* , 212 A.3d 805 \(Del. 2019\)](#)

La acción de responsabilidad fue estimada

Blue Bell Creameries USA, Inc, uno de los mayores fabricantes de helados de Estados Unidos, sufrió un brote de listeria a principios de 2015. La incapacidad de esta corporación para contener la propagación de la listeria en sus plantas de fabricación hizo que ésta se extendiese en sus productos. Tres personas murieron como resultado del brote. La empresa retiró entonces todos sus productos, cerró la producción en todas sus plantas y despidió a

más de un tercio de su plantilla.

Los accionistas también sufrieron pérdidas porque, tras el cierre operativo, *Blue Bell* conoció una crisis de liquidez que le obligó a aceptar una inversión de capital privado en virtud del cual la participación en el capital de los accionistas iniciales quedó diluída. Un accionista presentó una demanda derivativa contra dos altos ejecutivos y contra administradores de *Blue Bell*, alegando el incumplimiento de las obligaciones fiduciarias de los demandados. La demanda se fundamentaba, más concretamente, en que los ejecutivos -el presidente y director general, y el vicepresidente de operaciones- incumplieron sus deberes de diligencia y lealtad al ignorar, a sabiendas, los riesgos de contaminación y al no supervisar la seguridad de las operaciones de fabricación de alimentos de *Blue Bell*.



Coimbra

La demanda presentó hechos concretos que apoyaban razonablemente la alegación de que la administración de *Blue Bell* no había implantado ningún sistema para supervisar el cumplimiento de los deberes de seguridad alimentaria de *Blue Bell*. El hecho de que un consejo de administración «no intente garantizar la existencia de un sistema razonable de información y comunicación» equivale a un acto de «*mala fe*» contrario a sus deberes fiduciarios. Cuando un demandante puede evidenciar que el consejo de administración no ha realizado ningún esfuerzo para asegurarse de que está informado de asuntos relativos a cumplimiento que son críticos para el funcionamiento de la empresa, cumple los requisitos del exigente test *Caremark* para atribuir responsabilidad a sus miembros.

Así en *Marchand*, el Tribunal Supremo de Delaware determinó que el consejo de una empresa de helados que no contaba con sistemas para controlar la seguridad alimentaria,

había incumplido su deber fiduciario.