

**IN WHOSE BEST INTEREST?
(CA MAGAZINE, september 2007)
Traducción para Veritas del Colegio de
Contadores Públicos de México,
por Antonio Berges**

¿EN EL MEJOR INTERÉS DE QUIÉN?

** Kennet Prehogan*

Cuando los funcionarios corporativos encuentran oportunidades de ganancia personal, hay una forma correcta de conseguirla y también hay la forma indebida.

Desde el amanecer de la corporación moderna, no han escaseado los funcionarios y directores en busca de formas para obtener el máximo en sus afiliaciones corporativas. Y mientras que la mayor parte de los beneficios de los líderes corporativos han sido bien ganados, han ocurrido muchos casos en los que los arreglos para obtener el máximo de beneficios en interés propio, han afectado los intereses de los accionistas de la compañía.

A los funcionarios y directores se les han confinado los cordones de la bolsa del dinero y pueden participar dentro de una variedad de transacciones que son necesarias para operar y hacer crecer al negocio. Cuando el interés propio de un funcionario o director está facturado dentro de la toma de decisiones, surgen tensiones y dudas sobre lo que es verdaderamente mejor para los accionistas de la compañía.

Con todo el poder de la toma de decisiones situado en el nivel de funcionario y director, los accionistas pueden encontrarse en una posición vulnerable, ya que las transacciones, pueden realizarse sin su conocimiento. Esa es la razón por la que hay significativas restricciones legales en la auto-operación corporativa. No se trata de una prohibición estricta, sólo de un juego de restricciones. Para ser directo, hay una forma correcta de auto-operar, con pleno conocimiento y relación, y una forma incorrecta con todas las formas de engaño, justificación y enriquecimiento injusto.

Definición de la auto-operación

La auto-operación en un contexto corporativo es una conducta en la cual los funcionarios o directores corporativos se aprovechan de sus posiciones para actuar en su propio interés en vez de hacerlo en los mejores intereses de la corporación y de sus accionistas. Las formas en que puede ocurrir la auto-operación son virtualmente ilimitadas. Podrían involucrar el uso de activos corporativos para uso personal; la creación de paquetes excesivos de compensación que guarden escasa relación con el trabajo que se esté desarrollando; o podrían tomar la forma de que los funcionarios o directores estuviesen aprovechando las oportunidades de negocios para ganancia

personal cuando esas oportunidades fueren descubiertas en el curso normal de su trabajo corporativo. Mientras que los casos de alto perfil han conducido a muchos a igual la auto-operación con el fraude criminal, es importante reconocer que los casos de auto-operación a menudo se acercan mucho a las acciones requeridas para quebrantar las leyes criminales.

A menudo, la auto operación involucra la violación del trabajo fiduciario de la ley común, con las adjuntas penalidades civiles. Y en la mayor parte de los casos, los individuos no creen que hayan hecho nada malo y se sorprenden al encontrar cuestionadas sus acciones.

La prohibición de restricciones civiles contra la auto operación comienza con el deber de atención que los funcionarios y directores tienen hacia sus corporaciones –un deber claramente establecido en las leyes de negocios canadienses. La Sección 122 de la *Canada Business Corporation Acts* expresa que cada director corporativo tiene el deber de actuar honestamente y de buena fe con vista a los mejores intereses de la corporación y de ejercer el cuidado, diligencia y habilidad que una persona razonablemente prudente ejercería en circunstancias comparables.

Las leyes provinciales tienen provisiones similares

Mientras que la ley presume que cualquier contrato o transacción entre un director o funcionario y la corporación es inválido y **cancelable** por la corporación, hay excepciones en cuanto a las reglas de la auto operación. Para que tengan vigencia los contratos o transacciones con partes interesadas, hay tres condiciones que deben cumplirse:

- * la parte interesada debe hacer una revelación total de la transacción para que los directores estén completamente informados de su naturaleza y de los eventos materiales que la rodean:
- * con la revelación total dada, la transacción debe ser aprobada anticipadamente por los directores
- * la transacción debe ser razonable y justa para la compañía en el momento en que es aprobada.

Estas excepciones han sido probadas por las cortes muchas veces a lo largo de los años. Aunque es seguro decir que los hechos de cada caso determinarán el nivel de revelación necesaria y el grado en el cual los directores deben satisfacerse así mismos de un beneficio para la corporación, la gran parte de si una auto operación está permitida, se reduce a un solo elemento: a integridad de los individuos involucrados en la realización de la transacción.

El caso *Repap Enterprises* de 2002 es un buen ejemplo. *Repap* fue una empresa de productos forestales, cuyo Presidente del Consejo fue el mayor accionista individual de la compañía. El Presidente del Consejo propuso que él se convirtiera en el principal funcionario ejecutivo aunque la compañía ya tenía un Director General y él comenzó a procesar tener un generoso convenio de compensación aprobado por el Consejo de Directores.

El convenio de compensación fue finamente aprobado por el Consejo pero solamente en la reunión de un segundo consejo que incluía nuevos miembros del consejo que no tenían una total comprensión de las circunstancias que rodeaban el paquete de compensación. Además, el comité de compensación y la junta se apoyaban en la opinión de un consultor independiente, que aunque no tenía la culpa, estaba limitado en su alcance y se basaba en información incompleta.

Los accionistas de la compañía estaban opuestos al convenio, y tuvieron éxito al instalar un nuevo consejo. Establecieron una acción legal para dejar de lado el generoso paquete de compensación ejecutiva del anterior Presidente del Consejo, que en ese tiempo tenía un valor de 27 millones. La acción de la corte tuvo éxito en casi todos los asuntos, y el convenio fue dejado de lado. Las razones dadas fueron extensas, pero los tres puntos notados pueden proporcionar importantes puntos de orientación para determinar la legitimidad de las transacciones de las partes interesadas involucrando funcionarios o directores.

Falla de hacer revelación total. En el juicio, el presidente del consejo se encontró que había omitido información clave que rodeaba el paquete de compensación cuando se presentó al Consejo. La integridad fue una cuestión y el juez encontró que el presidente del consejo había fallado totalmente en la conducta requerida de él, con relación a la “revelación, honestidad, lealtad, candor y el deber de favorecer los intereses de Rapap sobre los suyos propios.

Falla de tomar una decisión informada. Los directores fallaron en tomar su decisión sobre una base informada y razonada. El comité de compensación, en el cual había confiado el consejo para proporcionar la supervisión necesaria, no recibió consejo legal o experto y no tomó los pasos para examinar deliberaciones anteriores que ocurrieron con relación al contrato. El consultor de compensaciones que aconsejó al comité de compensación no fue apropiadamente informado.

Falla en estructurar un contrato justo. El presidente del consejo solicitó tipos e importes de compensación que no estaban claramente de acuerdo con los mejores intereses de la compañía. Aún tomando en cuenta las protecciones ofrecidas por la regla del juicio del negocio –una regla diseñada para evitar las decisiones improvisadas con pobre criterio del consejo– la escala de la compensación en paquete podría no estar justificada sobre ninguna base razonable. Para que una transacción de parte interesada sobreviva al escrutinio de un accionista, los asuntos de revelación plena, la toma de decisiones informadas y su justicia deben ser claramente consideradas.

La oportunidad llama a la puerta

Las reglas de auto operación son aplicables no sólo a convenios o transacciones que proporcionen ganancia inmediata para un funcionario o director, si no también al aprovechamiento de oportunidades de negocios que podrían producir un beneficio futuro. En casi todos los casos, cualquier oportunidad

adquirida por un director o funcionario por virtud de su posición corporativa es propiedad de la compañía, y no del director o funcionario.

Digamos que un funcionario de una compañía de recursos naturales visita una propiedad mantenida por la compañía para desarrollo futuro y durante el curso del viaje se entera de una propiedad cercana con excelente potencial de desarrollo. El funcionario no puede adquirir un interés en esa propiedad personalmente o a través de otra compañía, por lo menos sin proporcionar una revelación completa a su compañía empleadora y de recibir la aprobación de esa compañía.

Esta restricción fue fijada claramente en una decisión de 1074 de la Corte Suprema de Canadá. En el juicio de *Canaria Aero Service Lt. Contra Litton Industries, Inc.*, una corporación norteamericana. A lo largo del tiempo, los directores y funcionarios estuvieron descontentos con las limitaciones establecidas para los por los nuevos propietarios y temieron que iban a perder sus posiciones si *Canaero* faltaba en la obtención de importantes contratos.

Esto condujo a una serie de eventos en los cuales renunciaron dos de los directores, formaron una nueva compañía y poco tiempo después la nueva compañía obtuvo el proyecto Guayana.

Canaero planteó un juicio a sus anteriores funcionarios y directores por rompimiento de deberes fiduciarios. La corte concedió el juicio por 125,000 contra cada uno de ellos, una aproximación de la utilidad realizada pro cada uno de ellos, en el contrato Guayana.

Al ganar este juicio, *Canaero* no tuvo que demostrar que habría obtenido el proyecto Guayana por al interferencia de sus directores anteriores. De hecho, el juez de la corte había encontrado que *Canaero* podría no haber obtenido el contrato debido a su asociación con otro proveedor de servicios. Ni *Canaero* tuvo que probar cual había sido su utilidad si le hubieran otorgado el proyecto. Como dijo la corte, "*Canaero* tiene derecho a obligar a los fiduciarios infieles a responder por la falla de acuerdo a su ganancia".

Aunque el incumplimiento del deber fiduciario puede lucir autoevidente en *Canaero* y otros casos, lo funcionarios y directores a menudo justifican sus acciones basados en circunstancias de negocios en efecto en ese tiempo.

En *Canaero*, usted puede imaginar cómo pensaban los directores que perseguían la oportunidad Guayana para su ganancia personal. En sus mentes, era improbable que *Canaero* obtuviera el contrato.

Además, enfrentaban restricciones impuestas por los nuevos propietarios corporativos de los Estados Unidos de América, sobre la forma en que ellos operaban y estaban genuinamente preocupados sobre su futuro con la compañía. Cuando se presentaba a si misma la oportunidad de cambiar de empleo con alguna medida de seguridad financiera, ellos la tomaron. Dos niveles inferiores de los tribunales convinieron en que sus acciones no eran impropias, pero la corte más elevada del país expresó su opinión de que sus

acciones violaban el deber fiduciario que ellos debían a la compañía. Desde entonces, este caso ha representado el estándar canadiense para el deber fiduciario de un oficial y director.

La situación pudiera ser diferente si una compañía actualmente declina una oportunidad que se presente a si misma. La auto operación en oportunidades de negocios ha sido permitida en casos donde un consejo ha tomado una decisión de buena fe para no perseguir una oportunidad de negocios y resulta claro que ninguno de los directores estaba persiguiendo motivos personales al rechazar la oportunidad.

Sin embargo, aunque tal situación podría permitir a los directores o funcionarios perseguir una oportunidad rechazada en sus capacidades privadas, el proceso completo deber ser realizado con integridad y los individuos deben ser cuidadosos para evitar el uso de cualquier información confidencial o de otros recursos corporativos que estaban disponibles para ellos como funcionarios o directores de la compañía.

Proceda con cuidado.

Mientras existan señales de que el intenso escrutinio de las corporaciones resulte en los bien publicitados escándalos corporativos de los últimos años puede estar disminuyendo ligeramente, los líderes de negocios deben continuar siendo extremadamente cuidadosos de su deber primario para actuar en los mejores intereses de las corporaciones que ellos sirven.

Para los directores que consideren una transacción donde se ha revelado un interés, deberán obtener un consejo legal independiente y experto que necesiten para satisfacerse a si mismos del beneficio para la compañía.

Para los directores y funcionarios que se dediquen a transacciones que podrían verse como auto operacionales –o que deseen seguir privadamente oportunidades que fueron previamente consideradas por su corporación– les deberán seguir cuidadosamente la revelación y otros pasos fijados en los estatutos de gobierno de la corporación. Y dado el potencial de las consecuencias de violar sus deberes para la compañía, deberán obtener consejo legal antes de dar cualquier clase de primeros pasos.

** Kennet Prehogan, BLC, en socio principal de WeirFoulds LLP en Toronto. Práctica litigación corporativa, comercial y de propiedades.*