



DERECHO CORPORATIVO EN CANADÁ

Las leyes que regulan las sociedades aumentan la responsabilidad de los directores corporativos.

Un director: Ser o no ser

Con posterioridad a los recientes escándalos financieros, cada vez son más las demandas iniciadas contra los directores corporativos: por consiguiente: escasez de candidatos para estas cargos. El cargo de director corporativo puede ser una ocupación fascinante y de prestigio, pero de todos modos sigue siendo de riesgo potencial y puede llevar a importantes consecuencias. La función de director corporativo conlleva determinadas obligaciones, que son escasamente conocidas o comprendidas por la parte interesada. Efectivamente, varias leyes imponen determinadas responsabilidades sobre los directores frente (entre otras cosas) a los salarios impagos de empleados, deducciones en origen (impuestos por ventas; CSST y contribuciones por seguro de empleo, etc.) Efectivamente, varias leyes (entre otras: la *Ley de Sociedades*, así como también determinadas leyes relativas a relaciones laborales, capacitación profesional, y manejo de empleados en la industria de la construcción) de hecho disponen que los importes impagos por la compañía sean cobrados directamente de los directores. Asimismo, no debemos olvidar las leyes relativas a protección medioambiental.

Ya sea que ocupen el directorio de una sociedad anónima o una empresa (privada o pública, con o sin fines de lucro), una cooperativa, o una coalición de empresas (condominio), la situación de cada director es distinta, y el alcance de sus obligaciones y responsabilidades varía de acuerdo con el tamaño y el tipo de organización del directorio en el que se encuentra. En este contexto, se torna importante que un particular que contempla encabezar el cargo de director, tenga conocimiento del alcance de los riesgos potenciales de serlo, a los efectos de protegerse contra esos riesgos.

En este texto, el término “empresa” se debe interpretar como: *toda persona legal (o “moral”) que lleva a cabo una actividad económica*. Dentro del limitado alcance de este artículo, los autores prefirieron no referirse a las distintas distinciones relativas al cargo de director dentro de las personas jurídicas, como por ejemplo sociedades anónimas, coaliciones de empresas, asociaciones sin fines de lucro, y otras cooperativas. Efectivamente, los principios que se indican mas abajo se deben aplicar de manera amplia (con alguna adaptación) a los distintos tipos de personas jurídicas.

A) ÁREAS DE RESPONSABILIDAD

Dentro de una empresa, la función del directorio es, en la práctica, administrar las operaciones y aprobar los objetivos financieros así como las orientaciones estratégicas. Al ejercer esta función, los directores deben tener presente que siempre deben actuar en el mejor interés de la empresa para aumentar su valor. Conforme con lo anterior, las distintas leyes societarias, fiscales y civiles depositan en los directores corporativos una serie de obligaciones y responsabilidades. Las principales son las siguientes: responsabilidad por los salarios impagos, la obligación de actuar con cuidado y diligencia, responsabilidad medioambiental, y cualquier garantía otorgada por el director a los acreedores de la empresa.

1. Salarios impagos

Bajo el artículo 96 de la *Ley de Sociedades de Québec* y el artículo 114 de la *Ley de Sociedades Comerciales de Canadá* el director de una empresa constituida en la provincia de Québec puede ser considerado responsable en forma personal por el pago de los salarios de los empleados de la compañía si esa empresa se torna insolvente.

La responsabilidad por los salarios impagos no necesariamente surge de un acto, una falta una omisión determinada. Más bien, el simple hecho de sentarse en el directorio al momento en que se prestaron los servicios del empleado es suficiente para activar la responsabilidad de un director. Si ese no fuera el caso, y se invocara la responsabilidad de un director

determinado por ante un tribunal de justicia, pesará sobre ese director la carga de probar que no lo era al momento en el que los salarios debían haberse pagado.

En consecuencia, es suficiente mencionar que un director debe prestar especial atención al pago de los salarios de los empleados, particularmente si la empresa está atravesando dificultades financieras.

2. Obligación de actuar con debido cuidado y diligencia en el mejor interés de la empresa

Los accionistas y acreedores de sociedades canadienses esperan que sus directores y ejecutivos tomen decisiones comerciales razonables a los efectos de utilizar los recursos de la empresa de manera redituable. Sin embargo, los directores deben actuar “*en el mejor beneficio de la empresa*”, y no “*en el mejor beneficio de los accionistas*”. De hecho, los directores son los mandatarios de la empresa, y no de los accionistas. La doctrina nos señala que la expresión “*en el mejor beneficio de la empresa*” se debe interpretar como “*la maximización del valor de la empresa*”. No obstante, los tribunales reconocen que, más allá de maximizar el valor de la empresa, el directorio actúa en el mejor beneficio de la empresa cuando tiene en cuenta “*particularmente, los intereses de los accionistas, empleados, proveedores, acreedores, consumidores, gobiernos y el medio ambiente*”. A pesar de que esta norma es de fácil creación, su aplicación es muy difícil, si tomamos en cuenta los múltiples y por lo general divergentes intereses en juego. Esta situación puede tornarse mucho más problemática cuando dificultades financieras atacan a la empresa.

Obligación de permanecer informado— En su carácter de director, éste tiene acceso a todos los libros societarios de la empresa, relacionados con la contabilidad y otros temas. Por consiguiente, él puede y de hecho **debe** analizar esos libros cuando ese análisis es necesario para comprender una propuesta presentada al directorio. En el caso de que no cuente con la capacidad o el conocimiento necesario para comprender y evaluar esos documentos, debe obtener la asistencia necesaria, por lo general a través de la ayuda de expertos competentes en la materia pertinente. También es deseable el asesoramiento externo cuando el director debe analizar una cuestión que se encuentra más allá del ámbito de su especialidad personal. (Por ejemplo, tomemos el caso de un artista, que actuando como director, debe aprobar la construcción de un nuevo teatro).

No obstante, la doctrina confirma que los directores que actúan con asesoramiento profesional (abogados, contadores, etc.,) pueden invocar la diligencia razonable como una defensa, a los efectos de liberarse de responsabilidad personal derivada de su cargo de director. Este concepto refuerza las tendencias actuales de la dirección corporativa al proporcionar un estímulo a los directores para reforzar la calidad de su gestión al recurrir a asesoramiento profesional. Efectivamente, recurrir a asesoramiento externo por lo general puede liberar a un director de responsabilidades que de lo contrario tendría que asumir.

En otras palabras, un director no puede sencillamente aprobar oficialmente las recomendaciones entregadas por los distintos ejecutivos al directorio. La obligación de ejercer debido cuidado y diligencia pesa sobre él para tomar decisiones que sean redituables para la empresa; los ejecutivos no tienen esa obligación. Asimismo, la responsabilidad de un director con relación a las decisiones que toma debería ser proporcional a su competencia y experiencia personal.

3. Responsabilidad respecto del medio ambiente

La *Ley de Calidad Medioambiental* (Québec) autoriza a que el Ministro de Medio Ambiente de Québec ordene a una empresa a llevar a cabo una acción (por ejemplo: descontaminar una parcela de tierra), si la empresa se niega a cumplir; sus directores pueden y de hecho, serán personalmente responsables por el gasto que incurra el Ministerio de Medio Ambiente en poner en marcha el trabajo requerido en lugar de la empresa. Asimismo, la *Ley de protección ambiental de Canadá* dispone la responsabilidad civil solidaria entre los directores, cuando permitan que su empresa vierta productos tóxicos al medio ambiente.

Asimismo, si un director autoriza o estimula una infracción a esa orden ministerial, o si ese director autoriza o estimula la emisión o el depósito de contaminantes en forma contraria a la ley, se pueden iniciar cargos penales contra ese director. Ese director de ese modo estaría expuesto a sustanciales multas; la ley inclusive dispone castigos penales con prisión por esas infracciones.

Asimismo, se podría mantener la responsabilidad de un director en los casos en que éste sencillamente tolerara una situación potencialmente perjudicial para el medio ambiente (por ejemplo: el almacenamiento de contaminantes), independientemente de la existencia de culpa directa de ese director.

4. Garantía otorgada por un director

Si un director o un ejecutivo de una empresa deja sus funciones, ¿queda liberado de la garantía que hubiera firmado en favor de un acreedor de la empresa? Con excepción de determinados casos específicos, la respuesta es negativa. **Por regla general**, la renuncia de un director o un ejecutivo no pone fin a ninguna garantía que hubiera otorgado.

En este caso, ¿qué puede hacer el director o ejecutivo para protegerse y evitar ser considerado personalmente responsable bajo la garantía firmada, después de haber renunciado? Existe una respuesta parcial en el artículo 2363 del *Código Civil de Québec*, que establece lo siguiente: “*La garantía unida al cumplimiento de obligaciones especiales finaliza al momento en que cesan las obligaciones*”. Entonces, ¿Cómo beneficiarse del Art.2363 del C.C.Q. y asegurar que el director será liberado de la garantía otorgada al momento de su renuncia?

Cuando un director o un ejecutivo contrata una garantía; sería prudente especificar lo siguiente:

- a) Que el director contrata la garantía en su carácter de director o presidente de la empresa y no en su carácter personal.
- b) Que la garantía que se está contratando finalizará cuando el director deje de actuar como presidente o director de la empresa.

La aplicación de estas simples sugerencias debería solamente mejorar la posición del director o el ejecutivo y deberían evitar sorpresas no deseadas posteriores a los almuerzos de despedida.

B) MECANISMOS DE PROTECCIÓN

En la actual coyuntura, se hace difícil para cualquier empresa contratar buenos candidatos para su junta de directores. En consecuencia, una empresa debe ofrecer a potenciales directores determinadas garantías de indemnización financiera, hasta eventualmente hacerse cargo de su defensa, contra las demandas personales derivadas de acciones y decisiones que tomaren mientras estuvieran en funciones. En la opinión del autor, toda persona debería asegurarse de recibir garantías suficientes en tal sentido, antes de aceptar sentarse en la junta de un directorio, a los efectos de limitar los riesgos relativos a su función. Sin esas precauciones necesarias, sería poco prudente aceptar el cargo de director teniendo en cuenta la legislación actual.

No obstante, es importante destacar que un director no podría recibir indemnización de la empresa si incurriera en responsabilidad financiera como consecuencia de su propia negligencia grave o falta de conducta intencional. Asimismo, el director puede perder los beneficios de garantía indemnizatoria si se encuentra en una situación de conflicto de intereses con relación a otras funciones (o con relación a sus propios intereses personales) que ocupara en forma simultánea; por ello, la obligación de actuar con *diligencia* y en interés de la empresa.

1. La legislación

La **Ley de Sociedades Comerciales de Canadá (*Canada Business Corporations Act*)** y la **Ley de Sociedades (*Companies Act*)** (Québec) autorizan a una empresa a mantener indemnes a sus directores frente a sus honorarios por defensa y de ser aplicable frente a cualquier eventual condena. De todos modos, en el caso de no existir un compromiso formal por parte de la empresa en el sentido de indemnizar al director, se requiere de la decisión de la junta de directores (siempre sujeta a la buena fe del cuerpo) para la creación de garantías efectivas. Por este motivo, sería más beneficioso si la empresa adoptara una verdadera obligación de indemnizar a favor de sus directores.

2. El estatuto de indemnización

Una empresa puede (y sería deseable que lo hiciera) adoptar un estatuto regulatorio de la indemnización a un director. Ese estatuto formaría parte de la regulación interna de la empresa y dispondría acerca de aquellas situaciones en las que la empresa tiene que indemnizar a un director, independientemente de la voluntad del directorio. Este estatuto regulatorio de la indemnización de un director se aplicaría no solamente en los casos de falta u omisiones del director particular, sino también respecto de los otros directores, ejecutivos u empleados frente a los cuales el director podría ser considerado responsable. Antes de aceptar el cargo de director, una persona debería de este modo asegurarse de la existencia de ese estatuto.

3. El acuerdo indemnizatorio

El único punto débil del estatuto regulatorio interno consiste en que puede ser susceptible de modificación o anulación posterior por parte de la junta de directores sin el consentimiento del director particular. Además del estatuto (que podría ser unilateralmente modificado), los autores sugieren en su lugar la creación de un contrato indemnizatorio entre la empresa y cada uno de sus directores. Ese acuerdo constituye un contrato, como resultado del cual el director puede solicitar a la empresa que asuma sus gastos de defensa así como cualquier eventual condena pecuniaria.

El director prudente obtendrá una carta de indemnización de la empresa, de acuerdo con la cual la empresa conviene en mantenerlo indemne frente a todo daño o reclamo frente al cual pueda estar sometido dentro del marco de sus funciones como director o frente a cualquier circunstancia relacionada con ese cargo.

4. Seguro de responsabilidad

Naturalmente, si la empresa se torna insolvente, se ve limitada la utilidad de *contratos indemnizatorios y estatutos*, debido a que la empresa no tendría acceso a los fondos necesarios para indemnizar al director; de allí la necesidad de un seguro de responsabilidad.

De hecho, la junta de directores puede comprometer a la empresa para que contrate una póliza de seguro de responsabilidad; un director también puede contratar personalmente esa póliza. Con relación a las primas de este seguro, por lo general le corresponde a la empresa soportarlas, teniendo en cuenta que es el en el mejor interés de la empresa que el director asuma su cargo.

El seguro de responsabilidad pretende indemnizar al director por su responsabilidad personal. Asimismo, sirve a los efectos de reintegrar a la empresa los importes que ésta hubiera tenido que pagar a los efectos de indemnizar a sus directores o ejecutivos. El objetivo consiste en obtener una póliza de seguro que cubra la responsabilidad derivada de las acciones, omisiones, u errores de un director en el ejercicio de sus funciones así como también la responsabilidad derivada de responsabilidades legales. Esas pólizas no cubren actos deshonestos, dolosos o culposos, así como tampoco la responsabilidad derivada de actos u omisiones anteriores a la fecha en la que tienen efecto.

Cuando se inician procesos legales contra un director con posterioridad a la cobertura de un riesgo bajo la póliza, el asegurador asumirá los costos de la defensa del director y pagará cualquier eventual condena. Naturalmente, se supone que el director respetó los términos de la póliza de seguro y que los fundamentos de la demanda están cubiertos por la póliza. *La ventaja de una póliza de seguro de responsabilidad radica en que ésta ofrece protección al director sin importar que la empresa sea solvente.*

No obstante, los autores no opinan que suscribir una póliza de seguro de responsabilidad (en beneficio de los directores) tenga carácter esencial. Efectivamente, en determinados casos, las primas de una póliza de esa naturaleza podrían ser prohibitivamente onerosas teniendo en cuenta el bajo riesgo y las actividades limitadas de la empresa. Aún así, sigue siendo esencial que la junta de directores analice al menos, la naturaleza pertinente de contratar esa clase de póliza y que obtenga una decisión informada sobre el particular.

5. La publicidad legal de la acción de personas jurídicas

Cuando un director deja sus funciones, es de primordial importancia asegurarse de que su partida se notifique a todas las partes, es decir: se haga pública. Bajo la *Ley relativa a la publicidad legal de sociedades unipersonales, sociedades colectivas y personas jurídicas* (“*Legal Publicity of Legal Persons Act*”), una persona jurídica (la empresa) que opera en la provincia de Québec, o que está constituida en esa provincia, tiene la obligación de registrar ante el *Registraire des Entreprises* (literalmente “Registro de Sociedades”) una declaración de matriculación o una declaración inicial. Estas declaraciones incluyen, entre otras cosas, el nombre de cada director. Debido a que los registros del Registro son públicos, se debe tener en cuenta que la información dada a conocer en cada una de esas declaraciones y comunicada al Registro se considera prueba relativa a esa información frente a terceros de buena fe. Esta presunción legal puede llevar a situaciones desafortunadas cuando la información divulgada resulta errónea o se veta debido a no estar actualizada en forma oportuna con posterioridad a la renuncia de un director.

Si una persona sigue figurando como un director en los registros del Registro con posterioridad a su renuncia, esa persona continua siendo un miembro de *buena fe* de la junta de directores frente a terceros, y en consecuencia expuesto a responsabilidad aunque ya no esté en sus funciones. En algunos casos, los tribunales permitieron que se objetara la información que figuraba en el registro cuando se invocaba la responsabilidad del director renunciante. Sin embargo, en esos casos, la carga de probar que no era director al momento de la presentación de la demanda le corresponde directamente al anterior director.

Cuando una persona renuncia a su cargo, en consecuencia es de primordial importancia asegurarse que todos los pasos necesarios se hayan tomado a los efectos de que los registros públicos del Registro reflejen esa renuncia.

Conclusión

En estos días, las obligaciones y responsabilidades de los directores son cada vez más exigentes, dado que la sociedad se hace cada vez más demandante (y cada vez menos complaciente) hacia los directores de una empresa. En este contexto, las consignas de un director son “prevención” y “vigilancia”. Por un lado se debe asegurar que la empresa esté bien estructurada y que se contraten los debidos compromisos de indemnización (ya sea un contrato de indemnización o una póliza de seguro de responsabilidad) necesarios para proteger a los directores. Por un lado, el director puede reducir el riesgo de su responsabilidad derivada de actuar solicitando a los ejecutivos de la empresa que le proporcionen un certificado que confirme que la empresa pagó en forma debida a todos los empleados y que se realizaron todas las deducciones aplicables en origen. Mientas que participe en la junta de directores, el director debe obtener toda la información pertinente para efectuar decisiones informadas sobre todas las cuestiones que se le presentan. También debe actuar con diligencia. Si no está de acuerdo con una decisión de la junta de directores, debe insistir en que su oposición quede asentada en el acta de la reunión de directorio y que sea incluida en el libro de actas de la empresa. Por último,

cuando finalice su cargo de director, debe verificar que los registros que figuran en el Registro de Sociedades (*Registraire des Entreprises*) estén actualizados y que indiquen en forma debida la **fecha** de su renuncia o partida.

Última actualización: Febrero de 2011

La **Crónica Jurídica** es una atención del **Dr. Alain P. Lecours**. La traducción al español la realizó [Alejandra Hozikian](#) abogada y traductora pública de inglés miembro del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires; y del Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina. La Crónica Jurídica es distribuida gratuitamente, vía correo electrónico, a los clientes y socios de negocio del estudio Lecours, Hébert Abogados inc. El presente documento tiene por finalidad informar y puede no reflejar las más recientes modificaciones jurídicas. Los clientes y lectores no deben actuar o abstenerse de hacerlo sobre la base de las informaciones contenidas en la presente crónica sin haber solicitado previamente el consejo jurídico de un profesional.

Dr. Alain P. Lecours

LECOURS, HÉBERT ABOGADOS INC.

354, rue Notre-Dame Ouest

Bureau 100

Montréal, QC, Canada H2Y 1T9

Téléphone : (514) 344-8784

Télécopieur: (514) 344-9790

Lecours@LecoursHebert.com

En nuestro [sitio Web](#), Ud. Encontrará una conexión a nuestra Crónica Jurídica mensual. Si Ud. tiene algún comentario con relación a los temas tratados, no dude en comunicarse con nosotros:

lecours@LecoursHebert.com
