
Responsabilidades y Supervisión Efectiva de las Juntas de Directores **Lic. José A. Frontera, JD**

Como ya ustedes saben del curso de requisitos legales y organizacionales de las Corporaciones sin fines de lucro, toda entidad corporativa tiene cinco características básicas:

1. *Personalidad jurídica independiente*
2. *Existencia perpetua*
3. *Gerencia centralizada*
4. *Responsabilidad limitada a la inversión*
5. *Libre transferabilidad de interés*

De ellas, sólo las primeras tres aplican a las corporaciones sin fines de lucro, pues por su propia naturaleza no tienen inversiones de capital mediante las aportaciones de los accionistas y tampoco hay un interés propietario que se interese transmitir.

El curso de hoy se centra en el tercer aspecto, el de la gerencia centralizada. El esquema típico de la estructura administrativa de una corporación es: Gestores o miembros – Junta de Directores – Oficiales y Empleados.

Dentro de ese esquema es necesario ver entonces cuales son los roles y deberes de cada uno de sus componentes y como se interpretan y examinan desde la perspectiva de lo establecido en la ley de corporaciones, la jurisprudencia y las reglamentaciones de la agencias que proveen los fondos para el funcionamiento de estas entidades.

El elemento central de la responsabilidad de la Junta de Directores radica precisamente en su obligación de adoptar la política institucional, administrativa, operacional y laboral de la entidad.

¿Qué elementos específicos se dan dentro de ello?

1. Política institucional:
 - 1.1. Establecer la visión y misión de la entidad
 - 1.2. Definir los propósitos para la existencia de la corporación
 - 1.3. Promover la planificación estratégica a través del establecimiento de metas y objetivos institucionales
2. Política administrativa:
 - 2.1. Selección de Director Ejecutivo y los demás oficiales
 - 2.2. Definir la estructura interna y los roles asociados a cada unidad en esa estructura
3. Política operacional
 - 3.1. Establecer el manual de procedimientos
 - 3.2. Establecer las guías de control interno
 - 3.3. Auditar las gestiones que se realizan en los distintos niveles
4. Política laboral
 - 4.1. Fijar los criterios para la selección del personal y el esquema de compensaciones
 - 4.2. Establecer el Manual de Empleados, incluyendo los mecanismo de evaluación y disciplinarios

Todos estos roles de la junta implican unos elementos comunes que podemos distinguir:

1. Ejercicio de responsabilidad legal y moral
-

-
2. Determinación estratégica
 3. Asignación de recursos y presupuestos
 4. Fijación de metas
 5. Evaluación de resultados
 6. Compensación y motivación del personal
 7. Participación en los procesos internos y mentoría desde la propia experiencia de cada uno.

Fíjense que se trata de funciones que están por encima de las operaciones diarias de la entidad, pues esas corresponden al Director Ejecutivo y a los Oficiales. Sobre la interrelación entre la Junta y estos hablaremos en la sesión de la tarde.

Esta diversidad de tareas y funciones ajustada a la realidad de cada entidad es reconocida por la Ley General de Corporaciones en cuanto autoriza a cada una a tener su propia estructura y composición en la Junta de Directores de forma que se ajuste a sus propias necesidades. Sólo se mantiene un elemento estable en el quórum mínimo de 1/3 parte de los miembros. Un criterio central en todo esto es la estructura interna que asume la Junta en la composición de sus comités y la relación de trabajo de estos respecto al pleno de la Junta. Sobre ello hablaremos más adelante.

¿Qué se espera de la Junta en el ejercicio de esas funciones? Primeramente, que actúe de conformidad con los propósitos y objetivos de la corporación. El propósito fundamental de la Junta es guiar a la entidad en la consecución de sus metas para alcanzar aquello que se propuso como actividad esencial de la misma. Segundo que no olvide que su responsabilidad se ejerce desde el contexto de la fiducia. Esto quiere decir que la Junta no actúa desde sus propios intereses sino que su responsabilidad está en velar por los intereses de los constituyentes de la corporación. Esos constituyentes incluyen a los miembros o gestores, a los beneficiarios de los servicios de la entidad, a los proveedores de fondos y a todos aquellos que tienen una expectativa legítima sobre las actividades corporativas. Esto se reduce a dos deberes fundamentales: diligencia y lealtad.

LGC (Art. 4.03) Los Directores y Oficiales estarán obligados a dedicar a los asuntos de la corporación y al desempeño de sus funciones la atención y el cuidado que en una posición similar y antes circunstancias análogas desempeñaría un director u oficial responsable y competente al ejercer de buena fe su juicio comercial. Sólo la negligencia crasa en el desempeño de las obligaciones y deberes antes reseñados conllevará responsabilidad.

Visto con detenimiento, el citado artículo de la Ley plantea al mismo tiempo en qué consiste el deber de lealtad o cuidado y cuándo serán responsables los directores por violar el mismo. ¿Qué exigencias impone ese deber sobre cada uno de los directores?

- 1) Exige responsabilidad y competencia
 - a) Conocimiento de los asuntos corporativos, mantenerse informado
 - i) Asistir a las reuniones
 - ii) Solicitar periódicamente información sobre el funcionamiento de los asuntos corporativos
 - iii) Participar en la evaluación del desempeño del Director Ejecutivo y de los demás oficiales de la Corporación
 - 2) Criterio de Prudencia
 - a) Juicio independiente, honesto e informado
 - b) ¿Qué hacer si no estoy de acuerdo con una determinación de la junta, cómo lo hago constar?
-

c) Debe quedar constancias en las minutas de mi oposición de manera que si se exige responsabilidad yo no sea llamado a responder.

d) Buena fe en el ejercicio de las funciones

¿Cuándo se responde por incumplimiento? Esta es una de las áreas que más tensiones genera entre los directores. En este deber particular, el de diligencia, nuestra ley establece un criterio bastante estricto: negligencia crasa. ¿Qué quiere decir esto? “La falta completa de cuidado, o ejercicio de un grado tan pequeño de diligencia que justifique la creencia de que hay una completa indiferencia respecto del interés y bienestar de los demás.” *P v. Telmain Escalera*, 45 DPR 447, 453 (1933). Al menos respecto al deber de lealtad se responde solo si el director actúa de forma temeraria en claro menosprecio de sus responsabilidades para con la corporación y los intereses de sus constituyentes. Es decir si toma sus decisiones sin contar con la información relevante o sin considerar lo que más convenía a la corporación. Lo que se va a mirar en estos no es si la decisión fue la más acertada y correcta, lo importante es que se haya tomado a base de un juicio honesto e informado.

El segundo deber es el de lealtad. Siempre que uno tiene la responsabilidad de velar por los intereses de otro existe la posibilidad de que exista un conflicto o la apariencia de un conflicto entre los intereses personales y aquellos que uno vela. Se exige entonces estar conscientes de esa posibilidad y actuar con honestidad y cuidado en el manejo de dichas situaciones. A veces no se trata necesariamente de tener intereses conflictivos, sino del hecho de tener intereses con más de una de las partes en la transacción. Por ejemplo. Usted pertenece a la Junta de la Corporación X. X necesita contratar los servicios de una agencia de publicidad para promover su nuevo proyecto. Una de las agencias que está cotizando es de su cuñado. ¿Qué obligación tiene el director que se encuentra en tales circunstancias? En primer lugar, todo Director debe estar en condiciones de reconocer aquellas situaciones que le puedan representar un conflicto en su relación con la corporación. En segundo lugar debe divulgar el conflicto o la posibilidad de que el mismo exista. Tercero, debe abstenerse de participar de cualquier forma en el proceso decisional respecto a la situación sobre la que existe el conflicto a la posibilidad de este. Cada corporación debe tener mecanismo para atender situaciones como esta. Propongo como ejemplo la siguiente cláusula de unos estatutos corporativos:

Siempre que un director u oficial tenga un interés financiero o personal en cualquier asunto que se traiga a la consideración de la Junta, la persona involucrada deberá: divulgar completamente la naturaleza de ese interés y abstenerse de participar en la discusión, promoción y determinación del asunto. Cualquier transacción o voto que involucre un conflicto de interés potencial deberá ser aprobada solo cuando una mayoría de directores desinteresados determine que tal transacción es en el mejor interés de la corporación. Las minutas de la reunión en que tal situación se considere deberán consignar la divulgación, la abstención del afectado y las razones para adoptar la transacción pese al conflicto.

Divulgar el conflicto y permitir que los demás accionistas puedan tomar la determinación con un mayor sentido de imparcialidad permite una evaluación objetiva que garantice el bienestar de la corporación a la vez que provee para la protección de la imagen pública de la entidad.

Recordemos que todo esto se debe a que los intereses por los que vela el director no son suyos sino los de la corporación misma y sus constituyentes. Respecto a los constituyentes los

directores tienen una obligación adicional y es la de ofrecerles información certera y cierta sobre la situación de la empresa y sus actividades. Implica además la no usurpación de oportunidades corporativas. El deber de lealtad incluye, además, un deber de confidencialidad absoluta sobre los asuntos internos de la corporación y la información que se comparte excepto que la misma ya sea de dominio público. Esa es una de las razones por las que se considera conflictivo que una misma persona sea director de dos entidades al mismo tiempo cuando éstas están en la misma línea de servicios o sirven a la misma clientela o compiten por las mismas fuentes de fondo. ¿Cómo va a fragmentarse para evitar divulgar información sensitiva de una en la otra? A la hora de tomar decisiones no puede ser leal a ambas a la vez.

¿Qué tipo de riesgos enfrentan entonces los directores? ¿En qué clases de acciones pueden ser llamados a responder? Pueden ser llamados a responder en una acción directa, en una acción derivativa o en una acción por violación de ley. Puede imputárseles negligencia, omisión en la supervisión, violación del deber de fiducia.

Esto nos trae a considerar quién puede reclamar, a quien le vamos a reconocer capacidad para exigir ante un tribunal u otra agencia concernida, como puede la agencia que provee los fondos, por estos actos alegados. Como regla general quien puede entablar la acción es aquel que alegadamente ha sufrido el daño por el cual se inicia la acción. Esa regla tiene excepciones por lo que es necesario considerar cada tipo de acción y ver como funcionan.

La acción directa es aquella que reclama los daños particulares que se han sufrido. Quien radica la acción es aquel que ha sufrido el daño o su representante legal. Se trata típicamente de personas contra las que los directores han realizados actos concretos que les causan daño. Por ejemplo, alguien demanda por que la Junta estableció una regla que discrimina contra cierto de tipos de beneficiarios al querer excluirlos de un proyecto particular de la corporación. Un miembro decide demandar porque no lo dejaron participar en la selección de la Junta.

La acción por incumplimiento de ley puede tener distintas variaciones según los campos de derecho aplicables a estas entidades. Merece particular atención el Art. 46 del Nuevo Código Penal. Según esto la corporación misma puede cometer delitos cuando las personas autorizadas, agentes o representantes cometan hechos delictivos al ejecutar sus acuerdos o al realizar actuaciones que le sean atribuibles. Esto no excluye la responsabilidad individual que puedan tener los que participaron de la determinación.

La acción derivativa es un poco más compleja. Se trata de una acción de la corporación misma pero esta por alguna razón ha decidido no radicarla o no puede radicarla. Es una excepción a la regla general pues constituye un mecanismo en equidad para facilitar la justicia en estos asuntos. La pueden llevar los miembros contra los directores luego de satisfacer varios requisitos que incluyen: estar relacionado con la corporación al momento de radicar la acción y durante todo el tiempo que dure el pleito, debe haber hecho una solicitud formal a la corporación para que haga la reclamación y no se puede transigir sin autorización del Tribunal. Típicamente por lo que la corporación misma no puede llevar la acción es por que los imputados de causarle daño son los directores que están llamados a exigir. Obviamente, como ellos no se van a demandar a sí mismos en estos casos no es necesario haber solicitado y esperado a que la corporación misma hubiera hecho un intento por recobrar.

Ante todo esto existe una defensa para proteger a los directores llamada regla del juicio comercial. El examen tiene dos elementos: (1) si la decisión se tomó sin que hubiera conflictos entre los intereses de los directores y otros externos (2) si la transacción es el resultado de un juicio prudente he informado. Si no se supera el primero ni siquiera vamos a considerar el

segundo, pero si se supera, la prueba pasa a ser sobre la diligencia con que se decidió el asunto.

Estas situaciones deben proveer para el establecimiento de un sistema efectivo de manejo de riesgos que permita identificar aquellas áreas más susceptibles a generar problemas. Piensen por ejemplo en problemas de tipo ambiental o laboral. Al mismo tiempo, el riesgo que implica la falta de rigurosidad en el manejo de los fondos recibidos vengan de fuentes privadas o del gobierno no es un riesgo trivial. La mejor forma de evitar estos problemas es mediante una planificación adecuada, un proceso de supervisión gerencial eficiente y el establecimiento de políticas y procedimientos acordes a la misión institucional. Esto ayuda a evitar reclamaciones, pero en casos de que ocurran hay mecanismos para proteger a los directores y oficiales.

La LGC permite proteger a los directores y oficiales de varias maneras. Una de ellas es mediante disposiciones específicas en el Certificado de Incorporación o en los Estatutos en que la entidad asuma la responsabilidad sobre cualquier reclamación en contra de los directores u oficiales. Esta inmunidad total o parcial no va a aplicar cuando la reclamación es por violación a los deberes de lealtad o diligencia, o por negligencia crasa. Veamos como ejemplo la siguiente cláusula:

La corporación deberá indemnizar, dentro de las cantidades que permita la ley, a aquella persona que habiendo servido como director u oficial de la corporación contra todo gasto y responsabilidad que se haya incurrido mientras se está en la Junta o por aquellas que surjan de sus actividades como miembro de ésta, excepto que se haya demostrado que tales actuaciones no fueron de buena fe o que no se ajusten a sus deberes para con la corporación o que fueran en contra de los mejores intereses de ésta, disponiéndose además que cualquier acuerdo final sobre la indemnización a pagar deberá ser aprobada por la Junta

La otra forma de proteger a los Directores es mediante una póliza de seguros, típicamente conocida como Directors Liability. Los directores deben saber claramente que tipo de actos están cubiertos y el monto de la cubierta. Por supuesto, la mayoría de estos seguros no cubren si se trata de un daño intencional.

Finalmente, se puede traspasar la responsabilidad mediante contratos y otros documentos a fines, en los cuales otra parte asuma la responsabilidad que surja de actividades especializadas que no estén cubiertas o aunque cubiertas no lo son del todo.

En estos asuntos hay leyes federales que también son de aplicación. Luego de los escándalos de Enron y World Com, en Estados Unidos se aprobó nueva legislación sobre el manejo del gobierno corporativo y las Juntas de Directores. La más importante de estas leyes es Sarbanes-Oxley. En cuanto se refiere a entidades sin fines de lucro hay varios elementos que son aplicables. En primer lugar toda la normativa sobre la revisión de la composición de la Junta es aplicable. La ley exige que se establezcan juntas más pequeñas con comités específicos, como el de auditoría y compensaciones, que están compuestos por directores externos e independientes. Igualmente, se recomienda que el Director Ejecutivo no sea, al mismo tiempo el Presidente de la Junta. Las disposiciones sobre obstrucción de la justicia, conservación de los récords corporativos, protección a los que señalan fallas y manejo ético y responsable de los asuntos corporativos aplican a las entidades sin fines de lucro.

Para concluir esta parte hay varias recomendaciones:

- 1) Uso adecuado de los consultores y asesores
 - 2) Planificación estratégica que incluya procesos de avalúo y una supervisión adecuada de los oficiales.
-

-
- 3) Mantener al día la documentación corporativa y hacer los ajustes en los informes anuales para reflejar los propósitos y actividades reales de la entidad
 - 4) Consultas con Hacienda
 - 5) Realizar reuniones periódicas de los miembros de la Junta, no solo para atender asuntos pendientes, sino también para discutir los asuntos relevantes que puedan ser focos de riesgo.
-