



FACULTAD DE **DERECHO**
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

**CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL DE LAS S.A. EN CHILE:
IMPLICANCIAS DE LA FORMA EN QUE SE ADOPTAN SUS DECISIONES
PARA LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN
DEFECTUOSA EN ESTE ENTORNO**

NICOLÁS ANTONIO ASTUDILLO CARMÍ

GONZALO ANDRÉS SCHULZ GÓMEZ

NICOLÁS YÁÑEZ ARAVENA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al
Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Gustavo Balmaceda Hoyos.

Santiago, Chile

2021

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer a:

Nuestro profesor guía don Gustavo Balmaceda Hoyos, por su buena disposición y preocupación constante en el desarrollo de esta Memoria, así como también por habernos brindado valioso apoyo jurídico.

Don Rafael Gómez Balmaceda, reconocido abogado en el rubro del derecho comercial, por habernos iluminado con sus sabios consejos.

A nuestros profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae por habernos inculcado el interés sobre la materia.

A nuestros padres y familiares por el constante apoyo que nos han entregado en este largo proceso, y muy especialmente a Isabella Bracchitta, Magdalena Arístegui y a Leticia Aravena.

TABLA DE CONTENIDO

<u>RESUMEN</u>	5
<u>PALABRAS CLAVE</u>	5
<u>INTRODUCCIÓN</u>	6
<u>ANTECEDENTES GENERALES</u>	8
<u>CAPITULO PRIMERO: GOBIERNO CORPORATIVO Y ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.</u>	
1.1- Sociedad Anónima es Sociedad de Capital.	13
1.2- Estatutos.....	13
1.3- Órganos de la Sociedad.....	14
1.4- La Gerencia.....	17
1.5- Fiscalización de la Administración.....	19
1.5.1- Control Externo.....	20
1.5.2- Control Interno.....	21
1.6- Gobiernos Corporativos.....	24
1.6.1- Regulación de Gobiernos Corporativos.....	26
1.6.2- ¿Qué se entiende por Buen Gobierno Corporativo?.....	33
1.7- El Compliance como Mecanismo de Prevención.....	37

CAPITULO SEGUNDO: EL COMPLIANCE.

2.1- ¿Qué es el Compliance? Sus Inicios en el Mundo y en Chile.....	39
2.2- Concepto de Compliance.....	44
2.3- Modelo de prevención de delitos de la ley N°20.393.....	45
2.4- Valoración del cumplimiento normativo de las empresas.....	55
2.5- Beneficios de la implementación un Modelo de Compliance eficaz antes de la comisión del delito.....	58

CAPITULO TERCERO: JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE LA MATERIA.

Casos emblemáticos en Chile.....	64
Desglose de requisitos establecidos en la Ley N°20.393.....	69
• Primer requisito: La vinculación de la persona física con la jurídica.....	69
• Segundo requisito: Que se ejecute un hecho que reporte un interés directo e inmediato de la persona jurídica.....	73
• Tercer requisito: Que se hayan incumplido los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica.....	75

<u>CONCLUSIÓN</u>	83
--------------------------------	----

<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	89
----------------------------------	----

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo general analizar los aspectos que dicen relación con decisiones o medidas importantes que se tienen que tomar en cuenta dentro de una sociedad anónima para prevenir y/o atenuar la comisión de delitos por parte de trabajadores de la empresa, cuyos actos alejados del derecho podrían eventualmente responsabilizar penalmente a la propia persona jurídica.

Para ello, es imperativo analizar el ordenamiento jurídico chileno, su historia, el funcionamiento de las sociedades anónimas y la ardua búsqueda en la implementación de programas de cumplimiento que hoy se hacen sumamente necesarios para los distintos tipos de sociedades, ya que, tienen la finalidad de prevenir la comisión de delitos dentro de la empresa a través de políticas normativas.

Asimismo, a través del estudio de dichos programas, y del análisis del tratamiento internacional que se le da a esta materia, se busca dejar en evidencia los beneficios que este tipo de programas trae consigo tanto a nivel interno como externo.

PALABRAS CLAVES

Compliance – Compliance Officer – Responsabilidad penal – Sociedad Anónima – Sociedad Anónima Abierta – Sociedad Anónima Cerrada – Gobierno Corporativo – Buen Gobierno Corporativo – Persona Jurídica – Empresa – Compañía – Accionistas – Directorio – Gestión de riesgos –Ley –Administración – Compañía – Programa de cumplimiento – Programa de prevención – Modelo de prevención – Sistema de Prevención – Matriz de Riesgos.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, cuya causa es la de optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Finis Terrae, tiene como principal objetivo dar a conocer los aspectos mínimos que son necesarios tener a bien para evitar que dentro de una empresa se configure una organización de carácter defectuoso, que pueda generarle a la persona jurídica un perjuicio, entendiendo este perjuicio principalmente en el ámbito penal cuya manifestación se produciría con la atribución de la responsabilidad penal que eventualmente podría configurarse en un proceso jurisdiccional, y en segundo lugar, exponer los beneficios que trae consigo la implementación un programa de cumplimiento -o compliance- en las sociedades anónimas, para ser utilizada como una herramienta de autorregulación por parte de las empresas, y de esta manera, anticiparse a los eventuales riesgos corporativos de los cuales pueda estar expuesta.

La preocupación fundamental es llamar la atención a tanta empresa que persigue el logro de ganancia descuidando los principios y escalas de valores que están reñidos por la buena fe, que es primordial en el mundo de los negocios, dado que la circulación de la riqueza y la credibilidad en el comercio, para que tenga eficacia, requiere de una sobredosis de esta máxima del derecho.

Las grandes contusiones que dejaron en el mundo corporativo los abusos cometidos por connotadas compañías alrededor del mundo en los años 80, y posteriormente en la década del 2000, impulsaron la necesidad de modernizar la legislación respecto a los gobiernos corporativos, especialmente en cuanto a la fiscalización de la administración en las sociedades anónimas. En Chile este movimiento se asentó primeramente por reacciones de tipo administrativo implementadas por la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante “SVS”) y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en lo sucesivo “SBIF”), y luego, soluciones de tipo legislativo de carácter más permanente y en buena medida hechas después de reunida alguna experiencia del resultado de reacciones legislativas especialmente en los Estados Unidos¹, y que en Chile se plasmó en la publicación de la Ley

¹ PUGA VIAL, Juan Esteban. La sociedad Anónima y otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado. Segunda Edición, Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica P. 629.

Nº20.382 que introdujo perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas.

A su vez, y con el propósito que Chile se aproximara al estándar penal corporativo de economías más competitivas y desarrolladas, fue requisito que se implementara una ley que les atribuyese responsabilidad penal autónoma a las personas jurídicas, ello porque, según se puede leer del mensaje del proyecto de la Ley Nº20.393, los delitos cometidos por medio de las empresas producen un impacto social profundo, usualmente superior al que resulta del actuar de personas naturales.

Hoy, con la rapidez del flujo de la información y el fácil acceso a ésta, los ciudadanos están más interesados en lo que ocurre en el país y cómo son tratados estos temas por parte del Estado. En la última década, importantes casos de irregularidades respecto al funcionamiento de ciertas sociedades anónimas han salido a la luz pública, transformándose en una cuestión de interés nacional, ya que, no solo han sido perjudicadas las empresas, los altos dirigentes de ellas y sus accionistas, sino que, han repercutido estos perjuicios en terceros que ni siquiera inciden en la toma de decisiones de dichas empresas, pero que igualmente se ven afectados, como lo son muchas veces los clientes de estas. Basta recordar el reciente y polémico caso La Polar (2011) y el caso de Enersis (2012), respecto de los cuales ha costado determinar las responsabilidades que proceden y no solo eso, sino que también respecto de quién, cómo y hasta qué punto responden.

De esta forma, se hace muy interesante el estudio de las decisiones que debiesen tomar los órganos administradores y altos directivos de las empresas, así como los mecanismos con que las sociedades cuentan para poder identificar las áreas y labores más riesgosas dentro de la empresa y de esta forma, poder adelantarse a estos riesgos implementando instrumentos que les puedan cooperar en rehuir que los trabajadores cometan delitos en el marco societario, así como también la incorporación de procedimientos para mitigar estos ilícitos en caso que se manifiesten.

Para dar cumplimiento lo precedentemente expuesto, en el primer capítulo hemos convenido interiorizar al lector con las sociedades anónimas, señalando su definición, características, organización, funcionamiento y su fiscalización, incluyendo, además, el concepto de gobierno corporativo. Posteriormente, se hace una exposición del significado de

compliance, encaminando al lector al estudio de la Ley N°20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Por último, en el tercer capítulo optamos por exponer dos casos de la jurisprudencia chilena, con la finalidad de elaborar un análisis práctico de lo que ocurre cuando se ha omitido incorporar un programa de cumplimiento normativo en una sociedad anónima, así como también señalar ciertos aspectos que se deben tener en cuenta para disminuir las posibilidades que se configure una organización defectuosa en este entorno, además, se incluye un desglose de los requisitos que la citada ley establece para atribuir aquella responsabilidad comentando esos requisitos a la luz de los casos prácticos expuestos. Finalmente, concluimos nuestra investigación haciendo una pequeña síntesis de los temas tratados en esta investigación y luego señalamos ordenadamente los elementos básicos que se deben tener en cuenta para apaciguar la configuración de una organización defectuosa. Asimismo, se expone acerca de la importancia del compliance y ciertas críticas a la legislación nacional.

ANTECEDENTES GENERALES

Para comenzar la presente investigación es necesario entregar ciertos antecedentes que contribuirán a que el lector comprenda de mejor manera el contenido de esta obra.

Desde el año 2000 en adelante, la legislación chilena relativa a las sociedades anónimas –de manera directa, así como también indirectamente– ha sostenido diversas modificaciones, particularmente respecto a las responsabilidades civil y penal que recaen sobre los directores de las sociedades, cuya administración está a su cargo. Cada vez, con mayor esmero, se ha ido delimitando las atribuciones y alcances del ejercicio de este cargo, estableciendo fuertes sanciones a los actos que realicen, sea este por culpa o dolo, y que causen un perjuicio a la sociedad, accionistas y/o terceros.

Con la entrada en vigor de la Ley N°19.705, que regula la Oferta Pública de Adquisición de Acciones (en adelante “**Ley OPAS**”), se incorporó también el Régimen de Gobiernos Corporativos. Este último, construye las directrices y lineamientos generales, así como específicos, a través de los cuales se va a guiar la administración de una compañía,

debiendo aplicarlos, dicha administración, en el trabajo cotidiano que ejerza al interior de la empresa. Por su parte, también surgieron diversas modificaciones a la Ley N°18.046 de Sociedades Anónimas (en adelante “LSA”) y a la Ley N°18.045 de Mercado de Valores (en adelante “LMV”).

Dentro de los objetivos importantes que tuvo la Ley de OPAS se encuentran el perfeccionamiento del régimen jurídico de administración de las sociedades anónimas abiertas, mediante la figura de gobiernos corporativos; el refuerzo de la fiscalización del órgano administrador; el hacer más expedita la gestión de administración, estableciendo plazos para firmar las actas de las sesiones del directorio, permitiéndole contratar asesores especializados, autorizando que las sesiones del mismo puedan hacerse a distancia, entre otras; se facultó, además, para representar legalmente a cualquier director en orden a demandar perjuicios en nombre de la sociedad, entre otros. Por su parte, la Ley OPAS hizo ciertas modificaciones a la LMV, mejorando y perfeccionando la regulación sobre tomas de control de las sociedades anónimas abiertas, estableció, además, un sistema orgánico y armónico que soluciona las inequidades del mercado; tipificó conductas ilícitas que antes no lo estaban y, a su vez, reguló y perfeccionó las conductas relacionadas con la información privilegiada, entre otros.

Posteriormente, se creó la Ley N°20.382 que introdujo perfeccionamientos a la normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las empresas, cuya entrada en vigencia se materializó en enero del 2010. Esta ley vino a fortalecer principalmente a los accionistas, estableciendo algo que es sin duda novedoso para ese entonces, y que se trata de la obligación que se impuso a las sociedades anónimas abiertas en cuanto a que el directorio debía estar constituido con, a lo menos, un director independiente que no tenga vinculación alguna con la empresa en la cual ejerce su cargo. Además, se fortaleció el Comité de Directores, cuya composición debe ser por una mayoría de directores independientes, esto con el fin de transparentar los actos de los directores de las sociedades anónimas abiertas, y así proteger, como se ha señalado, los intereses de los accionistas, especialmente de los minoritarios.

Finalmente, en el año 2010 entró en vigor una norma que es de gran importancia; se trata de la Ley N°20.393 sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Esta ley, tal como consta en su mensaje, fue uno de los requisitos clave para que Chile ingresara como

Estado parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo “OCDE”), y dentro de sus propósitos busca establecer medidas sancionatorias más fuertes de las existentes respecto de las personas jurídicas, como consecuencia de la comisión de ciertos delitos ejecutados por trabajadores de las empresas que han utilizado a la persona jurídica como vehículo para perpetrar estos mismos. Sin perjuicio que esta ley instauró un gran avance respecto a esta materia, se le critica, principalmente, porque le faltó más precisión, claridad y amplitud en los delitos sancionados², ya que, cumpliendo con ciertos estándares establecidos en la ley, a la compañía no se le podría atribuir responsabilidad penal, y, por ende, no sería sancionada.

Ante las diversas legislaciones y normas jurídicas que regulan la responsabilidad en esta materia y la extensión de la misma, a los administradores de las sociedades, es que se pretende hacer un análisis de: ¿Cuál es la responsabilidad que tienen los directores y gerentes de las sociedades anónimas? A partir de esta pregunta surgen diversos estudios respecto de las obligaciones y deberes que conlleva ser director de una sociedad anónima.

Por un lado, obligaciones que establece expresamente la LSA, donde se distinguen algunas básicas en función de su cargo y otras obligaciones de no hacer, que se desprenden del artículo 42 de la citada ley.

En lo relativo a los deberes, se distinguen en doctrina aquellos principios que son de carácter general y que están intrínsecos en su labor de director, conocidos como deberes fiduciarios³ y que desprenden tanto de la ley señalada anteriormente como de la LMV.

Por su parte, también se encuentra la distinción de responsabilidades que la misma ley menciona, cuyo precepto se desprende de artículo 133 de la LSA, el cual señala que por las personas jurídicas responderán civil, penal y administrativamente sus administradores o representantes legales, es decir los directores o gerentes, según sea el caso, salvo que conste

² El texto original de la ley sancionaba solo los delitos: Lavado de activos; financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional e internacional. Luego, a través de diversas leyes, se incorporaron los delitos: Receptación; negociaciones incompatibles; administración desleal; corrupción entre particulares; apropiación indebida; contaminación de aguas, así como también ilícitos que contiene la ley de pesca.

³ ZAPATA BERNAL, María José. Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas Abiertas, en Cuanto al Conflicto de Interés y el Uso de la Información Privilegiada en el Caso Enersis. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca, Chile. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2004. Pp. 9.

que no tuvo participación o que se opuso a la decisión que dio lugar a la infracción, pero, ¿podrá siempre un director tener la instancia de hacer constar su falta de participación u oposición a la decisión constitutiva de delito o infracción?

Además, es fundamental exponer sobre la responsabilidad penal que recaería sobre las personas jurídicas, cuya ley establece que por determinados delitos se haría responsable la empresa, dejando con poca claridad las penas que proceden, y además, dejando abierta la posibilidad de dejar impunes delitos que no se encuentren tipificados en la citada ley.

Estas son unas de las principales perspectivas que se pueden extraer acerca de cómo llevar a cabo el estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la cual deviene como consecuencia de la responsabilidad de autor que se le atribuye a la persona natural que cometió el delito, es decir, existe responsabilidad de autor de los directores, gerentes o cualquier otro trabajador que se desempeñe como subordinado de estos en las empresas.

En el marco de esta investigación, se dedicará un análisis con miras a ordenarlas de tal manera que sea de utilidad práctica para quienes deseen estudiarlas y aplicarlas, basándonos, especialmente, en la legislación existente, esto es: Sociedades Anónimas, Mercados y Valores, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y aquella que vino a perfeccionar la normativa que regula los Gobiernos Corporativos.

Por último, en cuanto a los estudios que hay sobre la materia, nos es grato informar que existen Memorias de alumnos de diversas universidades que contemplan de igual forma el tema desarrollado en esta obra; dentro de las más relevantes encontramos la del Sr. Antonio Vilches Nuñez (“Responsabilidad de los integrantes de los órganos de la administración de las sociedades anónimas”, Universidad Finis Terrae, año 2000) y la de la Srta. María José Zapata Bernal (Responsabilidad de los directores de las Sociedades Anónimas abiertas, en cuanto al conflicto de interés y el uso de la información privilegiada en el caso Enersis”, de la Universidad de Talca, año 2004). En ambas tesis se desarrollan capítulos correspondientes al análisis de esta memoria, pero limitada solo hasta la última modificación legislativa hasta ese entonces, es decir, a la Ley OPAS. De igual forma encontramos diversas publicaciones en revistas electrónicas, dentro de las cuales podemos destacar las del profesor Francisco Pfeffer Urquiaga (“Nuevos Deberes Informativos y Precisiones en Torno al Concepto de Información en el Contexto de la Ley que perfecciona el Gobierno Corporativo en Empresas

Privadas”, Revista de Actualidad jurídica N°22, de la Universidad del Desarrollo, año 2010). Por otro lado, el informe de la Dirección de Estudio, análisis y evaluación de la Corte Suprema (“Algunos comentarios sobre la Ley N°20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” año 2010), entre otras. También destacamos el aporte de las discusiones legislativas que surgieron a partir de la creación y modificación de las leyes mencionadas anteriormente, es el caso de la Historia de la Ley N°20.393 y de la Ley N°20.382 que introduce Perfeccionamiento a la Normativa que Regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas.

I: GOBIERNO CORPORATIVO Y ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Este primer capítulo está dedicado a tratar una breve síntesis, a modo de introducción, respecto a cómo se organiza la sociedad anónima, toda vez que, para entrar a profundizar más adelante cómo influye la toma de decisiones de su administración en la eventual responsabilidad penal de la propia persona jurídica, debe existir, al menos, una noción básica de su organización y las competencias de los órganos más importantes que la componen.

Diversos cuerpos legales se refieren a las sociedades regulando sus distintas clases, sin embargo, el único que la define es el Código Civil, en su artículo 2.053 inciso primero, señalando al efecto que: *“La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”*, y en su inciso segundo agrega: *“La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”*.

1.1 La Sociedad Anónima es Sociedad de Capital

El artículo 1º de la LSA⁴ define a la sociedad anónima (en adelante **S.A.**) como: *“Una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.”* Definición que es prácticamente análoga a la que previene el artículo 2.061 del Código Civil⁵.

La naturaleza de ser la sociedad anónima una sociedad de capital explica, por sí mismo, su importancia, como quiera que pueda afirmarse que la sociedad anónima entraña, propiamente, un capital con categoría de persona jurídica, y por lo mismo, es el capital el que caracteriza su esencia y repercute íntimamente en la propia responsabilidad que tienen sus administradores. Pesa sobre ellos, la obligación de preservar su patrimonio, en resguardo de la finalidad social, en cuyo logro está en juego, tanto el beneficio que de su explotación han de reportar los accionistas, cuanto además el interés que mira a los acreedores, que solo cuentan con el capital societario como prenda de garantía para hacer efectivos sus créditos contra la sociedad.

1.2 Los Estatutos

A su vez, como persona jurídica que es toda sociedad, tan necesario es a esta la existencia de un capital social como además contar con un estatuto, que regule la vida normativa e institucional de la sociedad, y que perdurará a lo largo de toda su trayectoria, como entidad. Su aplicación condice:

⁴ Ley N°18.046. Ley sobre Sociedades Anónimas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de octubre de 1981.

⁵ Definición de Sociedad Anónima del artículo 2061 del Código Civil: “Sociedad anónima es aquella formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.”

Tanto en lo que mira al funcionamiento interno, que toca a las relaciones de los accionistas con la sociedad y a la de éstos con su administración, así como también en lo que incide en sus relaciones con terceros, frente a los cuales delimita la esfera de las negociaciones sobre que trata el giro de sus actividades.

Las relaciones entre los accionistas que afectan a sus recíprocos intereses quedan entregadas a los pactos de accionistas que sanciona el artículo 14 inciso 2° de la ley N°18.046, cuyas estipulaciones no pueden afectar el marco estatutario del contrato social.

1.3 Órganos de la Sociedad

A la doble exigencia del capital social y de sus estatutos, se une además otro requisito, cual es el de disponer de los órganos adecuados, encargados de ejercer la actividad que persigue la sociedad y para la cual ha sido creada en la vida del derecho, como entidad jurídica dotada de personalidad.

La ley regula separadamente la existencia de dos órganos distintos y cuyos roles son diversos: a) **La Junta General de Accionistas**⁶ (en adelante la Junta o Junta de accionistas), que está considerada como un órgano superior de deliberación y decisión, que reúne a los accionistas y que a través de sus acuerdos expresa la voluntad social, y b) **El Directorio**, que está concebido como el órgano ejecutivo, de administración, encargado de la gestión permanente de la sociedad y que la representa en su vida de relación con terceros, tal como lo consagra el artículo 31 de la LSA, que señala: *“La administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas.”*

La Junta está revestida del carácter de ser el órgano supremo y soberano, al que queda subordinado el órgano de administración, según resulta de las materias que se reservan para el pronunciamiento de la junta y que recaen sobre las decisiones más relevantes de la vida social, tales como: a) La aprobación o rechazo de las cuentas de administración, b) La reforma de estatutos; c) La fusión, división y transformación de la sociedad, d) Así como su disolución, no es menos efectivo que en la práctica esta estructura en las grandes sociedades

⁶ Comisión para el Mercado Financiero. CMF. Disponible en: < <https://www.cmfchile.cl/educa/602/w3-article-813.html>>. [Fecha de consulta: 01 de junio de 2021].

se trastoca. El órgano de administración llega a concentrar y unificar en sus manos el control absoluto de la sociedad. Esto ocurre porque los directores y administradores suelen tener participaciones en el capital que, aunque pueden ser reducidas, gravitan e influyen igualmente en la toma de decisiones: 1) por la dispersión que se produce en los pequeños accionistas unidos a su indiferencia de participar en las juntas y al desinterés de ejercer su derecho de vigilancia y votación, dejándole al Directorio un amplio campo de libertad en sus facultades de gestión, fenómeno que ha adquirido relevancia y que constituye una de las materias de interés en el marco jurídico del moderno derecho societario o corporativo, así como también en la materia que incumbe a esta memoria, como lo es la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Este poder fáctico de gestión, autónomo, que ha alcanzado a tener el Directorio, repercute con más fuerza todavía, en la subsecuente responsabilidad que tienen quienes intervienen en la administración y representación de la sociedad y es una cuestión cada vez más palpitante en el ámbito de derecho comercial, entendiéndose que la relación del Director con los accionistas no es la de un mandato, sino que el Director, una vez nombrado, pasa a tener el carácter de ser miembro integrante de un órgano, autónomo e independiente del que forma parte, que está al servicio de la sociedad y no de los que lo nombraron, de quienes se desafecta y desliga, absolutamente.

La razón que la administración y la representación de la sociedad anónima le compete al Directorio, es una exigencia que impone la ley como norma de orden público, y por lo mismo, de titularidad de estas facultades no podría el Directorio alguno estar privado, ni podría menos el Directorio ejercerlas. No quita lo señalado, que el Directorio pueda ejercer estas facultades directamente o delegarlas parcialmente, como ocurre con los gerentes o subgerentes o abogados de la sociedad que designe, al que les fijará sus atribuciones y deberes, pudiendo además sustituirlos a su arbitrio, lo que no importa que el Directorio pueda desligarse de la función propia que le es inherente, como órgano encargado legalmente de la administración y representación de la S.A.

Otra facultad importante del Directorio es la de convocar a las juntas de accionistas, no obstante que los accionistas son los dueños de la sociedad, ellos no pueden autoconvocarse. Si bien el Directorio es libre de convocar todas las veces que quiera, la ley

fija algunos casos en que le será obligatorio citar a la junta: a) Para la celebración de la junta anual ordinaria; b) Cuando así lo soliciten los accionistas que representen al menos un 10% de las acciones con derecho a voto; c) Cuando lo determine la CMF, respecto a las sociedades abiertas o las especiales sometidas a su control; d) Cuando la sociedad ha cesado en el pago de una o más de sus obligaciones o cuando ha sido declarada en quiebra; e) Cuando no se produce la renovación del Directorio por no haberse llevado a efecto la junta para renovarlo; y por último, f) Siempre que a su juicio los intereses de la sociedad lo justifiquen.⁷

Consustancial a las facultades de los directores existen deberes a que deben ceñirse: 1) A la observancia de la ley, su reglamento y a los estatutos sociales; 2) A cumplir sus funciones, de buena fe y con la diligencia adecuada. Estos dictados, son postulados básicos y esenciales en que ha de inspirarse, como fundamental exigencia, la debida y esmerada actuación del Directorio, cuya es la síntesis que traza para su gestión, por lo demás, el artículo 42 de la LSA.⁸

Se ha podido recoger de algunas sentencias, interpretaciones básicas en cuanto al comportamiento que se espera de un director, para que pueda cumplir con este deber de diligencia adecuada, tales como: Mantenerse informado sobre las actividades de la empresa; Asistir a reuniones del directorio; Revisar los estados financieros, entre otros.

Es menester señalar que la LSA también establece ciertas obligaciones que se pueden estudiar dentro de esta categoría. El artículo 43 obliga a los directores a guardar reserva respecto de los negocios y de la información que tengan acceso por causa de su cargo, y por su parte, el artículo 46 alude a la obligación que tienen los directores de proporcionar información, tanto a los accionistas como al público, de forma suficientes, fidedigna y oportuna, que la ley o la CMF, en su caso, señalen relativo a la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

⁷ Ley N° 18.046. Ley sobre Sociedades Anónimas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de octubre de 1981.

⁸ GOMEZ BALMACEDA, Rafael. 2021. Extracto clase Profesor Titular Universidad de Chile. En: Clase de Derecho Comercial II. Lugar: Universidad de Chile.

1.4 La Gerencia

El tercer agente de la administración de una sociedad anónima es el gerente, pero a diferencia de la Junta y el Directorio, el gerente no es un órgano de la sociedad, es un mandatario, una persona que no constituye una abstracción, sino una realidad física⁹, aunque el legislador advierta en el artículo 50, que le serán aplicables las disposiciones referentes a los directores, en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función que desempeña.

El Código de Comercio define a esta figura en su artículo 237 como: “*Factor es el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante*”. Cabe precisar que, jurídicamente hablando, solo el gerente general es un factor de comercio, pues es quien administra y dirige un establecimiento fabril y no así los distintos tipos de gerentes que existen dentro de las empresas, tales como: gerente de finanzas, comercial, recursos humanos, entre otros, quienes no son gerentes, aunque se les denomine de esta forma.

En cuanto a las atribuciones del gerente, encontramos aquellos que son explícitos, puesto que figuran en un acuerdo del Directorio (que no tiene limitaciones, salvo delegar todas sus facultades, como se trató anteriormente), y otros de carácter legal, que no dependen del Directorio. En primer lugar, entonces, es dable señalar que el gerente es el representante legal de la sociedad en materia judicial, es decir, legalmente es apoderado judicial de la sociedad y con las facultades de ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil sin restricciones de ningún tipo, lo que es particularmente delicado en materia de contratos de transacción¹⁰. En segundo lugar, la facultad de participar con derecho a voz en las sesiones del Directorio, cuya contrapartida está en la responsabilidad solidaria que afectaría al gerente junto a los miembros del Directorio, así como también la responsabilidad penal en la mayoría de las figuras propias de los directores, salvo que se haya opuesto a los respectivos acuerdos y ello constara en el acta respectiva.

⁹ PUGA VIAL, Juan Esteban. Op. Cit. P.619.

¹⁰ Ibidem, p. 622.

Los poderes implícitos son las facultades que la ley atribuye de forma sobrentendida a un gerente general, aunque estas no figuren ni en un acuerdo, así como tampoco en la ley, y que devienen del artículo 340 del Código de Comercio, que señala: *“Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su cargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere”*, cuyo contrapeso se encuentra en el artículo 328 y 329 del mismo cuerpo legal, aludiendo que los factores que obran a su propio nombre quedan “personalmente obligados”, sin embargo, se entiende que han actuado en nombre de sus comitentes en ciertas hipótesis que señala la ley, y en caso que se configuren algunas de estas hipótesis, los terceros deberán elegir entre, o dirigirse contra el gerente o contra la sociedad, pero nunca hacia ambos.

En materia de deberes y obligaciones, inhabilidades e impedimentos, le asisten al gerente lo ya mencionado respecto de los directores.

De lo anterior, se puede desprender que el Gerente de la sociedad responde a las normas del mandato que deriva de la contratación, a las que se le aplicarán tanto las normas del Código Civil, del Código de Comercio e incluso las normas del Código del Trabajo, toda vez que se entenderá que es un trabajador dependiente.

Ahora, aterrizando la materia, y teniendo en cuenta que existe una relación contractual respecto del Gerente, donde se señalan sus atribuciones, por lo que, se entiende que deben actuar dentro de esa esfera, ¿Qué pasaría si un director le pide realizar una conducta dolosa o culpable que cause perjuicio a las sociedades, accionistas o a terceros? ¿Tiene responsabilidad el gerente por aquel acto al que ha sido mandatado a ejecutar?

En un principio, en el entendido que existe una figura contractual de mandato entre ambos, donde el Directorio fija sus deberes y atribuciones, debiendo el Gerente ejecutar la voluntad del Directorio (mandante), siempre que actúe dentro del margen de atribuciones que se le ha entregado, podríamos entenderse que el gerente (mandatario) se liberaría de toda responsabilidad, puesto que, su ejecución provino de la voluntad del órgano supremo de la sociedad. Sin embargo, al ser aplicables los deberes fiduciarios señalados anteriormente, deben los Gerentes informarse de lo que pasa en la sociedad al igual como lo deben hacer los

directores, actuando con la debida diligencia, cuidado y lealtad hacia la sociedad, por lo que, también podría perseguirse su responsabilidad, pues, no basta con ejecutar lo ordenado por el Directorio, sino que además, toda ejecución debe obedecer a los márgenes de la ley.

Algunos tienden a no diferenciar las funciones entre la Gerencia y el Directorio, sin embargo, diferencias entre ambos existe, entendiéndose por el primero por la “administración ejecutiva, que implica un seguimiento diario y constante de los negocios de la sociedad, mientras que el segundo es un órgano esencialmente político en la cual reside la dirección general de la sociedad.”¹¹

1.5 Fiscalización de la Administración

Son varios los motivos por los cuales se requiere la fiscalización respecto de los actos realizados por la administración, principalmente, con el fin de evitar o también detectar cualquier acto que, por culpa o dolo de alguna de las personas que son parte del órgano societario, pueda verse afectada o perjudicada la propia persona jurídica, los accionistas o los terceros. Actualmente existen en Chile una gran cantidad de sociedades anónimas, lo que hace muy necesaria la existencia de fuertes entes fiscalizadores. Como un planteamiento base, se puede considerar que la fiscalización se hará por medio de los accionistas, según se desprende del artículo 4, número 6, segunda parte de la ley N°18.046, pero la verdad es que nuestra legislación no contempla órganos internos fuertes, permanentes, que tengan a su cargo la fiscalización de la administración de la sociedad, con la excepción del Comité de Directores, que sólo está atendido para las S.A. que tengan un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente de UF 1.500.000 y a lo menos un 12,5% de sus acciones emitidas con derecho a voto, se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones.

Cuando hablamos de fiscalización de la administración nos referimos a las instituciones previstas en la ley o los estatutos sociales destinados a fiscalizar para los

¹¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Responsabilidad Civil y Penal Administrativa. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013. P.144.

accionistas -y para el público en general- la gestión del Directorio y el gerente general en la sociedad¹². Se busca resguardar diversos intereses, como lo son el de los accionistas que persiguen el propósito de proteger sus créditos a través de la valorización de sus acciones y de los dividendos que estas han de reportar al término de cada ejercicio financiero; por otro lado, el interés de los terceros que contratan con la sociedad, y, por último, el del Estado en miras a resguardar la legalidad de los diversos aspectos y materias que se ven dentro de la sociedad, entre otros. Lo anterior, no deja de ser necesario por la cantidad de dinero que mueven las Sociedades Anónimas y el interés público económico que pudiera verse afectado con una ominosa gestión de parte de ellas.

A grandes rasgos, se analizarán dos estructuras de fiscalización que se ejercen sobre la Sociedad Anónima: un control externo y uno interno.

1.5.1 Control Externo

Este es llevado a cabo por la CMF¹³ cuyos principales objetivos son custodiar el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública¹⁴. No obstante, cabe precisar que no todas las Sociedades Anónimas son fiscalizadas por este servicio público, sino que sólo las que son emisoras de oferta pública de sus acciones. La CMF se encarga de: “Velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos

¹² PUGA VIAL, Juan Esteban. Op. Cit. P.629.

¹³ Tal como consta en la página web www.cmfchile.cl, esta Institución Comenzó sus funciones el 14 de diciembre de 2017 tras la promulgación de la Ley 21.000, que la transformó en la sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Valores y Seguros, y de la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Asimismo, a contar del 1° de junio de 2019, es la continuadora legal de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en virtud de lo dispuesto por la Ley N°21.130 que moderniza la legislación bancaria, la cual dispuso su integración a esta Comisión.

¹⁴ Comisión para el Mercado Financiero. CMF. Disponible en: <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-25539.html>. [Fecha de consulta: 12 de junio del 2021].

y otras disposiciones que las rijan, y sin perjuicio de las facultades que éstos le otorguen”¹⁵. Por otra parte, el Estado a través de la CMF interviene como regulador y fiscalizador para corregir imperfecciones del Mercado de Valores y para la preservación necesaria del Orden Público Económico. Entre sus facultades, están las de absolver consultas, investigar, evacuar informes solicitados por la justicia, examinar operaciones y documentos, inspeccionar, requerir informes, llevar registros públicos, fijar normas sobre confección de balances, entre otras.

Las atribuciones legales que tiene la CMF respecto de la S.A., ponen de manifiesto la relevancia y la incidencia que tiene este servicio público en todo aquello que diga relación con el funcionamiento de sus órganos y en especial con el directorio.

1.5.2 Control Interno

Este es ejercido al interior de la S.A., ya sea, por órganos de la misma o por un órgano distinto de ella, nombrado por la misma sociedad. El problema que surge es que en Chile no existen órganos de fiscalización internos establecidos de manera permanente -con la excepción del comité de directores señalado precedentemente-, además que tampoco se conceden facultades fiscalizadoras a la justicia, cosa que sí ocurre en países como Estados Unidos y Perú. Sin perjuicio de ello, en Chile, para llevar a cabo una fiscalización o control societario, la Ley otorga a los accionistas ciertas facultades; entre ellas están:

- *El deber de información que pesa sobre el directorio.*

El derecho a la información que compete y asiste a los accionistas, que dice relación con tener acceso a enterarse sobre las materias relevantes de la S.A., lo cual no implica que se tenga acceso a todo lo que ha ocurrido y proyecta ejecutar a futuro la S.A., puesto que

¹⁵ Artículo 4 del Decreto Ley N°3.538. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile. 23 de diciembre de 1980.

existe lo que se denomina información confidencial o reservada mediante acuerdo del directorio.¹⁶

El artículo 42 de la ley de S.A. en sus números 3° y 4° señala:

“Los directores no podrán:

3) Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información.

4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales;”

Como expresión de este derecho a la información, previo a la realización de la junta ordinaria de accionistas, y según lo dispuesto en el artículo 54 de la ley de S.A., los accionistas tienen acceso a la memoria, balance y estados financieros de resultado del ejercicio e informes de los auditores externos.

Así, estos instrumentos que reflejan la gestión del directorio quedan a disposición de los accionistas para su examen con la anticipación de 15 días a la fecha de la celebración de la junta. Esto busca conseguir que los accionistas puedan votar con conocimiento e informadamente de lo que se va a debatir y votar en estas materias.

- ***En las juntas de accionistas, ejercer los derechos de voz y de voto.***

Otra facultad de los accionistas que se traduce en fiscalización se manifiesta a través del derecho a voz y voto que pueden ejercer durante las juntas de accionistas, y que se observa en la elección y revocación de los directores, revisión memorias, balances, inventarios, actas, libros e informes de auditores externos, convocatorias a junta de accionistas, entre otros.

Ahora bien, a diferencia de las S.A. abiertas donde es obligatorio designar anualmente a una empresa de auditoría externa, así como también se acostumbra establecer una auditoría

¹⁶ Artículo 10 inc. 3° de la Ley N° 18.045. Ley de Mercado de Valores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile. 22 de octubre de 1981.

interna propiamente tal, en las sociedades anónimas cerradas, no es obligatorio que el ente fiscalizador sea una empresa auditora externa, sino que a los directores, la ley les da la facultad de nombrar anualmente dos inspectores de cuentas¹⁷ titulares y dos suplentes, o bien, auditores externos independientes¹⁸, pero, en cuanto a esto ¿se logra el objetivo de que haya una fiscalización eficaz? Lo cierto es que, si bien la Junta es el órgano supremo al cual queda subordinado el directorio, en la práctica este modelo se trastoca, porque el órgano de administración llega a concentrar y unificar en sus manos el control absoluto de la sociedad. Esto ocurre porque los directores y administradores suelen tener participaciones en el capital que, aunque sean reducidas, gravitan igualmente en la toma de decisiones, por la dispersión y el desinterés de los pequeños accionistas, por lo que, no es menos cierto que la legislación actual respecto a la fiscalización de las sociedades anónimas cerradas es precaria, principalmente, en cuanto a la designación del ente fiscalizador.

- *El Comité de Directores.*

No podemos finalizar este apartado sin hacer un comentario sobre el Comité de Directores, que es una nueva forma de fiscalización creada por la Ley N°19.705. La finalidad que tiene esta institución es la de fortalecer la autorregulación al interior de la sociedad, ya que su principal objetivo es una mayor fiscalización de las actividades que realiza la administración. Se ha dicho que mediante estos comités se permite disminuir los conflictos

¹⁷ Los inspectores de cuentas tienen la obligación de examinar la contabilidad, balance, inventario y estados financieros e informar por escrito lo que resulta del cumplimiento de sus obligaciones a la junta ordinaria de accionistas, así como vigilar las operaciones sociales y fiscalizar las actuaciones de los administradores por cuanto cumplan con sus deberes legales, reglamentarios y estatutarios.

Se critica la labor de los inspectores de cuentas principalmente porque este sistema resulta meramente formal, y en consecuencia es poco práctico. Siguiendo al profesor Álvaro Puelma Accorsi (en su libro *Sociedades*, tomo II, 2° Edición actualizada, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1998.P,575), él señala que estos funcionarios no cuentan con ciertos conocimientos básicos y mínimos, que son designados por la misma mayoría que elige a los directores, a quienes tiene que fiscalizar, y que su remuneración es fijada por acuerdos entre él y la administración que le corresponde fiscalizar; por lo que evidentemente se genera cierta fundada incredulidad en que no llevan a cabo un trabajo ético y profesional.

¹⁸ Las facultades que tienen los auditores externos consisten en las mismas que tienen los inspectores de cuentas y especialmente las señaladas en el artículo 56 del Reglamento de Sociedades Anónimas.

de interés en las sociedades donde los directores de mayoría en muchas ocasiones tienen intereses contrapuestos a los intereses sociales.

1.6 Gobiernos Corporativos

Luego de haber elaborado esta síntesis organizacional de las S.A. en los puntos precedentes, es preciso explayarnos respecto a los gobiernos corporativos, toda vez que, esta materia de gran importancia en la actualidad, es lo que va a permitir entrelazar, por un lado, la organización de la S.A. en cuanto a los órganos que la componen, y por otra parte, el cómo la ley ha incorporado y precavido el buen funcionamiento de cada uno de estos órganos, estableciendo límites y formas de funcionar dentro de la misma, con la finalidad de contribuir a la maximización del valor de las compañías, en un horizonte de largo plazo.

Existe una serie de definiciones sobre Gobierno Corporativo, dadas por importantes organizaciones internacionales y destacados autores. Cada una de estas aproximaciones conceptuales busca definir su alcance y compromiso, determinar los actores responsables y los públicos involucrados, al igual que los resultados esperados y su positiva incidencia en el desarrollo social y empresarial.

En primer término, es conveniente tener a la vista la apreciación de la OCDE sobre el gobierno corporativo, que lo considera: *“El sistema por medio del cual una organización es dirigida y controlada. La estructura de gobierno corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes en la empresa, como el directorio, la gerencia, los accionistas y otros interesados – stakeholders – y detalla las reglas y procedimientos para la toma de decisiones sobre los temas corporativos. También provee la estructura a través de la cual se determina los objetivos de la compañía y se asignan los objetivos perseguidos”*.¹⁹

¹⁹ ISLA ROJAS, Gonzalo: Gobierno Corporativo: Teoría Económica, Principios de la OCDE y la Ley N° 20.832, Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2011. P. 9.

Claessens y Yurtoglu afirman la existencia de dos categorías de definición. La primera definición se enfoca en los patrones de comportamiento, es decir, el verdadero comportamiento de las corporaciones medido en desempeño, eficiencia, crecimiento, estructura financiera y trato a los accionistas y partes interesadas. Y la segunda categoría, se enfoca en la estructura normativa de la corporación, las reglas bajo las cuales las firmas operan y las reglas provenientes de otras fuentes, como el sistema legal, el mercado financiero y el mercado laboral. Esta definición es más relevante para estudios comparativos.²⁰

Shleifer y Vishny definen gobierno corporativo como un: *“Set de mecanismos encargados de asegurar a los proveedores de recursos de la firma, la obtención de los retornos de sus inversiones. Estos mecanismos son tanto legales como económicos”*.²¹

Asimismo, *Lefort* especifica que: *“El gobierno corporativo consiste en el conjunto de relaciones que se establecen entre los diferentes participantes en la empresa con el fin de garantizar que cada uno reciba lo que es justo. Esto es crucial para proveer los incentivos adecuados para que se realicen las inversiones necesarias para el desarrollo de la empresa. La razón para que esto no ocurra en forma automática es la existencia de asimetrías de información y la imposibilidad de implementar contratos frente a cada una de las posibles eventualidades futuras.”*²²

Revisados estos diversos conceptos, se puede inferir que el Gobierno Corporativo conlleva la facultad de ejecutar el compromiso y la responsabilidad de la administración y de la toma de decisiones de una empresa. Al hablar de buen gobierno corporativo se pretende dejar en claro que busca la transparencia, objetividad, equidad en la organización, y, principalmente, la protección de todas las partes interesadas o grupos de interés tales como

²⁰ CLAESSENS, S, y YURTOGLU, B. Corporate Governance and development an update. A Global Corporate Governance Forum Publication. 2012.

²¹ SHLEIFER, A., y VISHNY, R. "A survey of corporate governance", Journal of Finance, Vol. 52, No. 2, 1997. Pp. 737-782.

²² LEFORT GORCHS, Fernando. Gobierno Corporativo: ¿Qué es? Y ¿Cómo andamos por casa? Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, 2003. P. 299.

los inversionistas, empleados, acreedores, y todos los demás entes que tengan vinculación con la empresa.

Ahora bien, cabe cuestionarse cómo se lleva a cabo un buen Gobierno Corporativo para realizar una buena administración y protección de todas las partes interesadas, lo que conlleva el no incurrir en faltas o delitos, haciéndose necesario un gobierno corporativo robusto que conozca a cabalidad sus defectos, imperfecciones y puntos críticos y prevea que tanto sus controladores, trabajadores, partes relacionadas o accionistas así como también la propia sociedad incurra en alguno de estos supuestos.

1.6.1 Regulación de Gobiernos Corporativos

El gobierno corporativo dice relación con la forma en que las compañías son dirigidas y controladas. Si bien esta calificación es relativamente nueva en nuestra literatura legal, ha tenido gran injerencia en distintos ámbitos de las sociedades. La legislación corporativa en Chile se remonta al año 1854, período en el cual fue aprobada por el Congreso Nacional la primera LSA, teniendo una inspiración fundamentalmente europea, recogiendo elementos del Código de Comercio francés de 1807 y el Código Comercial español de 1829²³. Si bien eran las primeras nociones de conceptos tan relevantes como sociedad anónima o de un gobierno corporativo, dejaba de lado materias de gran relevancia, como lo es la protección a los inversionistas minoritarios. Posterior a esto, en el año 1928 se creó la “Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles”, la cual en 1931 se fusionó con el regulador de las compañías de seguros para dar origen a la “Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio”. En 1966 se presentó un proyecto de reforma a la LSA que pretendía corregir la “falta de representación de los pequeños inversionistas”²⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, fue a partir de 1973 cuando nuestra legislación comenzó a ver grandes cambios para la actividad económica, creándose en 1980 la “Superintendencia

²³ ISLA ROJAS, Gonzalo. Op. Cit., P. 12.

²⁴ Ibidem. P. 13.

de Valores y Seguros”, ese mismo año se creó el sistema de capitalización individual para las pensiones de vejez, más conocido como las AFP, que permitió una expansión en el mercado de valores y fomentó una mayor inversión en las sociedades anónimas chilenas, al año siguiente la extensa reforma a la Ley de Sociedades Anónimas y la nueva ley para regular el mercado de valores, Ley número 18.045²⁵. Posteriormente, en el año 2000 se creó la Ley que regula las “OPAS” y establece el régimen de gobiernos corporativos; ley que fue modificada posteriormente por la Ley N°20.382, y este año, por la Ley N°20.314.

La OCDE, en el año 1999 publicó por primera vez los “Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades”, cuya finalidad fue proporcionar las ideas básicas que dan forma al concepto que es utilizado por los países miembro y otros en proceso de serlo. Desde entonces, y con las consecutivas publicaciones se han convertido en referencia para políticos, inversionistas, empresas y otras partes interesadas de todo el mundo, anticipado la agenda de gobierno corporativo a través de la entrega de una orientación específica para la puesta en marcha de iniciativas de carácter legislativo y reglamentario tanto en países de la OCDE como en otros no miembros.

Estos principios tienen la finalidad de ayudar a los legisladores a evaluar y mejorar el marco legislativo, reglamentario e institucional del gobierno corporativo, con el objetivo de favorecer la eficiencia económica, la estabilidad financiera y el crecimiento económico sostenible.²⁶

Dichos principios se fundamentan en que, para contar con altos niveles de transparencia, responsabilidad, supervisión del directorio, de cautelar los derechos de los accionistas y considerar el rol clave de determinados stakeholders²⁷, se debe construir un sistema de gobierno corporativo que funcione de forma eficaz.

No obstante, los principios se centran en los problemas de gobierno corporativo que se generan por la separación entre la propiedad y el control, no enfocándose en otros factores

²⁵ Ibidem. P. 14.

²⁶ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Edición OCDE, Paris. Disponible en: < <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> > [fecha consulta: 12 de junio de 2021].

²⁷ Su traducción al español significa: Partes Interesadas.

que también afectan a los procesos de las entidades y a su éxito en el largo plazo, como son los temas medioambientales, sociales, de ética y buena fe en los negocios, entre otros.

Los principios de Gobierno Corporativo emitidos por la OCDE radican en seis temas principales, tales como: 1) Garantizar la base de un marco eficaz para el Gobierno Corporativo; 2) Los derechos de los accionistas y funciones clave en el ámbito de la propiedad; 3) Tratamiento equitativo de los accionistas; 4) El papel de las partes interesadas en el ámbito del Gobierno Corporativo; 5) Divulgación de datos y transparencia; y 6) Las responsabilidades del consejo.²⁸

Sin embargo, y con el propósito de remediar la baja tasa de cumplimiento de los estándares propuestos por la OCDE, en el año 2009 Chile debió cumplir una serie de requisitos para incorporarse a este organismo, entre ellos, aprobar la Ley N°20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la comisión de delitos de lavados de activos, financiamiento al terrorismo y de cohecho, este último, modificado el año 2016. La citada ley incorporó requisitos mínimos para implementar un Modelo de Prevención de esta clase de delitos, además de la presencia de un oficial de cumplimiento que permita a las compañías eximirse de la responsabilidad penal, en caso que, uno o más de sus empleados incurra en alguno de los delitos antes mencionados. Esta ley colaboró con herramientas para lograr el objetivo de un gobierno corporativo más fornido y efectivo, que hacía falta en la legislación chilena y sobre todo en las empresas, teniendo en cuenta que, generalmente en los delitos cometidos por trabajadores de una empresa, se ha utilizado a la empresa como el vehículo para poder cometer estos mismos, generando, con esta malicia, un trastorno en el sistema empresarial y financiero, por lo que, el ejercicio de los deberes de dirección y supervisión que pesa sobre los administradores de las S.A. en torno a la exigencia de medidas preventivas de autorregulación que digan relación con evitar o prevenir los delitos cometidos por las personas físicas que integran la persona jurídica se hace imperioso.

Es menester, también, dar a conocer la regulación europea y latino americana sobre los Gobiernos Corporativos y la responsabilidad de los directores en las S.A. Para ello, a

²⁸ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Edición OCDE, Paris. Disponible en: < <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> > [fecha consulta: 12 de junio de 2021].

continuación, se entregará una breve reseña de la regulación brasilera, mexicana, estadounidense, alemana, italiana y española sobre la materia.

Brasil:

En Brasil, la Ley N°6404 de 1976 sobre Sociedades Anónimas establece en su artículo 165 que: “Los miembros del consejo fiscal tienen los mismos deberes que los administradores de que tratan los artículos 153 a 156 y serán responsables por los daños resultantes del descuido en el cumplimiento de sus deberes y de actos practicados con culpa o dolo, o con infracción de la ley o del estatuto. 1.- Los miembros del consejo fiscal deben ejercer sus funciones en el interés exclusivo de la compañía; se considerará abusiva la actuación del consejero que con el fin de causar daño a la compañía o a sus accionistas, obtenga para si mismo o para otra persona, beneficios que no sean justos y de ese resultado puedan resultar perjuicios para la compañía o para sus accionistas. 2.- Un miembro del consejo fiscal no es responsable por los actos ilícitos de otros miembros, salvo que consienta con ellos o concurra en el acto. 3.- La responsabilidad de los miembros del consejo fiscal será colectiva y responden solidariamente por el descuido en el cumplimiento de sus deberes, pero de ella se puede eximir el miembro disidente si se deja constancia de su divergencia en el acta de la reunión del órgano y se comunica a los órganos de la administración y a la asamblea general.”²⁹

Los principios de esta ley brasileña son bastante parecidos a los de la ley chilena³⁰, y su redacción permite una mejor sistematización de los principios imperantes en el Régimen de Responsabilidad de los Directores al tratar en un mismo artículo los deberes de diligencia del directorio y de responsabilidad por el mal cumplimiento de los deberes del director, asimismo, establece el deber de lealtad de los directores hacia la compañía, al señalar que éstos deben ejercer sus funciones de acuerdo al interés exclusivo de esta, evitando causar daños tanto a la compañía como a los socios.

²⁹ Ley N°6.404 de 15 de diciembre de 1976, modificada por la nueva Ley de Sociedades Anónimas N°10303/01, que entró en vigencia el 4 de marzo de 2002.

³⁰ Artículo 39 y 41 Ley 18.046. Ley sobre Sociedades Anónimas. Santiago de Chile. 22 de octubre de 1981.

En materia de responsabilidad social, a fines de 2011, la bolsa implementó un sistema voluntario de reporte mediante el cual las entidades debían indicar si publicasen un Reporte de Sostenibilidad o documento similar y donde estaría disponible o, en caso contrario, debían explicar por qué no tenían ese reporte. A partir de 2014 las entidades debían emitir reportes más globales sobre la materia, denominados: "Reporte o Explique en Sostenibilidad" o "Informes integrados."³¹

México:

La Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana trata el tema de la responsabilidad de los directores de la siguiente manera:

Artículo 157: "Los Administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen".

Artículo 158: "Los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad: I.- De la realidad de las aportaciones hechas por los socios; II. Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas; III. De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley; IV. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las Asambleas de Accionistas".

Artículo 159: "No será responsable el Administrador que, estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate".

Artículo 160: "Los Administradores serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido sí, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a los Comisarios".

³¹ Superintendencia de Valores y Seguros. "Fortalecimiento de Estándares de Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas Abiertas". Disponible en: <https://www.svs.cl/portal/principal/605/articulos-20924_doc_pdf.pdf> [fecha consulta: 12 de junio de 2021].

Estados Unidos de América:

Después de los grandes escándalos financieros de principios de esta década en los Estados Unidos, que significaron quiebras, fraudes e inapropiados manejos administrativos, y que impactaron directamente en la confianza de los inversionistas, hubo una fuerte presión para que a través de la ley se regulara y sancionara la actividad de los directores y ejecutivos de las empresas.

La reacción del legislador norteamericano ante este fenómeno fue la promulgación en el año 2002 de la Ley Sarbanes-Oxley (SOX), que endureció las regulaciones a las empresas con el fin de devolver al mercado la confianza perdida. Esta ley reguló el buen gobierno corporativo, la responsabilidad de los administradores, la transparencia en el mercado y la actividad de los auditores entre otras materias, estableciendo multas y castigos, incluyendo penas privativas de libertad para los infractores. En el caso de los directores y altos ejecutivos, la ley los hace directamente responsables de los controles financieros de la compañía, por lo cual las malas prácticas financieras pueden redundar directamente en su patrimonio. Se introduce el concepto de “responsabilidad corporativa”³² que hace responsable directo a los ejecutivos principales de los procedimientos de control interno de toda la información que se comunica al mercado.

En Estados Unidos, además de las leyes federales, la mayoría de los Estados³³ tienen sus propias normas que establecen la responsabilidad penal tanto de la sociedad como de sus directores, sin considerar la intencionalidad del autor; es decir, no se requiere dolo ni culpa, se trata de una responsabilidad objetiva.³⁴ Los nuevos acontecimientos en los mercados

³² Sarbanes-Oxley Act 2002, Título 3. La sección 302 dispone que los reportes que la empresa entrega a la SEC (autoridad administrativa) deben certificarse por el CEO (gerente general) o el CFO (gerente de finanzas) y los responsabiliza del establecimiento, mantenimiento y evaluación de los controles internos respecto de la información revelada al público. La función de fiscalización del proceso de preparación de los estados financieros de la compañía se entrega al Comité de Auditoría, conformado por a lo menos tres directores independientes, los que no deben tener ninguna relación económica con la sociedad, ni con el controlador, excepto por las asignaciones que les corresponde en su función como directores. La definición de independencia incluye a las sociedades en las que los miembros del Comité, sus cónyuges, y sus hijos menores, sean socios.

³³ En materia societaria, destaca en el ámbito legislativo y judicial el Estado de Delaware, que sirve de modelo para muchas de las leyes federales.

³⁴ Uniform Fraudulents Conveyance Act establece que una sociedad puede ser penalmente condenada por: a) cualquier delito cometido en la consecución de los negocios, sobre la base de una conducta ejecutada, autorizada, alentada, ordenada, ratificada o imprudentemente tolerada en violación a un deber de mantener una

mundiales dejaron en evidencia que los controles nunca son suficientes y las leyes societarias y del mercado de capitales estadounidenses se han visto fuertemente cuestionadas. Habrá que esperar la reacción del legislador para ver cómo se enfrentará de aquí en adelante este tema de la responsabilidad de los directores.

Alemania:

En Alemania, la ley de sociedades tipifica los delitos e infracciones en los que pueden incurrir los administradores de una sociedad, tales son: a) la falsedad de datos; b) descripciones inexactas; c) infracción a las obligaciones en el caso de pérdida de capital o insolvencia; d) declaración falsa o falsificación de resguardos de depósitos; e) infracciones al deber de información; f) infracción al deber de secreto; etc.

Italia:

El código Civil Italiano en su artículo 2.392 dispone que los administradores de la sociedad deben cumplir con los deberes a ellos impuestos por la ley y por el acto constitutivo, para lo cual deberán aplicar la diligencia del mandatario, y son solidariamente responsables hacia la sociedad por los daños derivados de la inobservancia de aquellas obligaciones. El tratamiento de la responsabilidad de los directores se encuentra regulada por las normas específicas aplicables al contrato de mandato.

España:

La Ley de Sociedades Anónimas de España establece:

Artículo 127: “Ejercicio del cargo: 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones”

Artículo 133: “Responsabilidad.1. Los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos

supervisión efectiva sobre las actividades por parte de una de ellas: el directorio, un funcionario ejecutivo, o cualquier otro agente en una situación de autoridad comparable con relación a la formulación de la política societaria y también cualquier persona, sea o no funcionario de la empresa, en tanto la controle o esté responsablemente a su cargo establecer la política de la empresa; b) cualquier delito consistente en omitir dar cumplimiento a deberes legalmente impuestos a la sociedad.

contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. 3. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general”.³⁵

En Chile, la realidad de las compañías difiere notoriamente de la situación de los países anglosajones que presentan una propiedad accionaria muy atomizada, donde existe una clara separación entre la propiedad y el control de la compañía. La propiedad de las empresas chilenas se encuentra notoriamente concentrada en uno o muy pocos accionistas que controlan la mayor parte del capital y de las decisiones sociales, situación que agrava los conflictos de intereses entre los accionistas controladores o mayoritarios y los minoritarios.³⁶

1.6.2 ¿Qué se entiende por Buen Gobierno Corporativo?

En torno a la necesidad que en las compañías exista un buen gobierno corporativo hay gran consenso a nivel internacional. En este sentido, las buenas prácticas recomendadas por la mayoría de los países desarrollados para guiar las conductas al interior de las empresas apuntan al comportamiento de los directorios, toda vez que, como se sabe, ejercen la administración superior ellas.

El desarrollo de un buen sistema de Gobierno Corporativo surge con la idea de velar que se cumplan en forma transparente los objetivos de cada empresa. La teoría indica, considerando lo anterior, que el mejoramiento de las prácticas de gobiernos corporativos se

³⁵ Real Decreto Legislativo de 22-12-1989, número 1564/1989, aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas y adapta la legislación mercantil española a las directivas de la comunidad económica europea (CEE) en materia de sociedades.

³⁶ DIAZ BRAVO, Roberto Felipe. La Regulación de los Conflictos de Interés de los directores como una Medida de Protección a los Accionistas Minoritarios en la Sociedad Anónima (Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico). Santiago de Chile. Facultad de Derecho Universidad de Chile. P. 44.

relaciona directamente con el positivo desempeño empresarial, esto a través de mejoras en la gestión – con una supervisión más efectiva por parte del directorio – y una mejor evaluación de la empresa por parte de los inversionistas y stakeholders.

Los autores concuerdan que, las empresas cuyos estatutos entregan mayores derechos a sus accionistas tienen un mayor valor de mercado, mayores beneficios, crecimiento en ventas y un menor costo de capital.³⁷

En otro acápite, bien es sabido que el directorio constituye uno de los actores más importantes en el ámbito de un gobierno corporativo, y en sistemas de propiedad concentrada, como es el caso de Chile, el conflicto de agencia relevante ocurre entre accionistas mayoritarios y minoritarios, puesto que el directorio, en virtud del artículo 31 de la Ley N°18.046 es el encargado de la administración de la S.A, pero generalmente los directorios son elegidos por el voto de los accionistas mayoritarios, produciéndose un conflicto de interés, ya que, independiente que ellos tienen la obligación - por ley- de emplear el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, se considera que tienden a proteger los intereses de los accionistas mayoritarios por sobre los minoritarios, puesto que de esa forma ellos podrían mantener su cargo de director, sucumbiendo el riesgo de ser removidos, lo que provoca una sensación de desprotección hacia aquellos accionistas que no pertenecen a un grupo empresarial o que no tienen el mayor porcentaje de acciones, que puestos frente a frente a los “mayoritarios” siempre verán sus intereses supeditados a lo que ellos quieran o por lo que a ellos les conviene, que generalmente es el objetivo al cual los directores pretenden canalizar los intereses de las empresas.

En directa relación con lo mencionado, es que la OCDE recomienda, específicamente para América Latina que: “Los accionistas deberían tener un número suficiente de directores que sean independientes de la administración y de los accionistas de control”, además de “Acelerar el proceso de establecimiento de los comités del directorio, con al menos una mayoría de directores independientes para servir en funciones que puedan involucrar conflictos de interés inherentes”.³⁸

³⁷ ISLA ROJAS, Gonzalo. Op. Cit., P. 20.

³⁸ Ibidem. P. 31.

Nuestro país se caracteriza por tener bajas tasas de cumplimiento en aspectos relacionados, precisamente, a la independencia del directorio, la ausencia de requisitos para el desempeño del cargo, la inexistencia de mecanismos de capacitación, así como reglas y procedimientos para evaluarlos, por lo que, se puede dar por sentado que Chile no cumple a cabalidad con los principios de gobiernos corporativos propuestos por la OCDE.

La más reciente reforma al marco legal de gobiernos corporativos en Chile es la Ley N°20.382 del año 2009, cuyo objetivo principal fue: “Incrementar los estándares y la eficacia de los gobiernos corporativos de las empresas”, proponiendo una serie de medidas orientadas a cuatro principios: Transparencia; Corrección de asimetrías de información; Fortalecimiento de los derechos de los accionistas minoritarios, y Autodeterminación.³⁹ A esto, se suma la Ley N°20.393, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, puesto que entrega herramientas para el cumplimiento que debe tener una empresa evitando el incurrir en delitos, pero también propone, junto a la incorporación de un oficial de cumplimiento, la ejecución de un buen gobierno corporativo.

Lo que se pretende con estas medidas es, entre otras cosas: aumentar el flujo de información, establecer medidas para el mejoramiento de las juntas de accionistas, y, a juicio de este autor, el aspecto más importante radica en dar mayor énfasis a la figura del Director Independiente y mayor protección a los accionistas minoritarios.

Sin embargo, si bien las reformas mencionadas han contribuido a la modernización del sistema societario, y con ello, a la cautela de garantías de los accionistas minoritarios y público en general, no es menos cierto que en cuanto a la exigencia de que exista un director independiente, así como un Comité de Directores sólo es obligatorio respecto de las S.A. abiertas que tengan un patrimonio igual o mayor a 1.500.000 UF, y a lo menos un 12,5 de sus acciones emitidas con derecho a voto se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones. Es decir, la obligatoriedad del director independiente la encontramos en las empresas de más alto nivel y no en la mayoría de las sociedades anónimas.

³⁹ Ibidem. P. 36.

Con todo, las reformas a la legislación vigente han intentado terminar con el problema de las denominadas “relaciones de agencia”, consistentes en motivar a los agentes a actuar en interés de los principales⁴⁰, considerando que, en el derecho societario, este tipo de relación es múltiple, lo que genera el enorme problema entre: accionistas y administradores, controladores y minoritarios, y entre la sociedad y sus acreedores.⁴¹

Otro grave problema que se presenta, como ya se ha mencionado, es el alto nivel de concentración de la propiedad en las empresas, donde el accionista mayoritario muchas veces controla cerca del 50% de la propiedad, y considerando además, que la elección del directorio pasa en gran parte por este grupo de accionistas, se provoca un alto nivel de dependencia del directorio a la voluntad de estos socios, ya que, al ser el directorio esencialmente revocable, ante cualquier diferencia de opinión entre directorio y controlador puede decidirse la revocación del primero de éstos.

Entonces, en relación con esto ¿Qué es lo que determina que en otras jurisdicciones no se adopte un sistema como el chileno, donde el directorio depende de manera tan absoluta de los accionistas? La respuesta es evidente: equilibrar, al fortalecer la posición de otros interesados en el gobierno de la sociedad.⁴²

Con todo, al analizar la literatura sobre desarrollo de principios de Gobierno Corporativo en las economías más avanzadas, lo primero que se puede concluir es que no existe un conjunto de prácticas universalmente aceptadas. Esto ocurre, porque, de acuerdo con la literatura internacional, el buen o mal Gobierno Corporativo puede ser evaluado considerando además de la estructura legal, la regulación existente en el país, la eficiencia del sistema judicial, el nivel de corrupción y las prácticas particulares de cada empresa en cada industria. Un papel importante se le otorga al sistema bancario que juega un papel

⁴⁰ LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. Reformas al Gobierno de las Sociedades contenido en la Ley N° 20.382. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2011. P. 49.

⁴¹ Ibidem. P. 50.

⁴² Ibidem. P. 55.

regulador en las economías, contribuyendo a que el derecho de los accionistas sea mejor protegido.⁴³

1.7 El Compliance como Mecanismo de Prevención.

En las sociedades mercantiles se ha ido plasmando la cultura de buenas prácticas, autorregulación y cumplimiento normativo. Esto se vincula, entre otros aspectos, con el gobierno corporativo y el denominado *Compliance*, que traducido al castellano significa cumplimiento, y que dice relación con obedecer, observar y ejecutar las disposiciones normativas. Se alude, con esta última expresión traída del *Common Law* al: “Conjunto de principios y procedimientos internos, mediante los cuales las empresas o instituciones pretenden asegurar, en pos de un fin preciso, el cumplimiento de cierta normativa, estándares o conductas, también precisas; todo lo cual será fijado en cada caso, y que deberá ser respetado por el personal directo y/o colaboradores y proveedores, según también se determine.”⁴⁴ En virtud que la normativa del *Compliance* proviene de diversas fuentes, esta no se restringe solamente a estándares legales, sino que además abarca normas de integridad corporativa y conducta ética en los negocios, ligándose plenamente con la gobernanza y el comportamiento empresarial. Entre sus fundamentos se encuentran la muchas veces nombrada Ley N°20.393, las normas que regulan la libre competencia y el lavado de activos, las normas emitidas por las Superintendencias, códigos de buenas prácticas promovidos por asociaciones de la industria, así como también códigos internos de conducta de la misma empresa.

En definitiva, el Compliance se caracteriza por ser una actividad independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de sanciones, de pérdidas financieras y de reputación, que se producen por inobservancia de las clases de normas anteriormente citadas. Se trata, en definitiva, de una función que permite a las instituciones

⁴³ WIGODSKI, Teodoro y ZUÑIGA, Franco. Gobierno Corporativo en Chile después de la ley de Opas. Santiago de Chile: Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, 2002.

⁴⁴ CANUT DE BON, Alejandro. Compliance y Gerencias Legales. Introducción al Mundo del Cumplimiento Normativo Empresarial. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2019. Pp. 33 y 34.

estudiar a la persona jurídica y su marco normativo aplicable, para efectos de determinar qué riesgos hay de que la primera vulnere el segundo, y establecer, de esa manera, una serie de acciones para impedir que ello ocurra⁴⁵. A su vez, este se ejecuta en una S.A. con la finalidad de contribuir con la fiscalización, puesto que, el departamento de Compliance realiza una fiscalización ex ante respecto de la labor fiscalizadora de la cual está facultada la CMF, en el caso de las S.A. abiertas.

Se puede decir entonces, que la función de cumplimiento es una función precisa, que se asemeja a un traje hecho a la medida para la empresa, ya que, todo programa de compliance deberá ajustarse al giro y condiciones concretas de la compañía de que se trate, tales como su tamaño, tipo de negocio, estructura, recursos y participación en el mercado.

En definitiva, una administración adecuada que vele por la protección de todas las partes interesadas se logra con un buen Gobierno Corporativo, y a su vez, un buen Gobierno Corporativo va a considerar incorporar un sistema de prevención de delitos o programa de cumplimiento que incluya una pauta o guía de cumplimiento normativo dada por un Modelo de Prevención de Delitos, adecuado a cada S.A., con el fin de lograr la prevención del incurrir en prácticas sancionadas por el derecho penal.

En definitiva, por medio de este análisis se logra responder a la interrogante de si efectivamente el Compliance obedece al rol de ser un mecanismo fiscalizador en las S.A., especificando que precisamente ese es su rol, y que, precisamente, tiene un carácter preventivo, ya que, en caso que se cumplan a priori con las estructuras de un buen Gobierno Corporativo en conjunto con la incorporación de estos programas de cumplimiento, las empresas estarían en condiciones de cumplir de manera correcta, eficiente y eficaz con sus labores administrativas, sin incurrir en actitudes abusivas e incluso ilícitas.

En este sentido, el poseer un adecuado diseño normativo e institucional, respecto a la libre competencia, el buen gobierno corporativo y el cumplimiento de estándares y normas, tanto internas como externas de una compañía, comprende un lugar importante en la agenda legislativa de un país, puesto que, entrega mayor seguridad al inversionista nacional o

⁴⁵ NACRUR, Ricardo. Responsabilidad penal para las personas jurídicas. Artículo de Opinión. Chile: Disponible en: <<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/responsabilidad-penal-para-las-personas-juridicas/>>

extranjero, y, por ende, disminuye el riesgo y se hace más atractiva la inversión en los negocios nacionales.

II. EL COMPLIANCE

2.1 ¿Qué es el *Compliance*? Sus inicios en el mundo y en Chile

Haciendo una relación en cuanto a la existencia y la presencia en el mundo del derecho de las personas naturales y las jurídicas, es indiscutible que estas son igualmente sujetos, ya sea de derechos, así como de obligaciones. Más aún, en una sociedad globalizada como la actual, la participación de las empresas cumple importantes funciones en el desarrollo de la economía, por lo que, sus operaciones tienen grandes consecuencias que, como contrapartida, deben tener un control para su justo desenvolvimiento⁴⁶.

El compliance, derivado del inglés “*to comply*”, dice relación con el deber de cumplimiento normativo de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos de la persona jurídica, es decir, comportamientos acordes a los principios de los gobiernos corporativos. De esta manera, surge la necesidad de: “Enfrentar las nuevas responsabilidades de las empresas por las acciones de sus dueños, directivos y empleados, en áreas tan diversas como normativas sobre libre competencia, mercado de valores y gobiernos corporativos”⁴⁷.

Para responder a esta necesidad, los estados transfieren la responsabilidad y el deber de prevención de los delitos directamente a los dueños de las empresas, sus directivos y trabajadores, por medio de normas legales que establecen sanciones y, a su vez, incentivos, en orden a obtener cooperación para la prevención, investigación y denuncia de los delitos que se le pudieren atribuir⁴⁸. Esto es lo que se conoce como “autorregulación regulada”, y se trata de un modelo regulatorio que ciertamente parte de la autorregulación de las empresas,

⁴⁶ BALMACEDA HOYOS, Gustavo; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Álex. Compliance Penal en Chile: sentido y alcance de la ley 20.393. 2020. Pp. 1.

⁴⁷ VÉLIZ MÖLLER, Patricio y BITRÁN HASSON, Yoab, Compliance: ¿Por qué y para qué?, Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017.

⁴⁸ Ibidem. P. 1.

pero que lo hace de manera subordinada a otros fines o intereses predeterminados por el Estado y sujeto también a su supervisión⁴⁹. Precisamente, la autorregulación, sea esta regulada o no, es lo que interesa a estos autores, entendiendo que es indispensable la forma como se adoptan las decisiones por parte de las personas que por ley han sido investidas para tomarlas, como los accionistas, así como de aquellas a las que se les ha investido de un cargo de administración, como lo son los directores y los gerentes, toda vez que, son ellos y no otros, los que por su voluntad o albedrío pueden o no configurar una organización defectuosa dentro de la S.A.

Para asegurar el cumplimiento de la función autorreguladora, así como la de estricto cumplimiento de la ley, se han establecido tres pilares o principios fundamentales. El primero es el reconocimiento de la responsabilidad legal de las personas jurídicas, es decir, la posibilidad que la compañía en sí y sus directivos, y no solo las personas que trabajan en ella sean inculpadas y condenadas. El segundo, ha sido el aumento del importe de las sanciones, que hace más ‘rentable’ el cumplimiento de la ley que su violación. Y, el tercero, y posiblemente el más importante, el hecho que el poder acreditar la vigencia de un programa de cumplimiento normativo efectivo cuando se cometió el delito permite que la empresa quede exenta o mitigada de responsabilidad penal. Todo ello ha permitido que esta función, nacida originalmente en Estados Unidos, se haya generalizado, en apenas unas décadas, al mundo entero⁵⁰.

En este sentido, el compliance puede definirse como: “Un procedimiento de revisión de estándares legales o éticos de una empresa, el que puede ser realizado en forma interna o a través de auditorías externas”⁵¹.

Pero, cabe preguntarse si ¿son las normas de compliance obligaciones de carácter legal? Gran parte de la doctrina considera que no, pues si bien puede existir legislación que regule esta materia, como la Ley N°20.393 de nuestro país, en términos generales el

⁴⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. Criminal Compliance: en especial Compliance anticorrupción y antilavado de activos, Breña, Perú, Instituto Pacífico, 2017, P. 22.

⁵⁰ REMACHA, Marta. Compliance, Ética y RSC. Cuaderno de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo. (N° 31). Julio 2016.

⁵¹ Ibidem. P. 12.

compliance supone que las organizaciones se adecúen a diversos principios, como un buen Gobierno Corporativo, y que constantemente trabaje mejorando sus procesos, en una suerte de autorregulación más que simplemente cumplir una lista de requisitos. De esta forma, con el dinamismo de la actividad empresarial, una norma legal que establezca exigencias taxativas está condenada a quedar obsoleta, pues no logrará abarcar oportunamente los aspectos que las organizaciones deben procurar. En conclusión, la evolución en la cultura organizacional debe surgir desde adentro hacia afuera, es decir, la organización debe adecuar sus conductas como parte de su cultura y no ser el Estado quien le imponga realizar dicho cambio⁵².

En Europa, la normativa MIFID1⁵³ Directiva de mercado de instrumentos financieros, fue una de las primeras normas que dio lugar a la figura del Compliance Officer. Esta determina tres principios:

- 1) Actuar de forma honesta, imparcial y profesional en el menor interés de sus clientes.
- 2) Proporcionar información imparcial, clara y no engañosa a sus clientes.
- 3) Prestar servicios y ofrecer productos, teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes.

El compliance propiamente tal surge durante la década de 1970 en Estados Unidos, a raíz de la fiscalización hecha por la entidad gubernamental Securities and Exchange Commission (SEC), que dejó al descubierto numerosos pagos ilegales a funcionarios públicos y a partidos políticos por parte de alrededor de 400 empresas estadounidenses.

Asimismo, el escandaloso caso Watergate hizo nacer la necesidad de implementar y desarrollar un programa de Compliance Penal o Criminal Compliance. En atención a esto, el presidente Jimmy Carter firmó, en 1977, la conocida Foreign Corrupt Practices Act⁵⁴

⁵² Ibidem. P. 8.

⁵³ Markets in Financial Instruments Directive, es la Directiva Europea sobre los Mercados de Instrumentos Financieros que con fecha 1 de noviembre de 2007 entró en vigor en todos los países miembros de la Unión Europea. La normativa MiFID fue diseñada con el fin de crear un único mercado de servicios financieros y fomentar la transparencia, la protección al consumidor y la competencia en los mercados financieros.

⁵⁴ La Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), o Ley contra prácticas corruptas en el extranjero, es una ley que prohíbe a las compañías de Estados Unidos o a cualquiera de sus subsidiarias, independientemente de dónde estén ubicadas sus operaciones y sus empleados, al propiciar directa o indirectamente el soborno a funcionarios

(FCPA), aprobada por el Senado estadounidense, cuyo objetivo principal era terminar con los pagos y sobornos a funcionarios públicos, para así, recuperar la confianza en el sistema de negocios de los EE.UU.

Así, fue expandiéndose globalmente la necesidad de establecer principios que dirijan a las organizaciones hacia una ética empresarial, lo que finalmente se concretó en lo que hoy conocemos por compliance. Las principales normas sobre compliance constituyen estándares internacionalmente reconocidos, que forman parte de lo denominado como “*soft law*”⁵⁵, por cuanto establecen principios que no son de cumplimiento coercitivo⁵⁶. A saber, las normas sobre Gobiernos Corporativos de la OCDE son de aplicación para todo tipo de organización, y se enmarcan perfectamente con lo aceptado como principios constitutivos del compliance. Junto con esto, las Normas ISO/UNE, de la *International Organization of Standardization*, entregan directrices y pautas de seguimiento de las organizaciones para ser parte de una cultura de cumplimiento generalmente aceptada. Principalmente, incumbe tener en consideración la Norma UNE/ISO 19600⁵⁷, que proporciona una guía para los sistemas de gestión de compliance⁵⁸; y la Norma UNE/ISO 19601, que establece un estándar de bases homogéneas de entendimiento y comunicación respecto de lo que es un sistema de compliance penal.

Iniciada la década de 1990, en Estados Unidos, pionero en desarrollo de normas sobre Compliance (no sin antes haber sufrido las consecuencias del escándalo Watergate⁵⁹), la

públicos en el extranjero con el fin de beneficiarse de esta acción. Su incumplimiento puede ocasionar fuertes sanciones que van desde multas económicas, hasta la puesta bajo supervisión judicial o la orden judicial de liquidación.

⁵⁵ El soft law tiende a ser definido como un conjunto de mecanismos, tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción, que demuestran conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional pero no son vinculantes ante la ley

⁵⁶ AYALA DE LA TORRE, José María, *Compliance*, Madrid, España, Francis Lefebvre, 2a. ed., 2018, pp. 22 y 23.

⁵⁷ La norma ISO 19600-2015 es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.

⁵⁸ Op. Cit. AYALA DE LA TORRE, José María. P. 23

⁵⁹ El 10 de octubre de 1972, el *Washington Post* informó de que la investigación policial había concluido que el asalto a las oficinas del edificio Watergate formaba parte de un plan de espionaje y sabotaje hacia el partido demócrata orquestado para favorecer la reelección del presidente Nixon.

Comisión de Sentencias de ese país, ente autónomo del gobierno que habitualmente se encarga de establecer directrices para la unificación de los criterios jurisprudenciales, publicó en 1991 un “Guidelines Manual”, que era un instructivo para la determinación de las penas en materia corporativa por parte de los jueces estadounidenses.

La particularidad del documento mencionado tiene relación con su generalidad en cuanto a la prevención de los delitos, y no está dirigido exclusivamente a los jueces para determinarlos en la aplicación de las penas. Como comentamos, en Estados Unidos se planteó la necesidad de recuperar y fortalecer la confianza en los negocios del país, por lo que, siguiendo con lo señalado, este manual incluyó un programa de cumplimiento normativo para las empresas que, según su acatamiento podría resultar en la exención o atenuación de la condena de las compañías.

Poco tiempo después, en 1992 el *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway* (COSO), organización voluntaria formada en 1985 por diversas organizaciones del sector privado de Estados Unidos, publicó el *Internal Control Integrated Framework*, que es un manual para el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de controles internos de las compañías, el que se actualiza constantemente y se ha convertido en la guía más completa a nivel mundial en esta materia.

En los últimos años, la crisis financiera, junto con la aparición de nuevos escándalos, han provocado el aumento de la presión por parte de inversores, ciudadanos y reguladores, lo que, en último término, ha conllevado la normalización de la función del cumplimiento normativo en los Consejos de Administración y en la empresa. Las grandes auditoras también han coadyuvado al impulso del compliance, en el que han encontrado un nicho de mercado debido a los requerimientos de auditoría independiente y de revisión fiscal. En todo caso, son los Gobiernos los que más han contribuido al desarrollo de la función, creando o adaptando la normativa que hace la existencia de programas de cumplimiento un imperativo para las empresas⁶⁰.

⁶⁰ REMACHA, Marta. Op. Cit. P. 23.

En Chile, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un origen anterior a la Ley N°20.393, puesto que, hacia el año 1938 se presentó un proyecto de Código Penal que incluía un título sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, redactado por los Sres. Pedro Silva y Gustavo Labatut. En la misma línea, el Sr. Eduardo Vargas, quien fue Ministro de la Corte Suprema de aquella época, declaró en el discurso de las Quintas Jornadas de Ciencias Penales sobre delitos Económicos, realizados del 17 al 20 de octubre de 1939 que: “Para la sanción de estos delitos económicos es preferible optar por medidas también de carácter pecuniario, como multas o comiso de los bienes acaparados o bien privación de Derechos, que es necesario hacer extensivas a las personas jurídicas, como lo supo establecer en forma clara el proyecto de Código Penal de los Sres. Pedro Silva y Gustavo Labatut, proyecto sumamente meritorio, que se adelantó a la época en que fue redactado y cuyas bondades no han sido suficientemente reconocidas”⁶¹

2.2 Concepto de Compliance

Analizados los orígenes del Compliance y los diversos contextos que forzaron a su desarrollo, debemos señalar que la Asociación Mundial de Compliance la define como: “El conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos”⁶². De esta forma, las normas sobre cumplimiento normativo no constituirían únicamente principios voluntarios, sino que requisitos legales que permitirían evitar la comisión de delitos corporativos que afecten a la estabilidad e imagen de la compañía, así como al resto de la sociedad.

Visto de otra forma, el autor José Luis Solís define el cumplimiento normativo como: “La función independiente que, a través de las políticas y procedimientos adecuados, detecta

⁶¹ VARGAS, Eduardo. Quintas Jornadas de Ciencias Penales sobre delitos Económicos. Santiago de Chile. 1939.

⁶² World Compliance Association. “Acerca del Compliance”. [en línea]. [Fecha de consulta: 27 de julio de 2021]. Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>

y gestiona el riesgo de incumplimiento de las obligaciones regulatorias, tanto externas como internas que tiene una organización”⁶³, considerándolo como una función de la empresa, de carácter voluntario e independiente, que obliga a los directivos, gerentes y todos sus funcionarios con el objeto de resguardarla de la comisión de delitos corporativos.

Por su parte, la Fundación Factor Humano considera que el cumplimiento normativo o Compliance supone: “El establecimiento de políticas y procedimientos adecuados para garantizar que una organización -incluidas sus personas directivas, empleadas y agentes vinculados- cumpla el marco normativo vigente. Dentro del marco normativo no deben considerarse únicamente las normas legales, como las leyes nacionales e internacionales o los reglamentos, sino también las políticas internas, los compromisos con clientes, proveedores o terceros, y sobre todo los códigos éticos. Así, el concepto reúne a la esfera jurídica (leyes), reguladora (reglamentos) y a la esfera de la RSE⁶⁴ (Responsabilidad Social Empresarial).

En conclusión, más allá del carácter imperativo, legal o voluntario que el Compliance pueda tener, todas sus acepciones apuntan al establecimiento de políticas, procedimientos o protocolos destinados a prevenir o disminuir los riesgos de las compañías, respecto de los eventuales delitos corporativos que se puedan efectuar por parte de las personas que la integran.

2.3 Modelo de prevención de delitos de la Ley N°20.393.

Con miras a los compromisos que adscribió Chile en el orden de la persecución internacional de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho a funcionario público nacional e internacional⁶⁵, receptación⁶⁶, negociaciones incompatibles,

⁶³ SOLÍS, José Luis. “Compliance o cumplimiento normativo”. 2017 Revista Partida doble 191. 78 p.

⁶⁴ Fundación Factor Humano. Compliance. “Donde no hay ley, no hay libertad”. Unidad de Conocimiento. Junio 2016 .9 p

⁶⁵ Sólo se consideraron estos tres delitos en el texto original de la ley 20.393

⁶⁶ Este delito se agregó a la ley 20.393 en la modificación que hizo de ella la ley 20.931 de 2016.

administración desleal, corrupción entre particulares, apropiación indebida⁶⁷, así como delitos de contaminación de aguas y otros ilícitos que contiene la ley de pesca⁶⁸, se originó la tramitación de esta ley, cuyo texto estableció como cimiento necesario para su tramitación y aprobación, los pactos y acuerdos a los que se comprometió Chile para perseguir en el ámbito internacional este tipo de conductas delictivas, que afectan directamente el sano funcionamiento de la economía.

Los Modelos de Prevención de Delitos son el resultado de una evolución en la cultura empresarial, que surge a partir del XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, llevado a cabo en El Cairo en el año 1984; el Proyecto de Código Penal de Guatemala; y el establecimiento y adhesión al principio que las sociedades pueden delinquir, lo que ha sido recogido por diversas legislaciones⁶⁹, ampliando, de esta forma, la posibilidad de responsabilizar penalmente a una empresa por los delitos que pudieran cometer las personas naturales que son parte de ella, y que la responsabilidad ya aludida no recaiga solo sobre esta últimas.

Ahora bien, en cuanto a las condiciones necesarias para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, la ley ha establecido que los delitos que ella contempla fueran cometidos: i) En su interés o para su provecho; ii) Por los dueños, controladores, ejecutivos o administradores, así como también los trabajadores que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de ellos; y iii) Que ello sea consecuencia de la infracción al deber de dirección y supervisión.

Pero, la pregunta que surge es la siguiente: ¿Cuándo este deber de dirección y supervisión se considerará cumplido y cuándo no? La misma ley señala en su artículo 3º, inciso tercero, que: “*Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han*

⁶⁷ Incorporados a la ley 20.393 por la ley 21.121 de 2018 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.

⁶⁸ Incorporados a la ley 20.393 por la ley 21.132 de 2019, que moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del servicio nacional de pesca

⁶⁹ BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; JUPPET EWING, María Fernanda. Compliance: Visión general desde una perspectiva Penal y Comercial. Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters, 2019, p. 1.

cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido”.

Esta ley dispone de la opción que se les da a las empresas en el orden de implementar un Modelo de Prevención de delitos. Hablamos de opción, toda vez que no es obligatorio para la persona jurídica -aspecto que se verá más adelante-, y que así se desprende del artículo 4º de la ley, que señala: *“Las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia...”*.

Sin embargo, independiente del carácter facultativo que tiene se desprende de lo literal de esta norma, nos adelantamos en considerar que la implementación de un Modelo de Prevención de Delitos debiese ser un imperativo en toda empresa, ya que, no solamente contribuye a atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica como consecuencia de haberse ejercido los deberes de dirección y supervisión, sino que, además, en la práctica, es muy valioso el tiempo dedicado a su estudio, porque sirve, entre otros factores, para conocer a plenitud los aspectos críticos y de riesgo que pueden existir dentro de la respectiva organización. Siguiendo el mismo orden de ideas, para que sea eficaz este Modelo de Prevención, la compañía debe primeramente analizar, estudiar y determinar aspectos específicos, como lo es el giro de la sociedad, su estructura, tamaño, la participación que tiene en el mercado, así como también los recursos que posee, con el designio que el Modelo sea una especie de “traje a la medida” para la empresa.

Una vez que se hayan analizado e identificado estos aspectos, la empresa recién estará en condiciones de elaborar el Modelo de Prevención, el cual deberá contener necesariamente los siguientes elementos mínimos:

1º Designación de un Encargado de Prevención.

- i) La máxima autoridad de la administración de la persona jurídica debe hacer la designación.
- ii) El encargado de prevención durará en su cargo hasta tres años, período que podrá prorrogarse por un plazo de igual duración.

- iii) Gozará de autonomía respecto de la administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2° **Definición de Medios y Facultades del Encargado de Prevención.**

La propia ley señala cuáles son los medios y facultades suficientes básicas que debe proveer la administración al encargado de prevención, estas son:

- i) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.
- ii) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3° **Establecimiento de un Sistema de Prevención de los Delitos.**

Aquí también es la ley la que predetermina cuál debe ser el estándar del sistema de prevención, señalando lo siguiente:

- i) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en la ley.

En este sentido, pondremos como ejemplo el Modelo de Prevención de Delitos de Falabella, cuyo texto contempla que el Encargado de Prevención seguirá un procedimiento

para la detección de los posibles riesgos, que consistirá en entrevistas a los colaboradores que estén a cargo de los procesos que anticipadamente pudieran considerarse como riesgosos, etapa seguida de una evaluación de los riesgos levantados, a fin de determinar los que supongan una mayor exposición y, en definitiva, se concentren en estos todos los esfuerzos del Encargado de Prevención y los recursos de la empresa por prevenir la comisión de delitos. Esta evaluación de riesgos, en el Modelo de Prevención de Falabella, se hará conforme a la metodología basada en la norma ISO 31.000, lo que es muy acertado, puesto que no va a existir arbitrariedad en la calificación de los riesgos que la empresa pueda detectar y los mecanismos preventivos a los que serán sometidos los colaboradores que operen estos procesos riesgosos, por considerarse la norma 31.000 de la Organización Internacional de Normalización una metodología mundialmente aceptada.⁷⁰

- ii) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

El Modelo de Prevención de Riesgos Penales implementado por la empresa de distribución de electricidad Enel, en sus operaciones en Chile, señala que la correcta implantación y ejecución del Modelo necesita que el flujo de información sea apropiada, vigente, oportuna, exacta y accesible, y que esta fluya adecuadamente a través de la compañía, siendo menester que existan también actividades de prevención, que formarán parte del desempeño habitual de las actividades que han sido consideradas como riesgosas según el punto anterior. Enel considera que estos procedimientos contemplarán, a saber:

- Divulgación y entrenamiento a través de programas de formación y comunicación periódicos para todos los trabajadores, coordinados por los responsables de los procesos y otras autoridades dentro de la compañía.

⁷⁰ S.A.C.I. Falabella. Legal y Gobernanza. Modelo de Prevención de Delitos, Ley N°20.393. Chile. [En línea]. Disponible en: https://www.falabella.com/static/RDF/site/content/falabella-sostenible/pdf/Modelo_de_Prevencion_del_Delito_SACI_Falabella.pdf > Pp. 25 y 26.

- Reporte de incidencias, operaciones riesgosas o violaciones al código de ética o la normativa interna de la compañía, al Encargado de Prevención de Delitos.
- Divulgación periódica de los resultados de procesos de investigación y análisis de riesgos, lo que permite identificar las futuras acciones de control y prevención. De la misma forma, esta función informativa de la compañía tendrá lugar respecto de los resultados de la verificación de la ejecución de los controles según lo determinado por el Modelo, en relación con cada proceso de la empresa.⁷¹

iii) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

En el Modelo de Prevención de Falabella, que se utilizó de ejemplo en el punto i), se establece el deber del Encargado de Prevención de coordinar con la gerencia de auditoría interna corporativa y/o con auditores externos, revisiones periódicas a los procedimientos de administración de recursos financieros, así como desarrollar planes de acción para superar las irregularidades que puedan surgir, con los departamentos corporativos que se vean involucrados. Por supuesto, y considerando el deber informativo de todos los procesos de prevención de delitos de la compañía, como someramente señalamos en el punto anterior, los resultados de las auditorías financieras deben ser incorporadas en los reportes del Encargado de Prevención al Directorio.⁷²

Acá podemos ver como el Encargado de Prevención cumple también un rol fiscalizador coordinando con la Gerencia de Auditoría y/o los auditores externos de la compañía, con la finalidad de entregarle al directorio los resultados de estas.

⁷¹ ENEL. Modelo de Prevención de Riesgos Penales. Chile. [En línea]. 03 de agosto de 2019. Disponible en: <<https://www.enel.cl/content/dam/enel-cl/inversionistas/enel-distribucion-chile/gobierno-corporativo/codigo-etico-y-plan-tcc/Modelo-de-Prevencion-de-Riesgos-Penales-Enel-Distribucion-Chile.pdf>> P. 10.

⁷² S.A.C.I. Falabella. Op. Cit. [En línea]. Disponible en: <https://www.falabella.com/static/RDF/site/content/falabellasostenible/pdf/Modelo_de_Prevencion_del_Delito_SACI_Falabella.pdf> P. 28.

iv) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

En el Modelo de Prevención de Falabella se señala expresamente que la Compañía puede aplicar medidas disciplinarias a aquellos trabajadores que incumplan el Modelo o cometan algún delito, tales como⁷³:

- Multa hasta por la cuarta parte de la remuneración diaria del infractor;
- Amonestación escrita al infractor;
- Amonestación verbal; o
- Capacitación.

Cabe destacar la importancia que conlleva incluir esta última medida disciplinaria, puesto que, más que una sanción, la capacitación es un proceso que permite al capacitando la adquisición de conocimientos específicos, de enmendar los comportamientos propios de las personas y de la organización a la que pertenecen, permitiendo a los trabajadores poseer un mejor rendimiento laboral gracias a la adaptación a las exigencias cambiantes del entorno, que en este caso, es el sistema de prevención de delitos que implementó la empresa.

Por otro lado, el Modelo de Prevención de Delitos de ENEL agrega que los regímenes disciplinarios aplicables por la empresa existirán sin perjuicio de las facultades que tengan las autoridades sectoriales y los tribunales de justicia, según lo establecido por la ley⁷⁴. Todas estas funciones serán de responsabilidad del Encargado de Prevención, quien evaluará, comunicará y registrará las denuncias y las medidas disciplinarias que se apliquen. Así también, deberá efectuar periódicamente un seguimiento de las denuncias registradas.⁷⁵Y en esta línea, aspectos como la figura del whistleblower o denunciante, la implantación

⁷³ Ibidem. P. 33.

⁷⁴ ENEL. Op. Cit. Disponible en: <<https://www.enel.cl/content/dam/enel-cl/inversionistas/enel-distribucion-chile/gobierno-corporativo/codigo-etico-y-plan-tcc/Modelo-de-Prevencion-de-Riesgos-Penales-Enel-Distribucion-Chile.pdf>> P. 10.

⁷⁵ Ibidem. P. 15.

de canales de denuncia eficientes y un necesario cambio de paradigmas, cobran especial relevancia.⁷⁶ Un canal de denuncias efectivo es aquel que no solo amplía el círculo de vigilancia o control, sino que además permite la obtención de información veraz y relevante para la prevención o instrucción de actos ilícitos. En este sentido debe, al menos: a) asegurar la protección del denunciante, garantizando la confidencialidad y, en ocasiones, el anonimato; b) neutralizar el temor a sufrir represalias y c) garantizar la adecuada instrucción de los hechos denunciados.⁷⁷

A continuación, mostraremos dos imágenes que grafican el órgano de compliance chileno y español, y que explica en quién se confía la vigilancia, supervisión y control del riesgo. El chileno se lo entrega a una persona natural que es independiente del órgano administrador, mientras que el español opta por permitir que pueda hacer las veces de Encargado de Prevención incluso un órgano de la persona jurídica. A pesar de ello, ambos coinciden en que sea un órgano o sea una persona natural, habrá de gozar necesariamente de autonomía e independencia en el ejercicio de su función (art. 5 Ley N°20.393 y art. 31 bis. 2. 2ª del Código Penal español).⁷⁸

⁷⁶ World Compliance Association. WCA. El whistleblowing como sistema eficiente en la lucha contra la corrupción. [En línea]. Disponible en: <<https://www.worldcomplianceassociation.com/1446/articulo-el-whistleblowing-como-sistema-eficiente-en-la-lucha-contra-la-corrupcion.html>>

⁷⁷ Ibidem. Disponible en: <<https://www.worldcomplianceassociation.com/1446/articulo-el-whistleblowing-como-sistema-eficiente-en-la-lucha-contra-la-corrupcion.html>>

⁷⁸LEO-CASTELA, Juan Ignacio e SANCHEZ MACIAS, José Ignacio. Autorregulación e imputación penal de la persona jurídica en España y Chile. *Polít. crim.* [online]. 2020, vol.15, n.30 [fecha de consulta: 05 de julio del 2021], pp.639-669. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200639&lng=pt&nrm=iso>

Figura 1 Ciclo IDARA aplicado al modelo chileno de *compliance* penal.

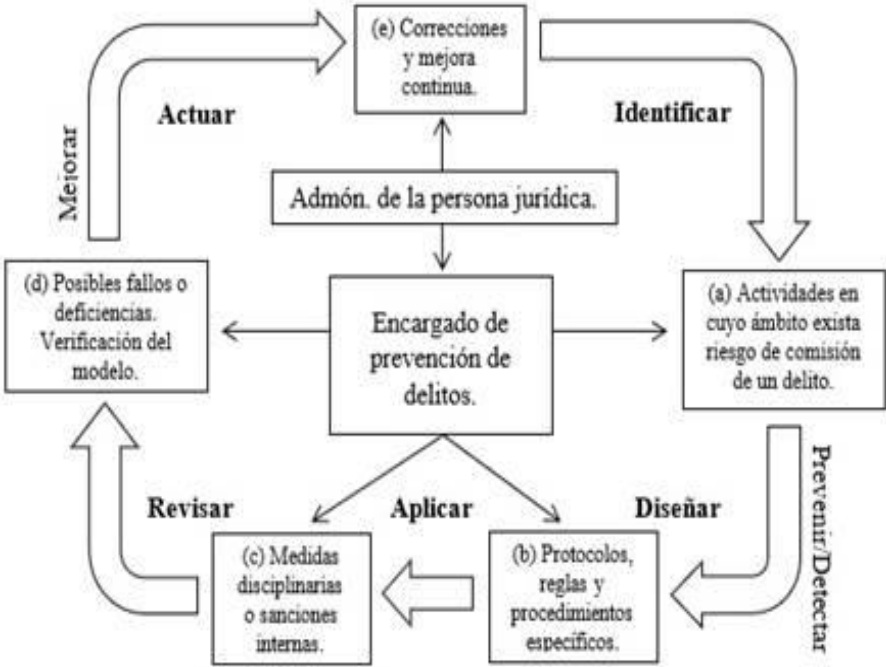
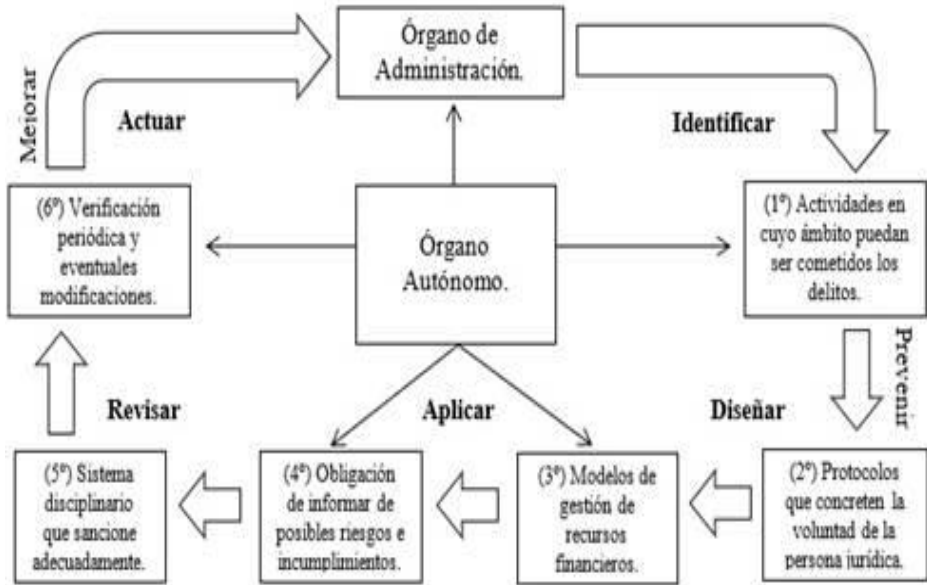


Figura 2 Ciclo IDARA aplicado al modelo español de *compliance* penal.⁷⁹



⁷⁹ Ibidem. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200639&lng=pt&nrm=iso>.

Por último, es importante indicar que son dos los pasos que han de seguir las empresas para asegurarse que el Modelo de Prevención de Delitos que rige en la compañía y que es parte integrante de un programa de cumplimiento ha quedado en conocimiento de todos los trabajadores de la empresa, a saber:

- a) La incorporación en los contratos de trabajo de la normativa interna de la empresa relativa al Programa de Cumplimiento, y
- b) La realización de capacitaciones efectivas, para resolver los problemas particulares de las áreas de riesgo identificadas en la matriz o mapa de riesgo.⁸⁰

4. Supervisión y Certificación del Sistema de Prevención de los Delitos.

La ley señala que el Encargado de Prevención en conjunto con el órgano administrador deberán disponer de los métodos necesarios para la instauración del modelo de prevención de los delitos, así como también de la supervisión de este, con el propósito de detectar y corregir sus fallas; asimismo, debe actualizarlo cuando los cambios de circunstancias lo ameriten, ya que, de nada servirá la existencia del Modelo si este no es efectivamente aplicado en tiempo y forma.

A su vez, la ley le ofrece la opción a la persona jurídica de certificar el modelo de prevención de delitos, en donde constará que contempla todos los requisitos establecidos en la ley, en relación con la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica, y cuya declaración podrá ser expedida por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la CMF que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador, cautelando la rigurosidad de esta certificación estableciendo que ejercen estos certificadores una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal. Si bien la certificación del Modelo no es obligatoria, si podemos afirmar que es un medio de prueba fehaciente, contundente, que beneficiará a la persona

⁸⁰ BALMACEDA HOYOS, Gustavo; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Álex. 2020. Una aproximación al Criminal Compliance Program en la Ley chilena N°20.393. Revista Criminalia. [En línea]. Vol. 86 N°1, pp 122. [fecha de consulta: 05 de septiembre de 2021]. Disponible en: <<https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/22>>

jurídica en la elaboración de su defensa en un eventual juicio, tal como lo señala el Oficio N°440/2010 de la Fiscalía Nacional, puesto que, resultará más complejo para el Ministerio Público probar que la empresa ha incumplido su deber de dirección y supervisión si cuenta efectivamente con un modelo de prevención de delitos, con un encargado de prevención, con procedimientos internos, cumpliendo todos los requisitos exigidos por el artículo 4° y , además, si existe una certificación de una empresa independiente.

No obstante, hay que recalcar que la empresa no se exime de responsabilidad por el hecho de estar certificado su Modelo de prevención, puesto que, se debe atender que la obligación principal es que el Encargado de Prevención en conjunto con la administración de la sociedad velen por la aplicación efectiva e idónea del Modelo, existiendo entonces, la posibilidad que no exista modelo en absoluto o que se trate de un modelo formal diseñado para aparentar el cumplimiento de la normativa, no correspondiendo con la verdadera política de negocios de la empresa.⁸¹

Por consiguiente, será el raciocinio del tribunal el que finalmente determine si existía o no el Modelo de prevención, y en caso de que exista, si este era efectivamente aplicado, idóneo, y preventivo, girando la discusión probatoria en cuanto a ello, independiente si está o no certificado.

2.4 Valoración del Cumplimiento Normativo de las Empresas.

Un estudio llevado a cabo en el año 2020 por el Instituto de Estudios Económicos de España sobre la función del *Compliance* en las empresas españolas, concluyó que: “La función del *Compliance* está mejor valorada por las propias empresas que por el resto de las partes interesadas, ya que las implicaciones favorables de la función son, sobre todo, la de índole interno (mejoran los procedimientos internos, los controles, la reputación y el valor de la marca de la empresa). Por el contrario, aquellas que están vinculadas al reconocimiento de la función de *Compliance* por parte de terceros (clientes, entidades financieras, compañías

⁸¹ Oficio N°440/2010. Fiscalía, Ministerio Público de Chile. [En línea]. P. 10. Disponible en: <<https://prelafit.cl/wp-content/uploads/2016/04/OF-FN-440-2010-rppj-3.pdf>>

de seguros y Administraciones públicas) tienen una menor valoración.⁸² De ello, es dable interpretar que al Compliance aún le queda un largo camino por recorrer en cuanto a la valoración que le dan las partes relacionadas, o más bien, los entes externos en general.

Pasemos a ver el siguiente gráfico que demuestra lo precedentemente señalado:

Gráfico 38: Valoración sobre la función de Compliance en la organización.



Ahora bien, en el gráfico siguiente, que ha de resaltar del análisis del cruce de la valoración de la función del Compliance (barra en azul) con respecto a los resultados obtenidos antes sobre la motivación que tienen las compañías para implantar un sistema de Compliance (barra en verde), existe una cierta correlación entre las razones que tienen las empresas para implantar la función de Compliance y los resultados obtenidos.

En este sentido, se puede observar que siendo las dos razones más importantes para implantar la función de Compliance: El compromiso ético de la dirección y la exención de la responsabilidad penal, las empresas valoran en segundo y tercer lugar los dos factores que están relacionados con estos, es decir, la reputación y el valor de la marca corporativa y evitar

⁸² Asociación Española de Compliance. Instituto de Estudios Económicos. Estudio sobre la Función de Compliance en las Empresas Españolas. 2020. [En línea] P. 29. Disponible en: <https://www.asociacioncompliance.com/estudio-sobre-la-funcion-de-compliance/>

sanciones. De la misma forma, el segundo factor menos importante a la hora de decidir implantar la función de Compliance vimos que era la presión social y mediática, y comprobamos que el hecho de haberla implantado no repercute en una mayor captación de nuevos clientes y apertura de nuevos mercados, lo cual viene a confirmar que la función de Compliance aún no es suficientemente conocida o no está suficientemente valorada por la sociedad.⁸³

Gráfico 39: Factores determinantes (barras verdes) vs. valoración (barras azules) del Compliance.



Teniendo a la vista los datos recopilados por el estudio citado precedentemente, es dable considerar que, si bien la función de Compliance en las empresas no ha sido valorada con el ímpetu que ha de dársele por parte de la administración pública, las compañías de seguros, las entidades financieras u otras partes relacionadas, no significa que en un mediano plazo esta situación se revierta, pasando a ser una función esencial dentro del comercio en las esferas que hemos señalado.

Por ello, consideramos que en la actualidad la valoración al cumplimiento normativo de las empresas se posiciona como una función esencial en cuanto al valor que le dan las mismas compañías en atención a los beneficios que ello genera en el orden de mejorar los

⁸³ Ibidem. P. 30.

procedimientos internos, la reputación y el valor de la marca, así como también la de soslayar las sanciones a la empresa.

2.5 Beneficios de la implementación de un Modelo de Compliance Eficaz antes de la Comisión del Delito.

En el momento de verse enfrentada una empresa en un juicio, la aplicación que esta misma le dio al compliance adquiere gran relevancia jurídica para ser utilizado como medio de prueba, cuyo objeto va a ser acreditar que se han llevado a cabo los deberes de dirección y supervisión. Esta afirmación, se plasma en la propia responsabilidad penal que la ley le atribuye a la persona jurídica, así como en la gradualidad en la aplicación de las penas.

Así pues, en Chile, la implementación de un programa de cumplimiento supone una presunción legal en favor de la persona jurídica respecto al cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión según versa el artículo 3° de la Ley N°20.393, que implicaría la atipicidad o la irrelevancia penal de la conducta de la persona jurídica. En la misma línea, la regulación italiana dispone que, en todo caso, se excluye la inobservancia de las obligaciones de dirección y vigilancia, si el ente, antes de la comisión del delito, ha adoptado e implementado eficazmente un Modelo de organización, gestión y control idóneo para prevenir delitos de la especie del que presuntamente se ha perpetrado⁸⁴. Se trata, en este caso, de presunciones legales, es decir, aquellas en las que la inferencia entre el hecho indicio y el hecho presupuesto aparece establecida en la propia ley.⁸⁵ Con todo, se trata de una presunción simplemente legal, y por ende, la prueba en contrario va a incidir en desvirtuarla, alegando que el Modelo de prevención de delitos es aparente y no se condice en nada con la realidad de la empresa, siendo de este modo ineficiente, lo que deja en evidencia que el compromiso

⁸⁴ Artículo 7. 2 D. Lgs. 231. Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2001.

⁸⁵ NEIRA PENA, Ana María. La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. Polít. crim. [online]. 2016, vol.11, n.22 [consultado el 05-07.2021], pp.467-520. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200005&lng=es&nrm=iso.

de la empresa en torno a la implementación de un Modelo de Prevención debe ser rigurosa y seria, lo que le serviría, a su vez, para alegarlo en su defensa.

Por otra parte, parece lógico pensar que, si la entidad implementa medidas eficaces para prevenir y detectar delitos, aun cuando no se ajusten exactamente a los requisitos legales establecidos en el Código Penal, tales medidas preventivas podrían servir como indicio de que, en el caso concreto, no hubo un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control y que, por lo tanto, el delito cometido por sus miembros no es imputable a la persona jurídica por faltar ese requisito típico. Ahora bien, esta relación o enlace lógico entre la efectividad de las medidas de prevención delictiva y el cumplimiento de los deberes de control no aparece explícitamente recogido en la ley española, sino que queda a discrecionalidad del intérprete tomarla en consideración. Se trataría, en este caso, de una presunción judicial.⁸⁶

Existen diversas disimilitudes entre la regulación italiana y española respecto de la chilena, teniendo en cuenta que en la legislación europea la persona jurídica va a responder por los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta por las personas físicas que la representan o administran, sorprende aún más que el legislador no concediera ningún valor a la prevención y vigilancia que sobre este tipo de riesgo podría llevar a cabo la propia persona jurídica mediante políticas empresariales vinculadas con la gobernanza, el diseño organizativo, la planificación estratégica, la política de remuneraciones o la gestión de riesgos, por citar algunas de las más relevantes. En este punto, la aproximación chilena a la cuestión, que recordamos fue anterior en el tiempo, parece más acertada. La Ley N°20.393 incluyó el modelo de prevención de delitos como integrante del deber de dirección y supervisión y requisito esencial para la exoneración (arts. 3 y 4). La adopción del Modelo se configura así, como una condición *sine qua non* que vincula expresamente la voluntad de la organización con su responsabilidad, pues solo en el caso de haber incumplido tales deberes podrá materializarse una sanción penal. Por tanto, la consideración de que la organización pueda accionar u omitir estos deberes (autorresponsabilidad) constituye un aspecto clave en la formulación de cualquier modelo de compliance penal. En definitiva, como se observa

⁸⁶ Ibidem

durante este período, cada legislación parece seguir su propia dinámica sin que se aprecien paralelismos relevantes.⁸⁷

En España e Italia, cuando el delito ha sido cometido por un sujeto en posición apical, la existencia y efectiva implementación de un programa idóneo para prevenir los delitos de la especie del presuntamente cometido constituye tan sólo uno de los requisitos que integran la eximente de responsabilidad para la persona jurídica. Por lo tanto, su acreditación, siendo necesaria, no es suficiente para que la entidad quede exenta de responsabilidad por los delitos cometidos por sus dirigentes. Será necesario, a tal fin, acreditar, así mismo, el resto de las exigencias previstas en los artículos 6.1 D. Lgs. 231 y 31 bis N° 2 CP, que se configuran como requisitos acumulativos. En concreto, habrá que probar que el organismo encargado de supervisar el programa ejerció debida y suficientemente sus funciones y que el dirigente que delinquiró lo hizo eludiendo fraudulentamente las medidas de control de la organización, es decir, engañando al encargado de prevención.⁸⁸

Siguiendo con los efectos ligados a la adopción de un modelo eficaz de prevención de delitos, se aprecia que el programa de cumplimiento, adoptado con posterioridad a la comisión del delito, pero antes de la celebración del juicio, serviría para atenuar la pena de la entidad según los artículos 12.2.b D. Lgs. 231, 31 quater d) CP y 6º. 3) Ley 20.393. Esta reducción de la pena se aplicaría tanto al montante de la multa como a la duración o intensidad del resto de penas restrictivas de derechos, cuya imposición podría, incluso, llegar a evitarse.⁸⁹

Por último, en la adopción de medidas cautelares *contra societatem* o de medidas preventivas dirigidas a neutralizar los riesgos de reincidencia y de reiteración delictiva, la existencia de un programa de cumplimiento eficaz también debe ser objeto de valoración, ya

⁸⁷ LEO-CASTELA, Juan Ignacio e SANCHEZ MACIAS, José Ignacio. Op. Cit. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200639&lng=pt&nrm=iso

⁸⁸ NEIRA PENA, Ana María. Op. Cit. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200005&lng=es&nrm=iso.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.) Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Atelier, 2013, pp. 15-42, p. 33

que al no concurrir el *periculum in mora* o *periculum in libertatis*, consistente en el riesgo de que, en espera del juicio penal, se reiteren las conductas delictivas, tales medidas podrían devenir innecesarias, y por ende su adopción se reputaría desproporcionada.⁹⁰

En Estados Unidos, las *U.S.S.G.* o guías para dictar sentencias establecen los requisitos que ha de tener un programa de cumplimiento eficaz para ser tomado en consideración a los efectos de calcular el índice de culpabilidad de la persona jurídica, del que dependerá su pena, en caso de resultar condenada.⁹¹ Sin embargo, la práctica pone de manifiesto que, en la mayor parte de los casos, no se abre juicio oral ni se dictan sentencias de condena frente a las personas jurídicas, porque la Fiscalía alcanza acuerdos con las corporaciones investigadas o acusadas en una fase previa.⁹² En este contexto, la existencia o la adopción de un programa de prevención de delitos eficaz sirve, básicamente, como elemento para negociar un acuerdo con la fiscalía, ya que tales programas se contemplan en los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, como factor a tener en cuenta para decidir si acusar o no formalmente a la corporación.⁹³ Aunque la Fiscalía estadounidense considera que la existencia del programa no es suficiente, por sí sola, para justificar una decisión de no presentar cargos frente a la entidad, resulta innegable que, en la práctica, es un factor determinante.

De hecho, el efecto más importante que producen estos programas en Estados Unidos es el pre-procesal, consistente en evitar o diferir la presentación de cargos penales. Las corporaciones investigadas por la comisión de un delito negocian acuerdos con la Fiscalía en los que se comprometen, bien a adoptar un programa de cumplimiento, bien a mejorar el

⁹⁰NEIRA PENA, Ana María. Op. Cit. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200005&lng=es&nrm=iso.

⁹¹ §8B2.1. U.S.S.G

⁹² Hay que tener en cuenta que, en aquel país, entre un 90 y 95% de los casos no llegan a juicio, resolviéndose a través de acuerdos con la Fiscalía, denominados guilty pleas, que aparecen regulados en la regla 11 de las Federal Rules of Criminal Procedure. Estos datos, pueden consultarse, desagregados por Distritos, Circuitos y Estados en las estadísticas de la United States Sentencing Commission, disponible en: <http://www.ussc.gov/research-and-publications/federal-sentencing-statistics/federal-sentencing-statistics-district-circuit-state> [consultado el 05.07.2021]

⁹³ 9.28.800 Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations, disponible en: <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations> [consultado el 05.07.2021].

programa con el que cuentan, recibiendo a cambio un compromiso del Fiscal de diferir (*Deferred Prosecution Agreements*) o de renunciar (*Non-Prosecution Agreements*) a su persecución penal, evitando así la mala publicidad que habitualmente se deriva de un proceso penal público y el estigma propio de las condenas penales. También la regulación chilena contempla esta posibilidad al prever la suspensión condicional del procedimiento, pudiendo exigirse a la entidad, entre otras condiciones, la implementación de un programa de prevención delictiva de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 N°4 de la Ley 20.393).⁹⁴

Pues bien, estas vías alternativas al proceso penal, según Nieto Martín, serían las más adecuadas para que las empresas incorporarán programas de cumplimiento penal a su estructura organizativa, señalando el autor que “la suspensión del proceso o los acuerdos procesales con las personas jurídicas a cambio de que mejoren su organización interna deberían ser, salvo en el caso de empresas reincidentes, la vía natural de incorporar el compliance al Derecho penal”.⁹⁵

En cualquier caso, como cuestión de política criminal, y para asegurar el efecto de prevención general que está llamado a desplegar el Derecho Penal, es preciso sostener que, las personas jurídicas que ejercieron sus funciones de control y prevención con el grado de cuidado, diligencia y pericia que, razonablemente, hubiera ejercido una entidad prudente en circunstancias análogas, no deberá responder penalmente, ya sea porque no se presenten cargos en su contra, ya sea porque resulte absuelta tras la celebración del debido proceso penal.⁹⁶

⁹⁴ NEIRA PENA, Ana María. Op.Cit.

⁹⁵ NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento”, cit. nota n° 2, p. 49.

⁹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La culpabilidad de la persona jurídica” cit. nota n° 26, p. 188.

III. JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE LA MATERIA Y ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN LA LEY N°20.393 PARA ATRIBUIR LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Este capítulo está adscrito para examinar los requisitos que establece la ley para configurar un hecho que pueda ser susceptible de pesquisar conforme a la ley la responsabilidad penal consiguiente por parte de los tribunales, así como también hacer algunos comentarios de lo investigado respecto a la jurisprudencia en torno a ellos. A su vez, y para dar respuesta al objetivo que persigue esta memoria será necesario analizar las determinaciones que debieran adoptar las sociedades anónimas para evitar la conformación de una organización que sea defectuosa.

Antes de centrarnos en la investigación de dos casos en que se dio aplicación de la ley N°20.393, es dable hacer una pequeña reseña, precisamente, del propósito que ha tenido el legislador para este designio, puesto que, la culpabilidad entendida como principio consagra que sólo se puede imponer una pena al sujeto a quien se le supone una libertad de actuación, pues, se señala que sólo es culpable quien pudiendo actuar de otro modo decidió actuar de manera contraria a derecho.⁹⁷

Pero, si en el entendido que la persona jurídica no puede actuar per se, sino que, depende necesariamente de la voluntad de una voluntad ajena, que, únicamente, depende de las personas naturales que la conforman ¿cuál sería entonces la razón por la cual se creó una ley que establece su responsabilidad autónoma, la cual podría devenir incluso en una condena que declare su disolución o cancelación? A pesar de la existencia de opiniones críticas sobre una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas, una interpretación del derecho penal en términos rígidos y absolutos sería un obstáculo que nos impediría avanzar en la solución de los desafíos que impone la sociedad moderna del riesgo, tales como la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual, la existencia de una responsabilidad organizada de sujetos individuales que actuaban bajo el paraguas jurídico de

⁹⁷ NAVAS MONDACA, Iván y JAAR LABARCA, Antonia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. Polít. crim. [online]. 2018, vol.13, n.26 [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021], pp.1027-1054. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027&lng=es&nrm=iso>

la persona jurídica, por falta de eficacia preventiva de formas de responsabilidad colectiva no penales como el derecho administrativo sancionador, así como también los compromisos internacionales como las recomendaciones de la OCDE para que Chile pudiese entrar como miembro pleno.⁹⁸ Por ello, es importante tener a bien que, del texto de la ley N°20.393 se desprende un fin preventivo general, que viene dado por las medidas preventivas de autorregulación que se exigen a la persona jurídica para que eviten o prevengan el delito que pudieren cometer las personas físicas que la integran.⁹⁹

Ahora bien, para engendrar una concordancia con el capítulo I de esta memoria, se expondrán dos casos de la jurisprudencia nacional que dicen relación con Sociedades Anónimas, para posteriormente analizar sus falencias organizacionales de modo abstracto, sin inmiscuirse en lo que realmente ocurrió, puesto que el interés de estos autores es comentar de manera general la forma en que se debiesen tomar las decisiones dentro de las empresas para, de esta forma, evitar la comisión de delitos y así desentrañar cuáles son los defectos de que adolecen sus organizaciones.

Para esto, se analizarán conjuntamente los casos de las empresas Industrias Ceresita y el de la multitienda La Polar, respecto de los cuales se puede advertir, anticipadamente, que la omisión de haber tenido incorporado sistemas de prevención de delitos, principalmente, un Modelo de Prevención, ha permitido que en ambas empresas se haya acontecido en sus respectivos hechos punibles.

Dicho esto, cabe centrarse entonces, en uno de los primeros casos en que se aplicó la Ley N°20.393 en Chile, cual es el de la empresa Industrias Ceresita S.A., caratulada: “Ministerio Público con Reyes”, y que se radicó en el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, cuyo RIT es 157-2012.

La investigación contra el director de obras de la Municipalidad de Recoleta se inició por dos denuncias de distintos empresarios gastronómicos, quienes señalaron que el

⁹⁸ Ibidem. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027&lng=es&nrm=iso>

⁹⁹ Ibidem. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027&lng=es&nrm=iso>

funcionario municipal les exigía el pago de \$35.000 y \$10.000 millones de pesos respectivamente, para sanear irregularmente ciertas ampliaciones de sus locales comerciales, cuyas autorizaciones municipales se encontraban vencidas en ambos casos. Cabe hacer presente, que el artículo 124 de la Ley General de Urbanismo y Construcción otorga una facultad discrecional al director de obras municipal para autorizar la ejecución de construcciones provisorias hasta por un máximo de tres años en las condiciones que él determine en cada caso.¹⁰⁰ De este modo, lo que comenzó como una denuncia de presuntas coimas, se convirtió en la sorpresa de que en la municipalidad de Recoleta existía una verdadera red de corrupción.

Tal como consta del acta de formalización, a partir de junio del año 2011, la sociedad Ceresita S.A., a través de su gerente de recursos humanos, sostuvo reuniones y comunicaciones telefónicas con el Director de Obras Municipales de Recoleta, tendientes a obtener autorización provisional de funcionamiento y patente comercial para una planta de propiedad de Ceresita S.A. ubicada en dicha comuna.

En dicho contexto, dada la demora en la tramitación del permiso y patente ya referidos, el funcionario municipal sugirió a la gerente que la única forma en que se considera posible que Ceresita S.A. obtenga lo solicitado es mediante la contratación de una asesoría externa por parte de la sociedad Carpe Diem Ltda., poniéndola en contacto con la representante legal de dicha sociedad. Acto seguido, Ceresita S.A. contrató, con fecha 21 de diciembre de 2011, los servicios de la ya referida empresa Carpe Diem Ltda. por un monto de 1.540 UF más IVA. Lo anterior, con miras a obtener el permiso provisorio y patente por un año.

Por su parte, mediante oficio de 23 de diciembre de 2011, el Director de Obras autorizó un plazo de un año para regularizar la situación de la planta de Ceresita S.A., sin ampararse en norma legal alguna, no obstante que el plazo de 60 días decretado originalmente en junio de 2011, había caducado en agosto.

Finalmente, con fecha 13 de enero de 2012, la sociedad Ceresita S.A. pagó a Carpe Diem Ltda. la suma de \$20.453.648. De esa cantidad, Carpe Diem Ltda. depositó

¹⁰⁰ BALMACEDA HOYOS, Gustavo y NAVAS MONDACA, Iván. El Criminal Compliance en el Derecho Comparado. Valencia, España. Tirant lo Blanch, 2019. P. 112.

\$11.000.000.- en la cuenta corriente del cuestionado Director de Obras. La contratación de servicios que Ceresita S.A. efectuó con Carpe Diem Ltda. sólo duró dos días, existiendo evidentemente, una forma de triangulación que tenía por objeto un beneficio económico para el funcionario municipal y sus cómplices, a cambio de incurrir en las infracciones y proceder a la aprobación del permiso provisorio y patente comercial.

Es decir, a través de una secuencia de contratos se pagaban altas cantidades de dinero a la empresa Carpe Diem Ltda., respecto de la cual el director de obras municipales de Recoleta era controlador, con el propósito que Industrias Ceresita S.A pudiera seguir funcionando en sus instalaciones, evitando de esta forma, una posible fiscalización y eventual cierre de la fábrica, que, como es de conocimiento, según el plano regulador actualizado en el año 2005, dada la naturaleza de la actividad productiva que ejerce Ceresita, lo lógico era que la empresa de pinturas debía trasladarse de la comuna.

El día 30 de abril del año 2013, y amparados en el artículo 25 de la ley N°20.393, la empresa el Ministerio Público y la empresa alcanzaron un acuerdo reparatorio por US\$ 2,5 millones que posibilitó que se accediera a la suspensión condicional del procedimiento, obligando a la empresa a:

- i)** Trasladar todas sus faenas físicas de comuna de Recoleta cumpliendo la normativa urbanística y medio ambiental.
- ii)** Demoler todas sus instalaciones que existen en la planta ubicada en la comuna.
- iii)** Acreditar, a través de un estudio de evaluación de riesgos, que el predio donde estaban ubicadas las faenas se encuentra libre de todo riesgo para la salud de las personas.
- iv)** Donar al Fisco de Chile 6.000 metros cuadrados del predio donde estaba ubicada con la finalidad de que se transforme en un parque a beneficio de la comunidad.
- v)** Efectuar una contribución a los vecinos de Recoleta desarrollando un sistema interconectado de Parques a partir de la donación de determinados los terrenos de su propiedad donde construirá variadas zonas de recreación que se especifican en la sentencia (paseos peatonales, campos de fútbol, juegos infantiles, entre otros).
- vi)** Pintar las fachadas de un número determinado de casas.

- vii)** Equipar a todos los consultorios de la comuna de Recoleta con un equipo para enfermedades respiratorias.
- viii)** Implantar un modelo de prevención de delitos conforme a la Ley 20.393 el cual deberá certificar y acreditar ante la Fiscalía y el Juzgado de Garantía respectivo.¹⁰¹

El segundo caso, versa sobre el mediático hecho sucedido con la compañía de retail La Polar S.A. La investigación contra los altos cargos de la empresa comenzó a raíz de las múltiples denuncias que realizaron los clientes de la multitienda ante el SERNAC. El organismo que vela por el respeto de los derechos de los consumidores fue quien en el año 2010 solicitó explicaciones por las más de 300 denuncias que se fundaban en repactaciones unilaterales que habría hecho la empresa respecto de las deudas contraídas por sus clientes. Luego de las insatisfactorias respuestas por parte de la compañía, el SERNAC decidió comenzar un proceso de mediación colectiva en representación de todos los clientes que posteriormente se transformó en un acuerdo de indemnización hacia los más afectados, pero también se exigió que el proceso de reparación fuese auditado para garantizar el cumplimiento de éste.

La gravedad del problema estaba en que dichas repactaciones unilaterales permitían que La Polar S.A. fuese vista por el mercado como una empresa ejemplar en cuanto a sus resultados financieros, puesto que, en medio de un período amargo para el retail nacional la compañía reflejaba un alza en sus acciones de un 500%, respecto a su valor de mercado de apertura en el año 2003, a esto se sumaba que los principales ejecutivos estuviesen percibiendo alrededor de un 20% de las utilidades brutas de los ejercicios anuales. Por su parte, el directorio recibía un 1.5% de las ganancias obtenidas por la empresa durante el año 2010; como contrapartida y a modo de ejemplo, Ripley había entregado a su directorio el 0,6% de su beneficio final y Falabella (que es una empresa de retail mucho más cotizada), a su vez, el 0.3%, pero, la pregunta que cabe hacerse es la siguiente: ¿cómo era posible que La Polar lograra estas magníficas utilidades sin siquiera pertenecer a las tres más grandes compañías del retail del país, siendo además sus principales clientes de estratos socio-económicos medios y bajos? Ello se condice con que realmente su cartera de deudores

¹⁰¹ BALMACEDA HOYOS, Gustavo y NAVAS MONDACA, Iván. Op. Cit. P. 113 y 114.

reflejaba un gran riesgo para una empresa del rubro, pero, sin embargo, La Polar, en sus informes financieros reflejaba totalmente lo contrario.

Ahora bien, cabe comentar qué fue lo que hizo la gerencia para haber llegado a este punto. Esta pregunta se podría responder con los datos entregados por la investigación que surgió luego que el año 2011 el SERNAC interpusiera una demanda colectiva contra La Polar ante el 1° Juzgado Civil de Santiago. Al día siguiente de la interposición de la demanda, abogados del estudio jurídico G&S entregaron a la SVS un estudio donde se puso en entredicho la información entregada por la empresa respecto de sus provisiones; valiéndose de información pública, se detectó inconsistencias en los estados financieros, algo que no advirtieron ni los directores de la compañía, la SVS, la SBIF, las clasificadoras de riesgo, la empresa auditora externa, ni los gerentes de inversión de las AFP.

Días más tarde, el directorio de La Polar decidió hacer público este gran fraude y reconoció ante la SVS que había incurrido en prácticas indebidas y que, por años se habían repactado unilateralmente las deudas de un total de 418 mil clientes, lo cual le permitió disfrazar la mora del 40% de la cartera total de la empresa en activos, desligándose de toda responsabilidad.

Un día después de esta declaración pública, Pablo Alcalde fue removido de la presidencia de La Polar, cargo que ejerció por dos años, pero, aun así, se mantuvo como director, afirmando su inocencia frente al fraude, y a su vez, el ex gerente de Promociones y Servicios, Manuel de la Piedra, destruyó documentación relevante, además de pesquisar infracciones a la Ley General de Bancos y a la Ley de Mercados de Valores, por lo que se pidió la renuncia de la gerente de Administración.

Con todo esto, la empresa ofreció una compensación a los clientes que sufrieron repactaciones unilaterales por la cantidad de US\$ 425 millones.

Luego de una minuciosa investigación por parte de la fiscalía, se querelló la SVS, algunos diputados y accionistas minoritarios, así como también bancos y AFPs contra quienes resulten responsables de la estafa y otros delitos realizados por La Polar.

El 2° Juzgado de Garantía de Santiago concluyó que los principales responsables de los delitos cometidos por la empresa La Polar eran el ex Presidente de la compañía, el Gerente General, la Gerente de Administración, el Gerente de Productos Financieros, entre otros.

Los delitos cometidos por los altos ejecutivos de La Polar, según sentencia del 2° Juzgado de Garantía de Santiago fueron:

- i) Entrega de información maliciosamente falsa al mercado o al público en general, a la superintendencia de valores y seguros (Artículo 59 letra a) de la Ley de Mercado de Valores).
- ii) Uso deliberado de información privilegiada (Artículo 60 letra e) en relación con el artículo 166 de la Ley de Mercado de Valores).
- iii) Declaración maliciosamente falsa, en escritura de emisión de valores, en su prospecto de inscripción o en los antecedentes de solicitud de inscripción (Artículo 59 letra f de la Ley de Mercado de Valores).
- iv) Efectuar a sabiendas una declaración falsa sobre la propiedad y conformación del capital de la empresa, o aprobar y presentar un balance adulterado o falso, o disimular su situación (Artículo 157 de la Ley General de Bancos).

Ahora bien, para centrarnos en lo que nos compete, cual es, la implicancia de la forma en que se adoptan las decisiones de las S.A. para que se configure el concepto de organización defectuosa, es imperativo comenzar a desglosar los tres requisitos exigidos por el legislador para hacer efectiva la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica e ir comentando ambos casos respectivamente.

1) Primer requisito: La vinculación de la persona física con la jurídica

El artículo 3° de la ley N°20.393 reza que los delitos deben ser cometidos por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, así como también las personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de ellos.

Dicho esto, es imprescindible detenernos en este primer requisito, puesto que, como veremos, se liga íntimamente con la implicancia de la forma en que se adoptan las decisiones dentro de las empresas en cuanto a la selección de los trabajadores (incluidos los altos directivos), lo que, a su vez, se inmiscuye dentro de lo que significa un buen gobierno corporativo interno, así como también una buena gestión de compliance.

Ahora bien, para comenzar, en el caso de Industrias Ceresita S.A, la persona física autora del delito de cohecho fue la gerente de Recursos Humanos, quien como vimos, tanto ética como legalmente se escabulló de lo que se entiende como apropiado, y, por otra parte, en el caso La Polar S.A., las personas físicas autores de los delitos de entrega de información falsa al mercado, uso de información privilegiada, lavado de dinero y declaración maliciosamente falsa sobre la conformación del capital de una empresa, son el ex Presidente, el ex Gerente General, ex Gerente de Administración y el ex Gerente de Productos Financieros.

Profundizando en la organización interna de las empresas se pueden encontrar diversos departamentos, y uno de los más fundamentales –ya que de alguna forma se relaciona con todos los demás departamentos– es el de Recursos Humanos, que en síntesis, dentro de sus principales funciones, se encuentran la de realizar las contrataciones, los pagos a los trabajadores, supervisar el rendimiento laboral de ellos, así como también, ser el principal responsable que tanto su departamento como los otros dentro de la organización estén conformados por profesionales capacitados, ya que, de ello va a depender el buen desempeño en todas las áreas.

En el caso de la referencia, la gerente de Recursos Humanos utilizó las facultades inherentes de su cargo para hacer contrataciones con una empresa que estaba relacionada con el director de obras municipales de Recoleta, justamente, la comuna donde tenía domicilio la industria, la cual no prestó ningún servicio a esta última, sino que, más bien se encargaba de pagarle directamente al director de obras para conseguir los permisos que requería para funcionar en la comuna.

Es importante entonces, que en las empresas se incorpore un modelo de competencias, entendiendo este como un: “modelo de gestión que se basa en las características personales de los ocupantes más exitosos de ciertos cargos, para establecer los

elementos requeridos en las personas que forman parte de una organización y que permite un buen desempeño organizacional”¹⁰²

Las competencias se definen en función de la misión, la visión y la estrategia de la organización. Aunque no se defina un modelo de competencias, el mero sentido común indica que para alcanzar los objetivos estratégicos será necesario que las personas que integran la organización, tanto directivos como colaboradores de todos los niveles, posean ciertas características¹⁰³ o comportamientos objetivos y observables que permitan determinar el rendimiento o desempeño de una persona.

Estas competencias de una persona vienen conformadas por tres áreas, por una parte, están los conocimientos que se poseen, que va a ser el primer filtro excluyente en la entrevista de trabajo una persona, también son parte de las competencias las habilidades y destrezas, que en síntesis son la experiencia que se tiene, y, por último, las actitudes y los valores de la persona, estos últimos son uno de los componentes más difíciles de ponderar en las competencias de un trabajador. En resumen, se debe intentar que el trabajador demuestre que sabe, que puede y que quiere trabajar en el rubro al que postula.

En los últimos años, las organizaciones han comenzado a preocuparse por los temas éticos, al menos en una mayor proporción que antes, producto de ciertos escándalos financieros donde quedó en evidencia que los valores personales, tales como la ética y la integridad, no se relacionan sólo con la esfera individual o con la vida privada, sino que, por el contrario, los comportamientos no éticos de un directivo o administrador, por ejemplo, pueden provocar la quiebra de la organización en donde se desempeña. Ahora bien, la mera confección de códigos de ética, aunque es necesaria, no resulta suficiente. Definir ética como valor organizacional tampoco lo es. La ética debe tomar la forma de una competencia – entendida esta como características de personalidad, devenidas en comportamientos, que generan un desempeño exitoso en un puesto de trabajo– para que las personas sean

¹⁰² ISMODES DIAZ, David. (2012). Modelo de Competencias. En: Sistema Regional de Cooperación para la Vigilancia de la Seguridad Operacional. Disponible en: <https://www.icao.int/SAM/Documents/DSOSYMP12/Definici%C3%B3n%20y%20control%20de%20Competencias%20.pdf>. Lima, Perú. P. 3.

¹⁰³ ALLES, Martha. Diccionario de Competencias, La trilogía, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Granica de Chile. 2015. P. 22.

seleccionadas según comportamientos éticos y, una vez que ya pertenezcan a la organización, sean evaluadas en su desempeño considerando los aspectos éticos como una competencia más. Por último, los planes de desarrollo deben trabajar, también, sobre la ética para reforzar los comportamientos adecuados en las personas.¹⁰⁴ Es decir, es sumamente importante que en los procesos de selección de los trabajadores se tomen en cuenta tanto los conocimientos, las destrezas y los valores de la persona.

Pero ¿cómo se puede incorporar valores a la cultura organizacional?

Una de las preocupaciones de muchos directivos de empresas es cómo llevar los valores organizacionales a la práctica, a la gestión. La clave está en cómo transformar esos valores en herramientas prácticas, para que dejen de ser sólo conceptos a los cuales “se adhiere”, y se conviertan, además, en verdaderos indicadores de gestión.¹⁰⁵

Ello se puede lograr a través de diversas prácticas que van a servir en la optimización de la ética en la cultura de la empresa, tales como:

- Que los empleados observen el comportamiento de sus superiores como un parámetro que defina el comportamiento apropiado, por lo que este debe enviar un mensaje positivo.
- Realizar seminarios o talleres que brinden una completa capacitación acerca de la ética en el ambiente laboral.
- Comunicar los valores y normas éticas fundamentales a través de un código a nivel institucional.
- Evaluar el desempeño de cada área. La toma de decisiones respecto al código ético de la empresa deberá estar justificadas detalladamente para lograr la mejor retroalimentación posible.

¹⁰⁴ Ibidem. P. 23 y 24.

¹⁰⁵ Ibidem. P. 23.

- Finalmente, se recomienda formar un comité especialmente capacitado para atender cualquier dificultad que se pueda presentar en cuanto al incumplimiento de los valores y normas previamente establecidos.¹⁰⁶

La gestión por competencias cumple un rol fundamental dentro de las políticas de RR. HH., que sirve como base para poder definir una adecuada política de atracción del talento, establecer planes de formación y desarrollo orientados, planes de carrera y sucesión y una óptima estrategia de compensación que reconozca y premie los desempeños que implican una mayor contribución a los objetivos de la organización y por tanto una aportación de valor superior.¹⁰⁷

Como se vislumbró en el caso La Polar, los delitos comenzaron desde la presidencia del directorio, entonces, ¿cómo se va a pretender que las gerencias no incurran en ilícitos también? La necesidad que exista un buen gobierno corporativo queda de manifiesto, considerando que cada departamento dentro de la organización de una empresa toma un rol fundamental en el resguardo de la ética y la moralidad colectiva, de modo tal que todos los departamentos conjuguen de forma armónica el resguardo de estos valores que resultan ser fundamentales para el éxito de las actividades de la empresa, lo que se liga íntimamente con lo forzoso que resulta la elección de personas idóneas para liderar estas secciones.

2) Segundo requisito: Que se ejecute un hecho que reporte un interés directo e inmediato de la persona jurídica

El artículo 3° de la ley N°20.393 señala, además, que las personas jurídicas serán responsables de los delitos que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho.

¹⁰⁶ SOLORIO GARCÍA, Wanda Mirel. La cultura y ética organizacional. UTEL Editorial. [en línea]. Disponible en: <https://www.utel.edu.mx/blog/rol-personal/la-cultura-y-etica-organizacional/>

¹⁰⁷ LUQUE, Juan Manuel. Qué son los Modelos de Competencia. ESIC. Disponible en: <https://www.esic.edu/rethink/management/modelos-de-competencias> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].

En atención a la redacción utilizada por el legislador, algunos autores consideran que se trata de una exigencia subjetiva, sin embargo, este criterio debería entenderse en términos objetivos sin considerar a las intenciones que perseguían los sujetos individuales, si no si efectivamente la persona jurídica se vio beneficiada por el delito cometido.¹⁰⁸

En efecto, el interés directo de la persona jurídica debe ser objetivo y no depender de la intención que tenía el sujeto para involucrar a la empresa. De lo contrario, la interpretación de este requisito basado en el ánimo de la persona física sería incontrolable afectando la seguridad jurídica y a su prueba. Por otro lado, si bien la ley habla de interés directo, no parece claro que deban quedar excluidos, en principio, los casos en que no se trate únicamente un beneficio pecuniario cuantitativo, sino que pueden comprenderse casos que de igual forma representa un beneficio. Así, por ejemplo, como una importante mejora de la imagen corporativa o reputación social que implique, entre otros, una ganancia en prestigio de la marca. Lo mismo cabe afirmar respecto a casos en que el provecho venga dado por la evitación de un perjuicio económico o ahorre de costos significativos para la empresa.¹⁰⁹

En el caso Ceresita, se puede contemplar que el provecho que se obtuvo del ilícito tuvo como causa principal el beneficio de la empresa y no el beneficio propio de la autora, tal como consta del acta de formalización que señala: “La imputada V.C. cometió dicho delito en interés directo e inmediato de Industrias Ceresita S.A., toda vez que el acuerdo a que arriba con R.V. y los pagos en dicho contexto efectuados tenían por objeto la consecución de un beneficio improcedente; a saber, que Ceresita S.A. pudiera mantener su planta de Recoleta en funcionamiento, a pesar de no contar con certificado de recepción final de obras, ni autorización sanitaria pertinente de la SEREMI de salud, ni patente comercial, y en circunstancias que el plan regulador de la comuna de Recoleta prohíbe el giro de la Industria en la zona en que se encuentra el inmueble, entre otras irregularidades.”

A su vez, en el caso La Polar, el provecho también se produjo en el propio beneficio de la empresa, puesto que, en virtud de la falsa información financiera que la compañía

¹⁰⁸ NAVAS MONDACA, Iván y JAAR LABARCA, Antonia. Op. Cit. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027&lng=es&nrm=iso >

¹⁰⁹ Ibidem. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027&lng=es&nrm=iso >

entregaba al mercado, que consistía en demostrar una cartera de clientes sólida a través de la vía de repactaciones unilaterales, ella aumentó su valor en el mercado de valores.

3) Tercer requisito: Que se hayan incumplido los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica.

El tercer requisito exigido para que se pueda atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica es uno de los más complejos. Ello porque este da origen a un modelo mixto de responsabilidad penal. En efecto, se trata de la existencia de un delito cometido tanto por una persona física vinculada a la empresa, como de la existencia de un defecto de organización de la propia empresa.¹¹⁰ Este es sin duda, el elemento central del modelo: La persona jurídica no responde simplemente porque un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. Con esto, la ley erige formalmente a la persona jurídica en garante de vigilancia respecto de su personal y connota que los deberes de dirección y supervisión incluyen la prevención de los delitos.¹¹¹

Sin embargo, la interrogante que surge es la siguiente: ¿La implementación del modelo de prevención de delitos constituye el único medio por el cual la persona jurídica estaría dando cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión? Esta misma pregunta es la que deja abierta la posibilidad para diversas interpretaciones en el ejercicio de la judicatura.

Si bien la ley N°20.393 en su artículo 3°, inciso tercero, es clara al señalar que: “Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, se hubieren adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”, no es menos cierto que

¹¹⁰ Ibidem. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027&lng=es&nrm=iso>

¹¹¹ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Polít. crim. [online]. 2010, vol.5, n.9 [fecha de consulta: 21 de agosto de 2021], pp.207-236. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005&lng=es&nrm=iso>

estos deberes se pueden ejercitar de igual forma por otros medios distintos al señalado, entendiendo que la elaboración e implementación del modelo de prevención de delitos es una forma o vía mediante la cual se ejercen estos deberes dada su relación género-especie, porque, en caso contrario, ésta hubiera previsto derechamente la inexistencia de un modelo de ese tipo como presupuesto de responsabilidad y no el incumplimiento de deberes que en principio pueden cumplirse de muy diversos modos, lo que viene confirmado por el artículo 4º, cuando dispone que las personas jurídicas "podrán adoptar" el modelo de prevención previsto, cuya semántica es de carácter facultativo, que carecería de sentido si el ejercicio de la facultad conlleva necesariamente la responsabilidad de la entidad en caso de producirse un delito relevante¹¹². Asimismo, cabe señalar que el deber de dirección es inherente al directorio y una de las formas de manifestarse surge a través del establecimiento de las normas y medios idóneos para llevar a cabo la buena dirección y administración de la sociedad, las que a su vez comprenden, la de fijar formas de fiscalización eficaces, como se trató en el capítulo I de esta memoria.

Con todo ¿Qué han establecido los tribunales al respecto? Esta problemática interpretativa no puede observarse en el caso de la empresa Ceresita, puesto que al haberse resuelto la suspensión condicional del procedimiento no existe un razonamiento sentenciador condenatorio o absolutorio por parte del juez. En el caso La Polar, por su parte, el tribunal estableció y confirmó la responsabilidad, la falta de deber de dirección y supervisión, así como la administración inidónea del Gerente General, a quien se le condenó, según el fallo del 2º Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 11.798-2014, de los delitos reiterados de entrega de información maliciosamente falsa al mercado o al público en general y a la SVS; uso deliberado de información privilegiada; declaración maliciosamente falsa, en escritura de emisión de valores, en su prospecto de inscripción o en los antecedentes de solicitud de inscripción; y de efectuar a sabiendas una declaración falsa sobre la propiedad y conformación del capital de la empresa o aprobar o presentar un balance adulterado o falso, o disimular su situación, todos en grado de consumados, por lo que se le condenó a la pena única de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de inhabilitación

¹¹²Ibidem. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005&lng=es&nrm=iso>

absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Y sólo con respecto a los tres primeros delitos y por el periodo de dos años a la accesoria de inhabilitación especial para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia. Es por esto que, este caso fue considerado como el inicio de la aplicación de la Ley N°20.393.

A su vez, con la intención de dar a conocer interpretaciones de la jurisprudencia en este entorno, quisimos agregar el ejemplo del caso de Salmones Colbún cuya sentencia ha sido la primera en Chile sobre esta materia, el tribunal discurrió que: “...*Dicho ilícito fue cometido directa e inmediatamente en su interés o provecho por sus dueños y representantes y como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, los cuales no se consideran cumplidos toda vez que no se ha adoptado ni implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos conforme al artículo 4 de la Ley 20.393*”.¹¹³

Esta forma de razonar del tribunal es problemática, debido a que el artículo 3° la Ley N°20.393 sólo establece una presunción en favor de la persona jurídica si es que ésta adoptó el Modelo de Prevención. Por lo tanto, de la ley no se puede deducir que el hecho de no implementar el modelo implica necesariamente que no se hubiese dado cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión.

Dicho esto, es importante recalcar que nuestro sistema procesal penal no favorece una discusión de los aspectos sustantivos del derecho penal, pues la mayoría de estos casos se resuelven en procedimientos abreviados, sin que los tribunales puedan entrar a reflexionar sobre los fundamentos jurídicos y de alcance de las normas penales. Esto contrasta con el importante desarrollo jurisprudencial que se ha observado en otros países como España o Italia. Allá la fundamentación de las sentencias en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido contundente, y en la mayoría de las resoluciones se hacen cargo del fondo del problema. A contrario sensu, en la mayoría de los casos de la jurisprudencia

¹¹³ RIT N°9211-2012, RUC N°1201092968-5, por el Juzgado de Garantía de Talca, en contra de Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada por el delito de cohecho.

chilena existe un importante problema de cumplimiento del deber de motivación de las sentencias.¹¹⁴

Con todo, el reproche que podamos hacer al sistema penal, así como a lo literal de las palabras utilizadas por el legislador en la ley N°20.393 no es lo principal de este capítulo, sino más bien, como se dijo en su oportunidad, lo primordial es dar a conocer las implicancias en la forma en que se adopten las decisiones para que se configure el concepto de organización defectuosa.

Pues bien, en los casos de la referencia, las empresas Industrias Ceresita S.A. y La Polar S.A no gozaban de un programa o sistema de cumplimiento que tuviese como propósito el cumplimiento de la legislación aplicable en el marco de su actividad o aspectos colaterales de ella que digan relación con el *criminal compliance*, que como sabemos, este último, procura asegurar la observancia específica de la normativa jurídico-penal por parte de los miembros individuales de la empresa, es decir, tiene como misión la prevención de delitos, en sentido estricto¹¹⁵; por consiguiente, no contaban con una guía, una pauta o un estándar incorporado a un Modelo de prevención de delitos que hubiese sido elaborado como un traje a la medida para dichas empresas. Este último, es entendido como el documento que debe contener los protocolos y procedimientos, constituyéndose en la piedra fundamental del sistema o programa de cumplimiento,¹¹⁶ siendo muy importante recalcar que la incorporación de un Modelo de Prevención de delitos siempre va a ser un imperativo si se quiere mejorar en aspectos como el criminal compliance, y junto con ello, elevar la categoría de la empresa, ya sea en sus relaciones con los accionistas, los socios, los trabajadores y clientes, primeramente, así como con los competidores, el mercado y las personas en general. El Modelo de Prevención ha de permitir adelantarse a los riesgos a través de la elaboración de una matriz de ellos mismos, que permitiese haber monitoreado sus mismas falencias, de cuya arriesgada exposición habrían eludido o menguado su responsabilidad derivada de los delitos

¹¹⁴ BALMACEDA HOYOS, Gustavo y NAVAS MONDACA, Iván. Op. Cit. P. 109.

¹¹⁵ BALMACEDA HOYOS, Gustavo; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Álex. Op. Cit. P.108. Disponible en: <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/22> >

¹¹⁶ Ibidem. Disponible en: <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/22> >

cometidos por las personas que conforman las distintas áreas de trabajo. Lo que, a juicio de los suscritos es lamentable, puesto que, un Modelo de Prevención que sea parte de un programa de cumplimiento es una herramienta indispensable dentro de la empresa que va a hacer eficiente la adecuación entre la documentación y la realidad de la empresa, que permita la aplicabilidad de los procedimientos y la consecuente determinación de conducta de la persona jurídica hacia un buen gobierno corporativo.¹¹⁷

Dicha entonces esta conveniencia de la incorporación de un Modelo de Prevención respecto de la cual se puede entender que las opiniones son contestes en aquello, toma gran relevancia remitirnos a lo estudiado en el primer capítulo de esta memoria, que dice relación con el deber de diligencia y cuidado de los directores, cuya exigencia debe entenderse según lo dispuesto en el artículo 44 del Código Civil como la diligencia o cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios, lo que fija un parámetro de conducta importante, teniendo a bien, además, que se refiere al comportamiento sobre cómo maneja sus propios negocios, pero visto de una forma más bien objetiva; ha de destacarse en la empresa, como bastamente se ha dicho, una persona encargada de velar por la aplicación del Modelo a que es preciso ceñirse para ajustarse al deber de cuidado que ha de regir en el desenvolvimiento de las actividades que se llevan a cabo por el personal. Dicho delegado debe mantenerse permanentemente en coordinación con la gerencia de la empresa para supervigilar su debido cumplimiento.

Asimismo, la propia ley N°20.393 en su artículo 3°, inciso tercero, como hemos señalado en varias oportunidades, contempla la presunción respecto a que se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando con anterioridad a la comisión del delito haya adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, y posteriormente en el artículo 4° de la citada ley, señala que la administración de la persona jurídica según sea la forma de administración que ella posea – en el caso de las sociedades anónimas, el directorio – podrá adoptar el modelo de prevención. Es decir, se está frente a una norma permisiva, que no fue atendida por sus administradores, pudiendo y debiendo hacerlo, y no solo eso, sino que siendo necesario

¹¹⁷ Ibidem. Disponible en: <<https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/22> >

hacerlo, puesto que se trata de un aspecto sumamente relevante, que dice relación con la necesidad de crear de una matriz de riesgos de que adolecería la empresa y por otro lado con la eventual responsabilidad penal que pudiese derivar de las actuaciones de sus trabajadores dentro de estos riesgos a los cuales estaba expuesta y que no se atendieron, con las sanciones que ello conlleva. Además, los Modelos pueden ser implementados de una forma práctica y eficaz siempre que los preceda la aplicación de un efectivo programa de cumplimiento, ya que, nos indicará cómo se adecuarán los documentos existentes previos a la adopción de un Modelo de Prevención de Delitos, con aquellos que nacen a partir de él¹¹⁸. A su vez, el criminal compliance tiene un ámbito mucho más limitado, circunscrito a prevenir el riesgo de comisión de delitos, de tal forma que su implementación es más sencilla, dado que su eficacia en la prevención de riesgos queda limitada a este sector de la legalidad, cual es el Derecho Penal.¹¹⁹

De consiguiente, haciendo una síntesis esencial de lo que se ha considerado precedentemente, es preciso recalcar los elementos más importantes que si no se toman en cuenta, darían pie a la configuración de una organización defectuosa dentro de una empresa, especialmente dentro de una S.A.

En primer lugar, es imprescindible recalcar que la incorporación de un modelo de competencias toma un rol fundamental, ello porque tomando en cuenta la misión, visión y estrategia de la organización se puede establecer los conocimientos, las habilidades, las destrezas, las actitudes y los valores del personal que va a trabajar en las diversas áreas de la empresa. Es indispensable que las actitudes y los valores de las personas formen parte integral del mismo, toda vez que si se requiere incorporar valores éticos a la compañía va a ser necesario que tengan un rango de importancia igual o superior al de los conocimientos y destrezas requeridos para los diversos cargos o puestos de trabajo.

¹¹⁸ BALMACEDA HOYOS, Gustavo; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Álex. Op. Cit. P.109. Disponible en: <<https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/22> >

¹¹⁹ NEIRA PENA, Ana María. Op. Cit. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200005&lng=es&nrm=iso.

En segundo lugar, y para que lo precedentemente señalado pueda persistir de forma eficaz, se hace necesario que exista algún mecanismo que capacite a los trabajadores, que se les haga un seguimiento de su desempeño, así como también evaluaciones de este, aparte de incentivarlos con estímulos que los lleven a superar sus esfuerzos por cautelar los valores. especialmente para verificar que sus conocimientos, destrezas y valores se ajustan a la visión y misión de la empresa.

En tercer lugar, es fundamental que los cargos directivos de las organizaciones, en el ejercicio de su deber de dirección y supervisión, establezcan sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento, y que dentro de ellos consideren la incorporación de Modelos de prevención de delitos, cuya elaboración sea hecha como un traje a la medida para la empresa.

También es importante avanzar en la legislación respecto a la protección del denunciante, ya que, ningún sistema de compliance será eficiente si su canal de denuncias no es efectivo y para ello debe dar una respuesta que minimice dos potenciales estímulos perversos que pudieran esterilizar su utilidad: el temor a sufrir represalias por parte de la empresa y el temor al abuso de la herramienta con ánimo vengativo por parte del denunciante.¹²⁰

Por último, y haciendo el cierre de este capítulo, es menester recalcar la importante función que cumplen los medios de fiscalización de la administración en las sociedades anónimas cerradas - en cuanto son tenidos por la LSA por verdaderos mandatarios de los accionistas-, ya que, a diferencia de las sociedades anónimas abiertas, como se señaló en su oportunidad, ni la ley N°18.046, ni el Reglamento de Sociedades Anónimas, las obliga a ser fiscalizadas por la CMF, sino que, además, el artículo 51 de la LSA permite que las sociedades anónimas cerradas puedan apartarse del sistema supletorio legal, así como también instaurar un método de fiscalización de la administración que sea diverso, dándosele a los socios esta libertad, con la condición que ello quede expresado en los estatutos. En

¹²⁰LEO-CASTELA, Juan Ignacio e SANCHEZ MACIAS, José Ignacio. Op. Cit. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200639&lng=pt&nrm=iso>

cuanto a este punto, es preciso avocarnos a comentar que, para que se minimice, o bien, se aminoren las posibilidades que se configure una organización defectuosa, se hace necesario que los socios, si bien no van a escoger el sistema supletorio legal -que radica en las sociedades anónimas cerradas en Inspectores de Cuentas o Auditores Externos, cualquiera sea la elección- se escoja la forma de fiscalización que sea más adecuada a sus objetivos y disponibilidades, considerando, además, por otro lado, que una buena práctica en cuanto a la fiscalización para la prevención de los delitos, sería dotar a los trabajadores de los medios e incentivos necesarios para que sean ellos mismos quienes puedan controlar o supervigilar el trabajo de los demás, de modo de hacer de cada voluntad una sola voluntad como un concierto general hacia el éxito de estas máximas esenciales.

CONCLUSIÓN

A continuación, y tomando en consideración todos y cada uno de los aspectos tratados en la presente investigación, procederemos al cierre repasando los puntos principales.

Comenzamos señalando que la Sociedades Anónimas al ser sociedades de capital, los aportes y la inversión que hacen los accionistas a través de la compra de acciones que emite la sociedad toma gran preeminencia, mientras que, por otro lado, la persona de los socios pasa a ser irrelevante. Partir señalando esta característica es fundamental, porque, precisamente, dada esta índole es que desde su origen las sociedades anónimas han requerido que la administración y la representación sea ejercida por un directorio, integrado por miembros esencialmente revocables, de cuyo respecto el legislador califica a los administradores como miembros del órgano de administración, distinto a lo que ocurre en el régimen general de las sociedades de personas en que estos son considerados como mandatarios. Este órgano societario del que forman parte los directores desempeña funciones de administración y de representación, a la vez, y dada esta esfera de competencia, quiere decir que toda la vida social fluye a través del mismo. El directorio decide, con su gestión, los intereses de la sociedad y sus resultados pueden ser acertados o desacertados y de ello dependerá en buenas cuentas que la sociedad prospere o llegue a su fracaso. Por salvaguardar el interés social de la empresa, no podría tampoco dejar de resguardarse el interés general de los accionistas, sino que este tipo de fenómenos ha de ponderarse con prudencia, porque no es propio extremar las medidas con exagerado rigor. He aquí la importancia que revierte la legislación ligada a los gobiernos corporativos, entendiendo que este concepto busca facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios,¹²¹ contribuyendo con ello al crecimiento y desarrollo íntegro de las sociedades.

Junto con lo anterior, el cumplimiento de normas jurídicas, regulaciones, códigos o procedimientos internos de la persona jurídica toma gran importancia, y más aun cuando el estado delega esta responsabilidad en las propias personas jurídicas, por lo que la

¹²¹OCDE. Op. Cit. Disponible en: < <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> >

autorregulación regulada en esta materia es cada vez más prominente. La implementación de un sistema de prevención o programa de cumplimiento que permita a las empresas definir su matriz de riesgos y con ello prevenir, controlar y evitar el posible actuar ilícito en dichas aristas por alguna persona natural que integre la compañía es efectivamente necesario, así como lo son los procedimientos internos que se sujetarán a estos programas, por lo que, nuevamente la labor de la administración de la sociedad toma un rol activo y preponderante, ya que, en caso contrario, una perniciosa administración puede ocasionar consecuencias graves, como fue lo que aconteció en el caso Ceresita y La Polar.

En concordancia con lo anterior, el legislador ha convenido en entregar las herramientas necesarias para que cada persona jurídica se desvele ex ante en evitar la perpetración de una conducta ilícita en su entorno, se instruya respecto a lo que se entiende por la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y comprenda las consecuencias que esto puede traer consigo; Por esta razón consideramos importantes ciertos aspectos que de no mediar su implementación sería algo negativo y que podrían dar paso a la configuración de una organización defectuosa:

En primer lugar, el Departamento de Recursos Humanos y el Departamento de Cumplimiento Normativo o Compliance deben ser fuertes y relacionarse mutuamente, el enfoque en el reclutamiento de los trabajadores debe estar precedido de la incorporación de un Modelo de Competencias formulado bajo la misión, visión y valores que requiere la empresa, ya que, a través de este Modelo se pueden establecer los conocimientos, las habilidades, las destrezas, las actitudes y los valores necesarios del personal que va a trabajar en las diversas áreas de la empresa. Es indispensable que las actitudes y los valores de las personas formen parte integral del mismo, toda vez que si se requiere incorporar valores éticos a la compañía va a ser necesario que tengan un rango de importancia igual o superior al de los conocimientos y destrezas requeridos para los diversos cargos o puestos de trabajo.

En segundo lugar, y para que lo precedentemente señalado pueda subsistir de forma eficaz, se hace necesario que exista algún mecanismo de capacitación a los trabajadores, al mismo tiempo que se les haga un seguimiento de sus desempeños, así como también evaluaciones periódicas, y que mediante estos monitoreos, ante cualquier alerta de un

desempeño defectuoso se puedan tomar las medidas necesarias para evitar que dichos comportamientos escalen y se transformen en prácticas permanentes que puedan ocasionar consecuencias no solo económicas, sino también responsabilidades penales tanto para la persona física o natural que actuó de dicha manera, así como para la sociedad que está sacando provecho de aquello. Los incentivos mediante estímulos que los lleven a superar sus esfuerzos por cautelar los valores son un plus que debiesen incorporar como protocolo estricto. La buena fe debe iluminar la conducta de las personas de modo que ajusten sus actuaciones con la esmerada rectitud con que ha de actuarse en la vida del derecho.

En tercer lugar, es fundamental que el directorio, en el ejercicio de sus deberes de dirección y supervisión -cuyo cometido tiene que ejecutarse responsabilidad, fuerza y convicción- establezca programas de cumplimiento integrales, que observen la implementación del Modelo de Prevención de Delitos contemplado en la ley N°20.383, cuya elaboración sea hecha como un traje a la medida para la empresa, tomando en cuenta el tamaño, el giro, los riesgos, la visión de la compañía, así como todos y cada uno de los elementos que la caracterizan. Este Modelo, si bien no es la única forma de llevar a cabo estos deberes del ente administrador, la citada ley sí le da el carácter de presunción simplemente legal al hecho de haberlo incorporado eficazmente, por ello, la recomendación se hace imperiosa si lo que se quiere es prevenir y con ello eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica. Existen bastos beneficios derivados de la implementación eficaz de un Modelo de Prevención de Delitos son múltiples, partiendo por lo positivo de la designación de un encargado de prevención, que es la persona que va a gestionar el Modelo de Prevención en su diseño, implementación, actualización, control y eventualmente de su certificación, la de estatuir sistemas de prevención de delitos, cuyo contenido debe comprender la identificación de los riesgos, la creación de protocolos o procedimientos para prevenir la comisión de delitos, identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados, la de establecer sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos, y la de permitir a la persona jurídica sortear su responsabilidad al darle cumplimiento a estos requisitos de una forma eficaz.

Es importante recalcar que las diversas reformas en la legislación chilena han permitido avanzar en la protección del denunciante en ámbitos como la libre competencia o la lucha contra los carteles internacionales, sin embargo es dable recomendar que se establezcan en el Modelo de Prevención de delitos canales de denuncia seguros, que garanticen el anonimato del denunciante y que incentiven el uso serio y veraz de este, así como de sancionar su uso mal intencionado, teniendo en cuenta, además, que la externalización de los canales de denuncia también son una opción que se puede tomar. Ningún sistema de *compliance* será eficiente si su canal de denuncias no es efectivo y para ello debe dar una respuesta que minimice dos potenciales estímulos perversos que pudieran esterilizar su utilidad: el temor a sufrir represalias por parte de la empresa y el temor al abuso de la herramienta con ánimo vengativo por parte del denunciante.¹²²

Por último, es menester recalcar la importante función que cumplen los medios de fiscalización de la administración en las sociedades anónimas, en cuyo caso en las S.A. cerradas son considerados por la LSA como verdaderos mandatarios de los accionistas, toda vez que, a la luz del artículo 51 de la LSA pueden optar a un régimen diverso al legal y establecer en los estatutos formas de fiscalización distintas, mientras que en las S.A. abiertas respecto de las cuales la ley N°18.046 y el Reglamento de Sociedades Anónimas las obliga a ser fiscalizadas por la CMF. En cuanto a este punto, es preciso avocarnos a comentar que, para que se minimice, o bien, se aminoren las posibilidades que se configure una organización defectuosa, se hace necesario que los socios, si bien no van a escoger el sistema supletorio legal en el caso de las S.A. cerradas -que radica en Inspectores de Cuentas o Auditores Externos, cualquiera sea la elección- se escoja la forma de fiscalización que sea más adecuada a sus objetivos y disponibilidades, considerando, además, por otro lado, que una buena práctica en cuanto a las fiscalización para la prevención de los delitos, sería dotar a los trabajadores de los medios e incentivos necesarios para que sean ellos mismos quienes

¹²²LEO-CASTELA, Juan Ignacio e SANCHEZ MACIAS, José Ignacio. Op. Cit. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200639&lng=pt&nrm=iso>

puedan controlar o supervigilar el trabajo de los demás, de modo de hacer de cada voluntad una sola voluntad como un concierto general hacia el éxito de estas máximas esenciales.

El compliance es algo que llegó para quedarse en todo tipo de sociedades, ya que es una importante y principal medida para derribar el incumplimiento de la norma por parte de toda persona jurídica, lo que va contra principios básicos de nuestro derecho – tanto civil, comercial, penal, entre otros –, como son el Principio de la Buena fe, el Enriquecimiento sin causa, el Principio de Legalidad, el Principio de la Igualdad, y el Principio de la Responsabilidad. Es por aquello que, se observa la enorme necesidad de tomar el modelo actual como una base, pero que sea perfeccionado y modernizado, tomando en consideración las necesidades y el mercado actual en el que se desarrolla la actividad de toda Sociedad Anónima, además de entregar mayores atribuciones y facultades a los órganos y funcionarios encargados, para que, al momento que se sospeche de conductas delictuales, se pueda buscar el sosego de las mismas y la aplicación de toda aquella amonestación o sanción que limite y termine con aquello, responsabilizando de manera directa y efectiva a quien sea responsable, poniendo término de inmediato a la conducta que lo genere.

Con la dictación de la Ley N°20.393, si bien muestra un avance importante en la legislación chilena al incorporar y reconocer la posibilidad de que no solo la persona natural enfrente las consecuencias penales de los actos ilícitos que cometan, sino que también puedan ser responsables penalmente las personas jurídicas que han permitido que estos ilícitos se perpetúen, será de cargo de la doctrina y de la jurisprudencia la aplicación, análisis y reparo de una serie de problemáticas que nacerán producto de la aplicación de esta ley, dentro de las cuales existen aquellos casos en que la persona jurídica que adquiriera el carácter de imputado en un proceso penal no hubiere implementado el Modelo de Prevención que la misma ley, en su artículo 4 prevé, puesto que, el referido artículo establece una presunción simplemente legal en favor de la persona jurídica que hubiere implementado este documento de prevención, presunción de la que no gozarían aquellos que utilizaron un método distinto de cumplimiento normativo derivado de los deberes de dirección y supervisión, o simplemente no implementaron ninguno, tomando en consideración, a su vez, que esta implementación es facultativa, y en caso alguno es imperativa. Sin embargo, tal como hemos señalado la ventaja es clara, ya que, el ente fiscalizador y persecutor que quiera asociar responsabilidad a una

determinada sociedad deberá probar todos y cada uno de los elementos que considera la ley para identificar la presencia de algún delito, y con especial énfasis, deberá probar de manera suficiente que por el hecho de no implementar el Modelo que ofrece la ley, no se han sorteado los riesgos de los que estaba expuesta.

En síntesis, es claro que de la mera constatación de que no se ha implementado el Modelo ofrecido por la Ley N°20.393 así como mecanismos eficientes de denuncia, serviría de base para tener por acreditada la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuestión que, además de todo lo indicado, importaría una afectación de ciertos derechos, en particular, la presunción de inocencia y el derecho a defensa del imputado, los cuales son garantías constitucionales; del mismo modo, esto implicaría una vulneración de derechos propios del derecho procesal penal como lo son el de culpabilidad y el de lesividad, los cuales no pueden ser dejados de lado sin que aquello se traduzca en la aplicación de nada más que, un tipo de responsabilidad objetiva que no puede ser considerada, aceptada ni aplicada en un derecho penal ad hoc a la época actual.

Ahora bien, analizando las políticas de ciertos puntos estratégicos mundiales, podemos concluir que hoy, en muchas economías luchan por derribar el actuar ilícito, endureciendo las normas y endureciendo las penas a que se puedan ver expuestos a quienes actúan de dicha forma, incluyendo esto como un tipo penal que podrá ser sancionado, no sólo con penas administrativas o pecuniarias, sino que también penas corpóreas. Si bien, la Ley N°20.393, de forma casuística establece esta posibilidad, sigue siendo más los casos en que solo se imponen sanciones administrativas – multas – que la aplicación de las penas restrictivas de libertad, privilegiando la libertad de la persona natural, independiente de lo erróneo de su actuar. A este punto, consideramos que no es suficiente, puesto que, si se diese mayor aplicación a penas más restrictivas, se evitaría en gran porcentaje la comisión de actos contrarios a ley, y se daría mayor protagonismo al compliance, es decir, al cumplimiento normativo por parte de toda persona jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Responsabilidad Civil y Penal Administrativa. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013.
2. ALLES, Martha. Diccionario de Competencias, La trilogía, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Granica de Chile. 2015.
3. AYALA DE LA TORRE, José María, Compliance, Madrid, España, Francis Lefebvre, 2a. ed., 2018.
4. BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo; JUPPET EWING, María Fernanda. Compliance: Visión general desde una perspectiva Penal y Comercial. Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters, 2019.
5. BALMACEDA HOYOS, Gustavo; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Álex. Compliance Penal en Chile: sentido y alcance de la ley 20.393. 2020.
6. BALMACEDA HOYOS, Gustavo y NAVAS MONDACA, Iván. El Criminal Compliance en el Derecho Comparado. Valencia, España. Tirant lo Blanch, 2019.
7. CANUT DE BON, Alejandro. Compliance y Gerencias Legales. Introducción al Mundo del Cumplimiento Normativo Empresarial. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2019.

8. CLAESSENS, S, y YURTOGLU, B. Corporate Governance and development an update. A Global Corporate Governance Forum Publication. 2012.
9. DIAZ BRAVO, Roberto Felipe. La Regulación de los Conflictos de Interés de los Directores como una Medida de Protección a los Accionistas Minoritarios en la Sociedad Anónima (Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico). Santiago de Chile. Facultad de Derecho Universidad de Chile.
10. Fundación Factor Humano. Compliance. “Donde no hay ley, no hay libertad”. Unidad de Conocimiento. Junio 2016.
11. GARCÍA CAVERO, Percy. Criminal Compliance: en especial Compliance anticorrupción y antilavado de activos, Breña, Perú, Instituto Pacífico, 2017.
12. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La culpabilidad de la persona jurídica” cit. nota nº 26.
13. ISLA ROJAS, Gonzalo: Gobierno Corporativo: Teoría Económica, Principios de la OCDE y la Ley N° 20.832, Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2011.
14. LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. Reformas al Gobierno de las Sociedades contenido en la Ley N° 20.382. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2011.
15. LEFORT GORCHS, Fernando. Gobierno Corporativo: ¿Qué es? Y ¿Cómo andamos por casa? Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, 2003.
16. NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento”, cit. nota nº 2.
17. PUGA VIAL, Juan Esteban. La sociedad Anónima y otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado. Segunda Edición, Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

18. REMACHA, Marta. Compliance, Ética y RSC. Cuaderno de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo. (Nº 31). Julio 2016.
19. SHLEIFER, A., y VISHNY, R. "A survey of corporate governance", Journal of Finance, Vol. 52, No. 2, 1997.
20. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.) Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Atelier, 2013.
21. VÉLIZ MÖLLER, Patricio y BITRÁN HASSON, Yoab, Compliance: ¿Por qué y para qué?, Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017.
22. WIGODSKI, Teodoro y ZUÑIGA, Franco. Gobierno Corporativo en Chile después de la ley de Opas. Santiago de Chile: Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, 2002.
23. ZAPATA BERNAL, María José. Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas Abiertas, en Cuanto al Conflicto de Interés y el Uso de la Información Privilegiada en el Caso Enersis. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca, Chile. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2004.

LEYES

1. Código Civil, artículo 2061. Definición de Sociedad Anónima.

2. Decreto Ley N°3.538, artículo 4. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile. 23 de diciembre de 1980.
3. D. Lgs. 231, artículo 7. 2. Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2001.
4. Ley N° 6.404 de 15 de diciembre de 1976, modificada por la nueva Ley de Sociedades Anónimas N°10303/01.
5. Ley N° 18.045, artículo 10 inc. 3°. Ley de Mercado de Valores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile. 22 de octubre de 1981.
6. Ley N°18.046. Ley sobre Sociedades Anónimas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de octubre de 1981.
7. Oficio N°440/2010. Fiscalía, Ministerio Público de Chile.
8. Real Decreto Legislativo de 22-12-1989, número 1564/1989.
9. RIT N°9211-2012, RUC N°1201092968-5, por el Juzgado de Garantía de Talca, en contra de Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada por el delito de cohecho.
10. Sarbanes-Oxley Act 2002, Título 3.
11. §8B2.1. U.S.S.G.

REVISTAS

1. SOLÍS, José Luis. “Compliance o cumplimiento normativo”. 2017. Revista Partida doble 191.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

1. Asociación Española de Compliance. Instituto de Estudios Económicos. Estudio sobre la Función de Compliance en las Empresas Españolas. 2020. [En línea] Disponible en: <<https://www.asociacioncompliance.com/estudio-sobre-la-funcion-de-compliance/>>
2. BALMACEDA HOYOS, Gustavo; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Álex. 2020. Una aproximación al Criminal Compliance Program en la Ley chilena N°20.393. Revista Criminalia. [En línea]. Vol. 86 N°1. Disponible en: <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/22>
3. ENEL. Modelo de Prevención de Riesgos Penales. Chile. [En línea]. 03 de agosto de 2019. Disponible en: <<https://www.enel.cl/content/dam/enel-cl/inversionistas/enel-distribucion-chile/gobierno-corporativo/codigo-etico-y-plan-tcc/Modelo-de-Prevencion-de-Riesgos-Penales-Enel-Distribucion-Chile.pdf>>
4. HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Polít. crim. [online]. 2010, vol.5, n.9. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005&lng=es&nrm=iso>
5. ISMODES DIAZ, David. (2012). Modelo de Competencias. En: Sistema Regional de Cooperación para la Vigilancia de la Seguridad Operacional. Disponible en:

<https://www.icao.int/SAM/Documents/DSOSYMP12/Definici%C3%B3n%20y%20control%20de%20Competencias%20.pdf>. Lima, Perú.

6. LEO-CASTELA, Juan Ignacio e SANCHEZ MACIAS, José Ignacio. Autorregulación e imputación penal de la persona jurídica en España y Chile. *Polít. crim.* [online]. 2020, vol.15, n.30. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200639&lng=pt&nrm=iso
7. LUQUE, Juan Manuel. Qué son los Modelos de Competencia. ESIC. Disponible en: <https://www.esic.edu/rethink/management/modelos-de-competencias>
8. NACRUR, Ricardo. Responsabilidad penal para las personas jurídicas. Artículo de Opinión. Chile: Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/responsabilidad-penal-para-las-personas-juridicas/> >
9. NAVAS MONDACA, Iván y JAAR LABARCA, Antonia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. *Polít. crim.* [online]. 2018, vol.13, n.26. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027&lng=es&nrm=iso >
10. NEIRA PENA, Ana María. La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Polít. crim.* [online]. 2016, vol.11, n.22. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200005&lng=es&nrm=iso.

11. OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Edición OCDE, Paris. Disponible en: <
<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> >
12. Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations, 9.28.800, Disponible en: <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>
13. S.A.C.I. Falabella. Legal y Gobernanza. Modelo de Prevención de Delitos, Ley N°20.393. Chile. [En línea]. Disponible en: <
https://www.falabella.com/static/RDF/site/content/falabella-sostenible/pdf/Modelo_de_Prevencion_del_Delito_SACI_Falabella.pdf>
14. SOLORIO GARCÍA, Wanda Mirel. La cultura y ética organizacional. UTEL Editorial. [en línea]. Disponible en: <https://www.utel.edu.mx/blog/rol-personal/la-cultura-y-etica-organizacional/>

PÁGINAS WEBS:

1. Comisión para el Mercado Financiero. CMF. Disponible en: <
<https://www.cmfchile.cl/educa/602/w3-article-813.html>>.
2. Comisión para el Mercado Financiero. CMF. Disponible en: <
<https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-25539.html>>.
3. Superintendencia de Valores y Seguros. “Fortalecimiento de Estándares de Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas Abiertas”. Disponible en: https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-20924_doc_pdf.pdf

4. United States Sentencing Commission, disponible en: <http://www.ussc.gov/research-and-publications/federal-sentencing-statistics/federal-sentencing-statistics-district-circuit-state>
5. World Compliance Association. “Acerca del Compliance”. [en línea]. [Fecha de consulta: 27 de julio de 2021]. Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>
6. World Compliance Association. WCA. El whistleblowing como sistema eficiente en la lucha contra la corrupción. [En línea]. Disponible en: <https://www.worldcomplianceassociation.com/1446/articulo-el-whistleblowing-como-sistema-eficiente-en-la-lucha-contr-la-corrupcion.html>

CONGRESO, CONFERENCIA, REUNIÓN:

1. GOMEZ BALMACEDA, Rafael. 2021. Extracto clase Profesor Titular Universidad de Chile. En: Clase de Derecho Comercial II. Lugar: Universidad de Chile.
2. VARGAS, Eduardo. Quintas Jornadas de Ciencias Penales sobre delitos Económicos. Santiago de Chile. 1939.