

Curso sobre “*Compliance*”: Visiones Generales desde una Perspectiva Global bajo el Marco de la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (Ley 20.393)

Basado en el Manual sobre *Compliance* de Balmaceda, Guerra y Juppet.



Reseña:

28 horas pedagógicas. Formato Asincrónico.

Dirigido a trabajadores de Empresas con el objeto de actualizar y adquirir los conocimientos necesarios para comprender el marco de aplicación de la ley 20.393, facilitando el desarrollo y utilización de herramientas para prevenir futuras conductas que puedan exponer a faltas a la Ley sobre Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (LRPPJ), brindando así seguridad y transparencia a los procesos organizacionales.

Tras la entrada en vigencia de la LRPPJ se hace necesario que toda organización con personalidad jurídica desarrolle un modelo de prevención de delitos, definiendo políticas, procedimientos y roles, además de implementar actividades de control sobre los procesos o actividades que se encuentran expuestas a los riesgos de comisión de los delitos señalados en la ley 20.393.

Tabla de contenido

<i>Curso sobre “Compliance”: Visiones Generales desde una Perspectiva Global bajo el Marco de la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (Ley 20.393)</i>	1
<i>Reseña:</i>	1
<i>Módulo II: Sistema de Compliance (7 horas pedagógicas)</i>	4
I. Sistema de Compliance	4
A. ANTECEDENTES GENERALES Y CONCEPTO DE COMPLIANCE	4
B. IMPLEMENTACIÓN DEL COMPLIANCE	8
C. COSTOS DE LA INCORPORACIÓN DE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE	12
D. MAPAS DE RIESGO	13
a) Historia y práctica de la organización	17
b) Cultura y ética.....	17
c) Industria y comparación de pares.....	17
d) Esquema de riesgo	18
e) Control.....	18
f) Plan de acción.....	18
E. HERRAMIENTAS PARA LA GENERACIÓN DE LOS MAPAS DE RIESGOS	19
F. PROCESO DE ANÁLISIS DE RIESGOS	20
G. DIRECTORIO Y MANEJO DE RIESGOS	22
H. OFICIAL DE CUMPLIMIENTO	23
I. SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL SISTEMA DE COMPLIANCE	24
J. REGLAMENTO DE COMPLIANCE	24
K. CANAL DE DENUNCIAS	25
a) Externalización del canal de comunicación	27
b) Confidencialidad del canal de comunicación.....	27
c) Seguridad del canal de comunicación.....	28
d) Cumplimiento legal.....	28
e) Sistema global	28
f) Sistema abierto	28
g) Sistema multicanal	28
h) Flexibilidad del canal de comunicación	28
i) Agilidad del canal de comunicación	29
j) Integralidad del canal de comunicación	29
L. PUBLICIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPLIANCE	30
II. Algunas consideraciones acerca de la Responsabilidad de las Personas Jurídicas y de los Agentes que las dirigen.	30
A. ANTECEDENTES GENERALES	30
B. RESPONSABILIDAD CIVIL A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL “PIERCING THE CORPORATIVE VEIL”	34

C. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE UNA PERSPECTIVA COMERCIAL	37
a) Dueños.....	39
b) Controladores.....	40
c) Responsables.....	41
d) Ejecutivos principales.....	41
e) Representantes.....	44
f) Quienes realicen actividades de administración y supervisión.....	45
g) Dependientes.....	45
D. CONCLUSIONES.....	46
<i>Relatoras:</i>	49

Módulo II: Sistema de *Compliance* (7 horas pedagógicas)

I. Sistema de *Compliance*.

A. ANTECEDENTES GENERALES Y CONCEPTO DE COMPLIANCE

Por *compliance* podemos comprender un procedimiento de revisión sistemática del cumplimiento de estándares legales o éticos de una empresa, el que puede ser realizado en forma interna o a través de auditorías externas.

La implementación de un procedimiento de *compliance* puede tener una serie de orígenes diversos, si bien el más común es el establecimiento de la obligación de cumplir con una matriz de implementación de riesgos a través de la aplicación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, este es un procedimiento que también resulta aplicable para aspectos de regulación indirecta, como es la entrega de información ordenada por ley a entes reguladores o al mercado en general, como asimismo, a la implementación de procedimientos de autorregulación al interior de una empresa, como es el caso de los procedimientos de responsabilidad social empresarial.

Si bien es cierto, el ordenamiento jurídico chileno trata indirectamente la institución del *compliance* a propósito de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, son múltiples las normas que deben integrarse en la confección de una matriz de riesgos completa para la organización empresarial, que deben ser consideradas en el diseño del sistema integral de cumplimiento.

De esta manera, será necesario revisar como base las normas aplicables en relación a cada uno de los grupos de interés de la organización como, asimismo, de otros actores relevantes con los que se relaciona comercialmente.

Toda empresa, entendiendo por tal, siguiendo a Bercovitz: "como toda persona que hace ofrecimiento público de sus bienes o servicios para la captación de clientela" (Bercovitz, 2014). Debe proyectar sus riesgos con miras a gestionar su minimización en el tiempo como parte integrante de su plan estratégico, ya que dicho trabajo trae como consecuencia una baja en costos fijos, e incluso, potenciales en caso de contingencia.

Esta noción de empresa excede a la tradicional, la cual se limita a considerar como empresa a cualquier persona natural o jurídica que realiza en forma organizada actos de comercio.

Para Bercovitz, la empresa ha evolucionado, en el concepto de libertad de empresa, ampliando el criterio, equiparándolo a un operador de mercado, liberándolo del gravamen de realizar dicha actividad en forma organizada (Bercovitz, 2014). Lo anterior

es de suyo relevante para aquellas legislaciones, como la chilena, en la cual en muchos actos su carácter mercantil está dado porque la entidad que despliega dicha conducta sea, en definitiva, una empresa, y no un individuo sin los atributos de organización que le caracterizan.

Existen varias perspectivas desde las cuales las organizaciones empresariales deciden aplicar el procedimiento de *compliance* como forma de dar cumplimiento a las normas legales que las obligan a publicar ciertos contenidos, como, asimismo, como una oportunidad para autorregular sus actividades propias en aquellos aspectos que en su proceso productivo pueden resultar importantes para la comunidad en la cual se insertan, o para sus propios colaboradores.

De tal manera, implementar estos requerimientos conlleva no sólo el satisfacer los mandatos prescritos por la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino como forma de sistematizar requerimientos normativos que en forma directa o indirecta regulan la actividad empresarial desarrollada por dicha organización.

El primer antecedente para esta práctica estuvo dado por la obligación de publicar cierta información de relevancia para tomar decisiones económicas, sea a través de la entrega de información financiera (normas de la superintendencia de valores y seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero), como de los bienes y servicios a adquirir por los consumidores (ley de protección de derechos del consumidor).

La ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas es la consagración del principio de la simetría de la información con el establecimiento de un procedimiento previamente determinado por ley, pero que en caso alguno viene a agotar el contenido de las prácticas de *compliance*. Si bien es cierto es dable reconocer que corresponde a un avance interesante en materia de autorregulación de las organizaciones empresariales.

Partiendo este análisis desde el reconocimiento de que la inspiración de cualquier sistema de *compliance* es la ética corporativa, ella surge como el origen natural de esta disciplina, tanto para su diseño como para su posterior interpretación.

La ética es definida por el instituto de los siete pilares como: "... una guía a la conducta humana usando la razón. Un individuo elige la mejor alternativa moral dentro de una situación basado en la razón, considerando los intereses de cada uno de los individuos afectados por sus acciones, de tal manera la ética es la base teórica para los programas de *compliance*" (Sing & Bussen, 2015, p. 16).

El *compliance*, por su parte, aparece entonces como "la adherencia o la conformidad con reglas, leyes estándares y políticas. Que también implica un sentido de transparencia y reconocimiento de la obligación de sostener códigos de conducta pertinentes con las actividades desarrolladas. Desde una perspectiva más legalista el *compliance* corporativo implica la determinación formal de la generación de un sistema de políticas,

procedimientos, control y acciones para detectar y prevenir la violación de leyes regulaciones, reglas, estándares y políticas" (Sing & Bussen, 2015, p. 4).

De tal manera, dependiendo de la forma de enfocar el *compliance*, podemos distinguir entre un enfoque puramente formalista (enfoque legal) que busca chequear tanto la creación, implementación y control de todo tipo de formas de regulación a las que se encuentre sujeta la empresa, y por otra (una visión de gestión) que busca determinar aquellas actuaciones de transparencia y formas de gestión de negocios que resultan inherentes a la compañía y dirigen de manera orgánica su conducta.

Ante todo, es necesario determinar aquellos principios que son considerados como fundamento para la adopción de un sistema de *compliance* dentro de una organización. Para Puyol: "Los principios que busca la introducción de un sistema de *compliance* dentro de una organización empresarial son los siguientes: 1. La Objetividad. 2. Reacción. 3. Opinión. 4. Prevención" (Puyol, 2017).

En primer lugar, en el establecimiento de dichos pilares, al construirse el sistema de *compliance* previamente al origen de cualquier conflicto, éste se ha gestado desde la base de los perfiles funcionales de cada miembro de la organización en relación a sus cargos, y no a la persona que lo ostenta. Asimismo, los riesgos son analizados desde una lógica de procesos, estableciendo responsabilidades con coherencia y sujeción de ellos. Lo anterior se desprende del carácter objetivo del programa de cumplimiento.

En segundo lugar, Puyol plantea la importancia de la reacción, lo que surge al revisar un sistema de *compliance*, éste es esencialmente dinámico, siguiendo una lógica autopoiética (Limone & Bastías, 2002), es decir, dotado desde su gestación de la capacidad de autorreaccionar ante estímulos tales como la ocurrencia de un riesgo previamente identificado.

En tercer lugar, en lo referente al criterio de opinión, se debe considerar en todo sistema de *compliance*, un análisis posterior sobre las características del riesgo, la oportunidad de su acaecimiento, su procedimiento de contención, y las decisiones motivadas en razón de su ocurrencia, incorporando en el programa de cumplimiento un paradigma de mejora continua.

Finalmente, la prevención permite tomar el análisis de la contingencia implementando mejoras en el sistema de *compliance*, reforzando los principios éticos de la organización.

Para la realización de un análisis continuo del sistema de *compliance* la determinación de la forma en la cual lo entendemos no es trivial, ya que si la organización adhiere a una visión de *compliance* legal se centrará con mayor fuerza en aquellas normas que se hayan determinado vía regulación del Estado o vía autorregulación de la empresa privilegiando la forma en la toma de decisiones, sin embargo, si se privilegia un enfoque de *compliance*

de gestión, buscaremos comprender el proceso de toma de decisiones desde la cultura organizacional de la empresa convirtiéndonos en agentes de cambio a nivel social.

En tal sentido, algunas de las consecuencias de la cultura organizacional de una empresa son el comportamiento ético que presentan las gerencias en su toma de decisiones, debido a que establecen los estándares de comportamiento adecuados para toda la organización (Steinberg, 2011, p. 6). Así, es posible identificar como un factor crítico dentro de la gestión de cambio de una organización, la selección de la alta gerencia de la organización, ya que a través de su comportamiento irán determinando las decisiones de la institución como un todo, influenciando directamente la conducta del resto de los colaboradores de la empresa.

El análisis de un sistema de *compliance* contiene cuatro aristas que, en opinión de Parker y Lehmann, deben ser abordadas: "1. Los motivos que llevan a individuos y empresas a reaccionar de manera distinta ante la regulación. 2. Las características internas y capacidades de las empresas en su carácter de organización para responder a la regulación. 3. La influencia que las aplicaciones de distintas regulaciones afectan la manera en que las empresas responden a dicha regulación, y, 4. Cómo la regulación y las respuestas a dicha regulación surgen de la interacción entre los reguladores y las empresas desde un triple punto de vista social, económico y político" (Parker & Lehmann, 2001, p. 3).

En la misma línea de argumentación, desde una perspectiva ética integral, el *compliance* no podrá circunscribirse a los modelos clásicos de prevención de delitos, ya que la mayor parte de las normas, reglas, leyes, a las que se someten las actuaciones de una organización comercial se encuentran en estatutos diversos a la Ley N° 20.393, integrando las normas de defensa de la libre competencia (D.L. N° 211), competencia desleal (Ley N° 20.169), ley de bases generales del medioambiente, Código del Trabajo, ley de protección de derechos del consumidor, Código de Comercio, entre otros.

Los motivos que incentivan la implementación de un sistema de *compliance* pueden ser variados, podemos distinguir entre tres clases de motivos. Los motivos económicos, los motivos normativos y los motivos sociales. Los primeros determinarán el compromiso de la firma para la aplicación del *compliance* en la medida que dicha aplicación maximice sus beneficios financieros, aumentando la venta de bienes y servicios, y consecuentemente las utilidades de sus dueños (Parker & Lehmann, 2001, p. 10). Por otra parte, las razones normativas se basan en el grado de compromiso que tengan tanto los individuos comprometidos, como la organización empresarial para obedecer la regulación aplicable en razón de un sentido de necesidad moral de cumplir con dichas obligaciones (Parker & Lehmann, 2001, p. 11). Y los motivos sociales entendidos como el nivel de compromiso de la organización para ganarse la aprobación y el respeto de grupos de intereses con los que tiene que relacionarse, como, asimismo, de su competencia, aliados estratégicos, entre otros (Parker & Lehmann, 2001, p. 11).

B. IMPLEMENTACIÓN DEL COMPLIANCE

La decisión de una empresa de someterse a un procedimiento voluntario de *compliance* implica la determinación por parte de la autoridad superior de la organización, la que opta por la incorporación de un procedimiento de esta naturaleza por varias razones: sea por la existencia de una norma legal o, por aplicación voluntaria en razón de la ética corporativa.

- *En primer lugar, por la existencia de una norma legal que la obliga, sea la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, u otra norma específica que obligue a poner a disposición del público general, o de ciertos actores tales como sus accionistas o sus entes reguladores (en la medida que cuentan con facultades fiscalizadoras).*
- *En segundo lugar, las organizaciones mismas optan por hacer aplicables estos procedimientos a transgresiones a la ética cometidos al interior de la organización.*

Así, la decisión de hacer aplicable un procedimiento de investigación sobre las transgresiones a los procedimientos, protocolos, matrices de riesgo, etc., corresponde a la forma de implementar una solución estandarizada a potenciales problemas que han sido identificados como siniestros para la compañía.

Esta definición de comportamientos jurídicamente adecuados permite reducir la ocurrencia de hechos u actos identificados como riesgosos en este análisis. Y, en segundo plano, como un mecanismo para limitar la responsabilidad de la institución en potenciales indemnizaciones surgidas como paliativo a la reparación de un daño ocurrido como consecuencia de la actividad económica realizada por la empresa.

Si bien es cierto, el origen de la implementación del *compliance* surge de la obligatoriedad de una norma, aumentando directamente los costos de la organización, en razón de la implementación de un sistema de seguimiento permanente, ingresando el análisis y gestión de riesgos de la organización, como ya lo evidencia Tricker al indicar que: "En primer lugar el *compliance* a nivel de gobierno corporativo, se ha ido transformando cada vez más en obligatorio, ya sea porque así lo exige la regulación o incluso el sistema de precedentes. Las quejas ahora se centran no en la necesidad de códigos para los gobiernos corporativos, sino en el costo del *compliance*. En segundo lugar, el análisis y manejo de riesgos se ha transformado en una parte integral en los procesos de los gobiernos corporativos" (Tricker, 2009, p. 349).

Con todo, las normas legales pueden ser consideradas como exitosas si es que su objetivo queda circunscrito al establecimiento de sistemas de *compliance* dentro de la organización, ya que su aceptación en la práctica (entendido como el desincentivo de prácticas reñidas con los códigos de ética y procedimientos internos) sólo podrán lograrse en la medida que existan tribunales, antes de la administración del Estado y

normas que expresamente faciliten el cumplimiento compulsivo de estas obligaciones (Kraakman, y otros, 2009, p. 45).

La implementación de un procedimiento de *compliance* puede tener una serie de orígenes diversos, si bien el más común es el establecimiento de la obligación de cumplir con una matriz de implementación de riesgos a través de la aplicación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, este es un procedimiento que también resulta aplicable para aspectos de regulación indirecta, como es la entrega de información ordenada por ley a entes reguladores o al mercado en general, como asimismo, a la implementación de procedimientos de autorregulación al interior de una empresa, como es el caso de los procedimientos de responsabilidad social empresarial o del establecimiento de un programa de gestión de riesgos y control de gestión.

De esta forma, la obligatoriedad de establecer formas de prevención del delito surge como una oportunidad para canalizar otros desafíos que se hayan detectado como riesgosos en un solo procedimiento, aprovechando la capacitación de las distintas unidades de la organización para crear un canal voluntario de resolución de conflictos que pueden darse tanto al interior como a su contexto externo.

Por tanto, al momento de diseñar una política de *compliance* resulta absolutamente necesario determinar la amplitud que la administración desea otorgarle a dicho procedimiento, definiendo si solo se ceñirá a una lógica de prevención del delito, o si, por el contrario, se orientará a establecer un sistema único que permita integrar los procedimientos, protocolos y normas a los que se pueda ver enfrentada la compañía en sus diversas esferas de tomas de decisión. En palabras de Carrau: "Esta decisión del órgano de administración debe delimitar el alcance inicial que el *compliance* va a tener, esto es, si se va a limitar al ámbito de la prevención de la responsabilidad penal de la persona jurídica o va a comprender también otros ámbitos de cumplimiento normativo. Una posibilidad nada desdeñable para las pymes sería una implantación por fases, empezando por este requerimiento normativo penal para, a continuación, ir implantando los demás ámbitos" (Carrau Criado, 2016).

Lo anterior resulta particularmente relevante al analizar que las propuestas de Carrau evidencian que el *compliance* no se restringe en su aplicación a grandes empresas, pudiendo implementarse en empresas de menor tamaño ajustando los períodos de implementación a la realidad de cada organización.

Así, se reconoce que el llamado a tomar una determinación respecto de este planteamiento es el órgano de administración, el cual puede ser el directorio o administrador dependiendo de la estructura social que presente la compañía. Esta definición debe basarse en un lineamiento lógico estratégico previo de la compañía. "Para la empresa moderna el objetivo estratégico fundamental lo constituye la creación de valor, pero no solo para los accionistas —*shareholders*—, conforme a la teoría clásica de

la empresa, sino también para el conjunto de *stakeholders* o grupos de interés. Así, el proceso de dirección estratégica incluye la necesidad de identificar y priorizar los grupos de interés clave, así como la integración de sus necesidades en la formulación de los objetivos estratégicos" (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018). Siguiendo esta argumentación la definición de los objetivos estratégicos de una empresa deberán considerar necesariamente las normas legales que regulan la actividad económica desarrollada por la organización tales como; medioambientales, laborales, sindicales, competencia desleal, protección del consumidor, entre otras, pero también deberán incorporar la visión organizacional desde una perspectiva ética respetando aquellos límites que naturalmente fluyen para la organización empresarial en análisis.

Para la toma de dichas decisiones, el directorio requiere comprender los riesgos de su actividad empresarial, para asegurar la supervivencia del negocio en el tiempo, elaborando una estrategia concordante con ellos (Tricker, 2009).

Así, algunas organizaciones, para el cumplimiento de las normas medioambientales, por ejemplo, se auto-impondrán un estándar mayor al que la legislación territorial determina, surgido de la inquietud de sus accionistas o de planes de mitigación concordados con la comunidad en la cual desarrollen sus actividades comerciales.

Incluso la decisión de iniciar el diseño de un sistema de *compliance* mediante la estructuración de un sistema de prevención de delito no es una decisión implementada en cumplimiento de una norma legal, sino que corresponde a una decisión de la administración de la empresa, orientada hacia el objetivo de construir un sistema de prevención del delito como parte de la planificación y control de la actividad (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018)".

Cuando consideramos el *compliance* desde una perspectiva más amplia, no solamente limitado a las normas penales, se comparte el hecho de no existir un solo modelo a implementar en las organizaciones empresariales, considerando que en la variación del modelo de toma de decisión puede encontrarse un espacio de valor importante para la empresa, que lo distinga de su competencia. Es posible utilizar el mismo procedimiento del *compliance* penal en la determinación y delimitación de los riesgos de la empresa para integrar el tratamiento que da la organización a otros cuerpos normativos igualmente aplicables en su quehacer, y que incluso pueden resultar de un mayor uso dentro de la cotidianeidad de la organización.

Así, la profundización de este primer paso que realiza la organización guarda coherencia con su proceso productivo particular, mediante la priorización de aquellas actividades que le resultan relevantes, por ejemplo, una empresa dedicada al área de *retail* buscará favorecer la construcción de una matriz de riesgos de protección de derechos del consumidor. Mientras que una empresa constructora basada en un modelo

de negocios de subcontratación podría privilegiar el análisis de los riesgos de adjudicación de proyectos en licitaciones privadas.

Cada organización puede usar el modelo de prevención de delitos como un buen punto de partida para la implementación de un sistema de *compliance*, pero en caso alguno la actividad quedará circunscrita a esta parte del modelo, ya que por razones de eficiencia resulta aconsejable integrar en él el canal de comunicación interno de la organización en otras materias, tales como acoso laboral, riesgos de seguridad, fallas en aplicación de procedimientos, etc.

Una vez que ya se ha definido la implementación de un programa de *compliance*, sea simplemente penal o de aquellos que suscriben a una visión integral en las normas que deben ser consideradas, es necesario para el asesor jurídico delimitar los riesgos a los que se encuentra expuesta la organización. Usando como base metodológica para la gestión de riesgos el informe de COSO de 1992 se establecen cuatro pilares fundamentales: "Una vez analizados los riesgos, se debe tomar una decisión sobre cómo gestionarlos, lo que, a su vez, conlleva alguna de estas opciones: 1. aceptar el riesgo y no emprender acciones para mitigarlo, 2. evitar el riesgo, evitando las acciones que lo generan, 3. reducirlo, a partir de controles y herramientas disponibles. 4. compartirlo, contratando seguros, buscando socios, etc." (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018).

Cuando en el desarrollo del análisis de los riesgos en una organización van surgiendo voces de alerta, el primer reflejo de la administración tiende a ser el intentar esconder el riesgo de los accionistas, ya que cuando se basa en errores de diseño o ejecución de un procedimiento tienden a reflejarse negativamente en el desempeño del gerente a cargo del área. Uno de los principales desafíos del oficial de cumplimiento en la etapa de implementación de un nuevo sistema de *compliance* es lograr instalar en la cultura organizacional la idea de que el aceptar un riesgo es el primer paso para evitarlo conscientemente.

Una vez que la administración reconoce la existencia del riesgo, es posible evaluar la posibilidad de eliminarlo, lo que en ciertos casos será posible, como, por ejemplo, prohibir la contratación con personas que mantengan una relación de parentesco con colaboradores para minimizar la existencia de conflictos de interés.

En otras ocasiones no será posible actuar de manera tan tajante, por ejemplo, cuando algún gerente tenga la calidad de accionista de la sociedad al mismo tiempo. Dado el manejo de información que mantiene en razón de su cargo dentro de la organización, y con miras a evitar la ocurrencia del delito de abuso de información privilegiada, es posible plantear una política de mitigación de riesgo, a través del establecimiento de un protocolo de comunicación interno a la empresa antes de adquirir o enajenar acciones de la compañía. Así no se afectará la libertad del accionista para tomar decisiones sobre sus acciones, pero se le puede recomendar no realizar transacciones sobre sus títulos valores

en períodos sensibles tales como la publicación de los resultados financieros de la empresa o negociaciones de absorción por otra compañía.

C. COSTOS DE LA INCORPORACIÓN DE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE

Al establecer un programa de *compliance* dentro de una empresa, suelen surgir dudas sobre la pertinencia de asumir el costo de su implementación, aun cuando un buen programa de cumplimiento genera ahorros en el mediano plazo al evitar asumir costos de multas, bajas de eficiencia por ocurrencia de riesgos, entre otros.

La incorporación de un programa de *compliance* bajo un criterio de mejoramiento de la eficiencia de los procesos organizacionales tiende a generar grandes beneficios para la institución, ya que se comprenden racionalmente los requerimientos regulatorios permitiendo alinear las iniciativas proyectadas en la empresa para ganar participación en el mercado, utilidades y otros beneficios asociados (Steinberg, 2011, p. 21).

Con todo, el cumplir con las normativas crecientes pueden generar un desincentivo para las organizaciones de incorporar todos los riesgos necesarios dentro de un programa de *compliance* (Steinberg, 2011, p. 23), por tanto, será la administración quien deberá ponderar a través de un mapa de riesgos elaborado por el oficial de cumplimiento o por el consultor externo encargado del proceso, tanto la factibilidad de su ocurrencia como las potenciales consecuencias de dichos riesgos, de tal manera de priorizar aquellos que resulten probables para la organización, más que buscar una implementación perfecta de la normativa, puesto que en caso de que se pierda el foco del programa, la pérdida de eficiencia real del sistema de *compliance* puede generar el incentivo a su cierre, más que tender hacia un mejoramiento continuo.

Con todo, la incorporación de normas en cualquier ámbito no sólo implica costos, muchas veces genera oportunidades de negocios (Mitnick, 1981), en el caso de la implementación de normas de *compliance*, su adopción permite a la organización que lo ha hecho, suscribir contratos con multinacionales que deben cumplir con una regulación análoga o incluso más estricta que la que se puede aplicar en nuestro país.

De este modo, la adopción temprana de la regulación implica el establecimiento de una ventaja competitiva para dicha organización (Mitnick, 1981) permitiéndoles a las organizaciones diferenciarse de su competencia.

En el peor de los casos los costos de la regulación pueden anularse con los beneficios que dicha regulación genera para los entes regulados (Mitnick, 1981), dado que el tomar decisiones conscientes de los riesgos que éstas conllevan, permite al administrador evitar y mitigarlos en la medida de lo posible, produciendo beneficios a la organización.

D. MAPAS DE RIESGO

Una adecuada ponderación de los riesgos es parte de los análisis realizados por los inversionistas al momento de invertir. Cuando definen su inversión, aquellas compañías reconocidas en el mercado por su gestión de riesgos, como, asimismo, aquellas que han generado una reputación de transparencia en su manejo de crisis, se ven beneficiadas por una alta valoración del mercado (Tricker, 2009).

Dentro de las herramientas idóneas para realizar esta ponderación destaca un mapa de riesgos, que corresponde a la expresión gráfica de la identificación y valorización de los potenciales siniestros que son inherentes al desarrollo de una determinada actividad económica.

Asimismo, una vez identificados los riesgos potenciales y su probabilidad de ocurrencia, como lo propone Lipman, las organizaciones debieran utilizar en forma periódica la asesoría de un abogado, que realice una revisión de los procedimientos de cada uno de los departamentos de la compañía para determinar las buenas prácticas existentes (Lipman & Lipman, 2006). Esta forma de trabajo permite, a través de un proceso de mejora continua ir no sólo delimitando los riesgos de la empresa, sino que verificando el cumplimiento de los procedimientos de mitigación previamente establecidos por la compañía a través de su departamento de *compliance*.

En palabras de Tricker: "La introducción de un programa de evaluación de riesgos no solo permite que las empresas los reconozcan y desarrollen políticas de gestión de riesgos adecuadas, sino que también respalda las actividades comerciales continuas, al permitir que el personal reconozca dichos riesgos y los evite. Asimismo, posibilita a los directores apreciar la naturaleza y el alcance de sus riesgos, el perfil de los mismos, y, por tanto, efectuar juicios apropiados. Finalmente, garantiza a la empresa la oportunidad de informar con confianza a los accionistas y otras partes interesadas que los riesgos corporativos están siendo bien gestionados" (Tricker, 2009, pp. 339-340). Aunque para la administración tradicional reconocer públicamente los riesgos de la empresa puede parecer una decisión estratégicamente desafortunada, en territorios más avanzados en gestión corporativa la reacción del mercado es la opuesta. Una adecuada gestión de riesgos genera información valiosa para la toma de decisiones de la organización permitiendo reaccionar oportunamente a las crisis.

Dentro de la creación de la matriz de riesgos de la compañía es de suyo relevante tener claridad previa respecto de cuáles son los cuerpos normativos que serán abordados por la o las matrices a crear, ya que solo teniendo una visión amplia e integral de los riesgos enfrentados por la empresa, será posible determinar cuál posición será la más adecuada para dicha organización respecto de cada riesgo identificado en la matriz.

El trabajo periódico a través de revisiones a los procedimientos aplicados por los departamentos de la organización permite identificar áreas riesgosas, posibilitando que los administradores de la organización y el directorio de la empresa puedan tomar mejores decisiones (Lipman & Lipman, 2006, p. 33).

Pero la labor de la administración no se limita a la identificación de los riesgos y a su ponderación en una matriz, ya que su gestión deberá ser aplicada en el día a día de la organización mediante el diseño, implementación y evaluación de políticas y procedimientos sistemáticos que orienten las actuaciones de los miembros de la organización, generando una cultura organizacional de mejora continua.

Para Singh y Bussen: "Las organizaciones deben entonces desarrollar estándares y procedimientos para responder a esos riesgos, así como puntos de presión específicos. Los resultados de la delegación de tareas de evaluación de riesgos apuntan a una fuerza de trabajo. Las organizaciones también deben trabajar para fomentar una cultura de *compliance* y ética, que se base en los niveles generales de riesgo" (Singh & Bussen, 2015, p. 46).

El diseño del mapa de riesgos considerará tanto las actividades internas como externas de la empresa, según Carrau: "Serían actividades externas todas aquellas relacionadas con los *inputs* que recibe una persona jurídica y los *outputs* que transmite, incluyendo los procesos de elaboración: compras, ventas, fabricación, embalaje, transporte, prestación de servicios, residuos, etc. Serían actividades internas aquellas propias de la organización, intrínseca de la persona jurídica: seguridad en el trabajo, relaciones laborales, gestión de datos de carácter personal, mantenimiento de *stocks*, obligaciones administrativas y tributarias, seguros, etc. (Carrau Criado, 2016)".

Cada una de estas actividades se identifica con grupos de interés de *compliance*, debido a que serán diversos actores los beneficiarios del cumplimiento demostrado por la organización. Así, como actores internos surgen accionistas y trabajadores. Y, por grupos de interés externos se reconocen consumidores, proveedores, comunidad, competidores y el Estado.

Con todo, los orígenes de los riesgos son múltiples, siendo clasificados para una mejor sistematización por el foro de economía mundial, en razón de su relevancia, de la siguiente manera: "1. El ambiente de negocios. 2. Conflictos competitivos. 3. Materias de *compliance*. 4. Problemas de los empleados. 5. Factores operacionales. 6. Pérdida reputacional. 7. Fraude y seguridad. 8. Fallos estructurales. 9. Cambios tecnológicos. 10. Crédito comercial e insolvencia de los clientes" (Tricker, 2009, p. 331).

Asimismo, toda la labor de elaboración del mapa de riesgos organizacional no concluye en la enumeración de los riesgos identificados, sino que también se: "Debe identificar sobre el mapa de actividades los concretos riesgos que se producen en ellas,

determinando también los sujetos intervinientes en las decisiones y actos que están afectados por el riesgo" (Carrau Criado, 2016).

Una vez que los riesgos han sido aislados, identificando los sujetos o departamentos que participan en ellos, resulta conveniente identificar aquellos procesos críticos para la organización, ya que realizar esta labor, permitirá priorizar el orden de las tareas a intervenir.

Se recomienda un enfoque de procesos en esta etapa ya que la lógica para su construcción es transversal a su organización, obligando al oficial de cumplimiento a lograr un conocimiento cabal y sistémico de las actividades desplegadas por la empresa.

Esta experiencia genera varias consecuencias beneficiosas. En primer lugar, permite al oficial de cumplimiento pasar de un conocimiento teórico de la actividad de la organización, a un conocimiento práctico. En segundo lugar, mejora la credibilidad del oficial de cumplimiento ante las áreas operativas no gerenciales, ya que al participar en terreno se manifiesta empatía con los colaboradores. En tercer lugar, mejora el análisis de la matriz de riesgo. Y, finalmente, genera una habilidad de ponderación del negocio en el oficial de cumplimiento que permitirá resolver en forma coherente con la realidad los requerimientos que surjan a través del canal de comunicación de la empresa, permitiendo mantener una visión preventiva, pero con un criterio de realidad.

Posteriormente, al conocer de cerca el proceso de gestación de los bienes o prestación del servicio, el diseñador del sistema de *compliance* deberá elaborar y proponer planes de contingencia para el caso de ocurrencia de las amenazas detectadas. En estos planes de contingencia: "...las organizaciones se deben preparar para amenazas (realistas). Entender no solo cuáles son los riesgos, sino que también cómo mitigarlos y cómo se va a actuar en caso de que la violación llegara a ocurrir" (Singh & Bussen, 2015, p. 47).

Con todo, es posible distinguir diversas clases de amenazas. Para Tricker: "Identificar amenazas que pueden significar un gran daño al negocio puede ser difícil. Aunque algunas amenazas pueden ser obvias y fáciles de protegerse de ellas, otros riesgos pueden ser más difíciles de reconocer. A menos que hayan ocurrido con anterioridad, la organización no tendrá experiencia previa, más aún, otras compañías tienden a esconder las malas noticias, aumentando por lo tanto la subestimación de los riesgos potenciales" (Tricker, 2009, p. 337).

Se requiere que en este proceso el análisis se realice desde una perspectiva completa, considerando aspectos externos e internos, estudiando a la organización como una integralidad, "... todas las divisiones, las cuentas mayores, e incluso el departamento de *compliance*, así como los competidores, terceras partes, y la legislación nacional y estatal. Los puntos de referencia deben ser usados en un esfuerzo para entender la similitud de una violación y la seriedad de la violación si ocurriera" (Singh & Bussen, 2015, p. 47).

Aun cuando para Martínez & Sáez, la importancia de la evaluación de riesgos es mayor en las grandes corporaciones, también corresponde a un aspecto crítico en empresas de menor tamaño, ya que una adecuada gestión de riesgos puede hacer una diferencia relevante en el resultado del ejercicio, como lo expresan al indicar: "El 'risk assessment' o evaluación de riesgos se configura así como elemento clave de la gestión empresarial más propio de las grandes corporaciones pero lo cierto y verdad es que los mapas de riesgos son herramientas usadas cada vez con más frecuencia en la gestión de las empresas cuando éstas adquieren cierto tamaño" (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018). No es menos cierto que, en aquellas empresas medianas que están comenzando a desarrollar sus matrices de riesgo, existe la posibilidad de prevenir la adquisición de malas prácticas en el quehacer de la organización al incorporar procedimientos que miren las obligaciones éticas de la empresa desde el primer momento en su implementación.

Una de las formas de facilitar el proceso de adopción de la matriz de riesgos estará dado por la incorporación de la cultura organizacional como parte del proceso de diseño. De acuerdo a Singh y Bussen dirigiéndose a los consultores de *compliance*: "Familiarízate con la historia y las prácticas actuales de tu organización, la historia de tus empleados; y tu cultura organizacional" (Singh & Bussen, 2015, p. 47).

Una vez que se adaptan los criterios de la matriz a la cultura organizacional se orienta desde una perspectiva genérica de mercado a un análisis acotado de las operaciones de la organización. Al realizar esta adaptación la matriz de riesgos es instrumentalizada como un elemento integrante de la planificación estratégica, permitiendo proyectar el avance de la institución: "Esto te permite identificar las diferencias entre donde tus operaciones están actualmente y donde te gustaría que estuvieran en el futuro. Finalmente, toma tus análisis internos y úsalos como puntos de referencia frente a otras organizaciones que estén situadas de manera similar" (Singh & Bussen, 2015, p. 48).

Una vez que se han determinado las acciones deseadas en el quehacer de la organización, deben asignarse responsables en la gestión de cada uno de ellos, cubriéndolos cabalmente, considerando potenciales efectos de la ocurrencia de los riesgos y su gestión, documentando todo el proceso, ya que en dicha documentación se contiene la guía para la gestión de los riesgos, incluyendo los potenciales resultados para cada una de las situaciones analizadas (Tricker, 2009).

En el análisis, diseño e implementación del mapa de riesgos se deben analizar varios aspectos: 1. La historia y práctica de la organización. 2. Cultura y ética. 3. Industria y comparación de pares. 4. Esquema de riesgo. 5. Plan de acción (Singh & Bussen, 2015, p. 48).

a) Historia y práctica de la organización

El reconocimiento de la historia de la organización implica identificar aquellos comportamientos adquiridos en el tiempo por los colaboradores y que integran la cultura organizacional.

Este conocimiento facilitará identificar riesgos particulares de la institución que no surgen necesariamente por el mercado en el que se desenvuelven, sino que por las reacciones que emanan de cada uno de los colaboradores como forma instintiva de resolución de problemas. Por ejemplo, en una empresa con alta rotación de personal, aquellos que se vean involucrados en un problema tenderán a ocultarlo en la medida de lo posible por miedo a perder su trabajo.

Su importancia radica en que estas reacciones construyen comportamientos con los que los miembros de la organización actuarán en cada uno de los riesgos a los que se vean enfrentados en su quehacer.

b) Cultura y ética

La evaluación ética del comportamiento de los colaboradores es un hito en sí mismo, ya que sus actuaciones pueden afectar directamente la reputación de la compañía, por tanto, deberá considerarse al código de ética como parte integrante del sistema de *compliance*, atendido que, si bien no se basa en una obligación legal, al gestarse en forma voluntaria por la empresa es igualmente vinculante en su cumplimiento.

Para Singh y Bussen: "...la evaluación de los riesgos éticos es una de las últimas áreas desarrolladas dentro de la evaluación de riesgos, pero esto no es un área que deba ser ignorada. Como notamos anteriormente, lapsos en las éticas de negocio dañan relaciones y resultan en un desempeño financiero negativo. Por el contrario, actuar éticamente es crucial para el cumplimiento de objetivos estratégicos y financieros" (Singh & Bussen, 2015, p. 49).

Así, en el diseño de una matriz de riesgos no basta con la revisión de las normas aplicables a la empresa, sino que cómo dichas normas impactan en su estructura: "Por tanto, ha de analizarse toda la estructura organizativa, toda la delegación de facultades y todos los sistemas de supervisión que existan en la empresa para diseñar un eficaz sistema de gestión del riesgo de incumplimiento" (Carrau Criado, 2016).

c) Industria y comparación de pares

Este grupo de riesgos deben ser particularmente considerados ya que surgen del mercado relevante en el que la compañía desarrolla sus actividades comerciales: "Cada industria tiene su propia colección de riesgos. Para determinar los riesgos específicos que

cada industria enfrenta, la organización pregunta qué tipos de malas conductas ha habido en las noticias, en donde los competidores han estado en problemas, y ver las multas y sanciones impuestas a otros en la industria. Adicionalmente, las organizaciones deberían identificar la legislación que se aplica a su negocio, y determinar si hay alguna regulación significativa que afecte la industria" (Singh & Bussen, 2015, p. 50).

d) Esquema de riesgo

Finalmente, una vez identificados los riesgos corresponde realizar un esquema de riesgos, que implica priorizar cada uno de ellos, considerando las consecuencias previsibles de cualquier violación a los procedimientos de prevención.

e) Control

Como en cualquier procedimiento, su fuerza radicarán en la capacidad del administrador de controlar, a través del oficial de cumplimiento, la observancia de las medidas de prevención que se hayan incorporado dentro de la empresa.

La decisión de qué tipo de controles se establecen dependerá siempre de la dirección, atendidos los recursos disponibles y la proporcionalidad entre el impacto que se quiere evitar y el coste de establecerlos (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018).

La detección de los riesgos se deberá efectuar desde estas dos perspectivas personales de autoría directa. Por tanto, ha de analizarse toda la estructura organizativa, toda la delegación de facultades y todos los sistemas de supervisión que existan en la empresa para diseñar un eficaz sistema de gestión del riesgo de incumplimiento (Carrau Criado, 2016).

Esta detección será una detección activa, a realizar por el Oficial de Cumplimiento, una vez establecida la función, pues las organizaciones tienen vida propia y son cambiantes en su estructura, por lo que una de las tareas del Oficial de Cumplimiento será el permanente análisis de las consecuencias que para la gestión del Riesgo de Cumplimiento se derivan de los cambios en la organización (Carrau Criado, 2016).

f) Plan de acción

Una vez que se ha diseñado la matriz de riesgos se deben puntuar cada una de las eventualidades consideradas para poder determinar un plan de acción con base en dichos puntajes, porque permitirán establecer en forma objetiva una priorización para el trabajo del oficial de cumplimiento.

Se propone que los oficiales de cumplimiento reporten directamente a los líderes de las compañías al menos una vez al año, dentro de la normativa chilena se exige que esta

información se realice en forma trimestral, para discutir la evaluación de riesgos, desarrollar un plan de acción y asignar los recursos necesarios para su adecuado diligenciamiento.

Para parte de la doctrina, estos planes de riesgo pueden reducir costos en seguros, para Tricker esta conclusión no es necesariamente acertada, pero podría evitar la imposición de multas por el regulador (Tricker, 2009), y, sobre todo, evitar daño reputacional.

E. HERRAMIENTAS PARA LA GENERACIÓN DE LOS MAPAS DE RIESGOS

Con todo, la gestación de mapas de riesgo es una labor que se realiza mediante la aplicación de metodologías cuantitativas y cualitativas como cuestionarios, mapeo mental, programas de software y entrevistas a colaboradores claves.

En primer lugar, se estila el uso de un cuestionario especialmente diseñado para la identificación de riesgos dentro de las actividades propias de la organización, su utilidad dependerá directamente del número de miembros de la empresa que participan en esta parte de la consulta, de acuerdo a Tricker: "Si este acercamiento se usa a través de toda la organización, la percepción del riesgo se puede generar en cada parte de la organización y en cada nivel. Un beneficio de este acercamiento, es la estandarización de las respuestas a través de la organización" (Tricker, 2009, p. 338).

El uso de un cuestionario permite la objetivación de las respuestas, analizando a los trabajadores por grupos, permitiendo visualizar intencionadamente sus reacciones ante diversas clases de riesgo, todos aspectos que permiten mejorar notablemente la capacidad predictiva de la matriz de riesgos.

En segundo lugar, se considera el mapeo mental, que se realiza mediante la elaboración de: "un acercamiento visual para reconocer los factores de riesgo, trazando sus interrelaciones, y luego derivando las posibles implicancias" (Tricker, 2009, p. 338). Mediante la creación de este mapa, se puede visualizar con claridad el nivel de riesgo de la compañía en comparación con otros tipos de empresa, industria, locaciones, competidores, etc.

En tercer lugar, se ha incorporado el uso de programas de software para la solución y análisis de riesgos, ya que pueden predecir ciertos casos de potencial ocurrencia, pudiendo relacionarse con sistemas de gestión de siniestros.

Finalmente, se utilizan entrevistas a colaboradores clave, mediante las cuales se podrá levantar aquellas problemáticas propias de la organización, que no corresponden a riesgos estándar de la industria, sino que surgen de la forma de toma de decisiones o de la aplicación de dichas instrucciones al interior de la compañía.

F. PROCESO DE ANÁLISIS DE RIESGOS

El proceso de análisis de riesgos se conforma por cinco pasos (Tricker, 2009, p. 335):

1) *Reconocimiento del riesgo*. Corresponde al proceso de identificación de siniestros que eventualmente podrían ocurrir dentro de los procesos de la organización.

Para facilitar la identificación de los riesgos se suelen realizar talleres internos y seminarios que permiten a los directivos identificar como grupo aquellas temáticas que afectan su gestión (Tricker, 2009, p. 337), se recomienda la realización de estos talleres por expertos externos, ya que entregan una visión independiente sobre los riesgos detectados y sus potenciales soluciones.

2) *Valoración del riesgo*. Implica la determinación de la gravedad del riesgo identificado para la empresa en caso de ocurrencia.

3) *Evaluación del riesgo*. Corresponderá al análisis pormenorizado de todos los aspectos propios del riesgo identificado.

Desde una perspectiva práctica, "...de cara a la exigencia de responsabilidades, resulta fundamental analizar cómo cada organización documenta su posición respecto de cada uno de esos riesgos, como parte del proceso de gestión de los mismos, contando siempre con el pertinente nivel de autorización" (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018).

4) *Políticas de gestión del riesgo*. Las políticas de gestión son directrices sancionadas por los órganos de la administración de la empresa para prevenir y minimizar la ocurrencia de los riesgos previamente identificados.

5) *Monitoreo del riesgo*. Finalmente, el monitoreo del riesgo implica el trabajo de control de cumplimiento de las políticas, como asimismo de su evaluación constante, la que será realizada por el oficial de cumplimiento de la organización.

Una vez que se encuentran claramente identificados los riesgos, la compañía deberá determinar cuáles de ellos deben ser abordados mediante la contratación de seguros, que permitan el traspaso del riesgo de la ocurrencia de un siniestro a un tercero, como es usual en materia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, sin embargo, en otros casos, como colusión empresarial, abuso de información privilegiada, manipulación de precios de mercado, considerando el número de actores que tienen el poder para afectar a la compañía mediante su ejecución, versus el costo de un seguro que traspase las potenciales multas en dichos casos, sin siquiera considerar el hecho de que existiría objeto ilícito en el traspaso del riesgo de un delito, resultaría más aconsejable proponer en los procedimientos de *compliance* mejores mecanismos de control interno que desincentiven la ocurrencia de dichas conductas.

Así, siguiendo a Martínez & Sáez, "Si no hay manera de evitar los riesgos y si éstos no se pueden transferir, no queda otra que establecer actividades de control que, entre las muchas clasificaciones existentes, se pueden dividir entre 'preventivas' (diseñadas para evitar que se produzca la conducta o el hecho prohibido) y 'detectivas' (diseñadas para actuar *a posteriori*, una vez que ha fallado el control preventivo y se considera que se está a tiempo de aplicar algún tipo de corrección)" (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018).

Con todo, es necesario considerar que el trabajo de la creación de la matriz de riesgos corresponde a un desafío constante, ya que "...el mapa de riesgos debe ser un documento vivo, está constituido por una relación de los delitos que resultan imputables a las personas jurídicas, si hablamos de un mapa de riesgos penales, o por una relación de las infracciones que se pueden cometer en cada una de las actividades, si diseñamos un *compliance general*" (Carrau Criado, 2016).

Es necesario considerar, para la determinación de los controles internos y/o externos que resulten adecuados para la organización, la forma en que tradicionalmente la empresa ha definido criterios para la toma de estas decisiones como asimismo "...los recursos disponibles y la proporcionalidad entre el impacto que se quiere evitar y el coste de establecerlos" (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018). Ya que esta es una decisión que no se encuentra libre de costos económicos, debiendo el asesor tener en consideración que su implementación no puede subir en forma desproporcionada los costos operacionales de la organización, en caso contrario los procedimientos propuestos se convertirán en letra muerta a poco andar.

En la misma línea de argumentación, para Carrau: "Una adecuada gestión del riesgo exige que, con periodicidad, a determinar según cada persona jurídica, se realice un análisis de los riesgos a los que ha estado expuesta la empresa en función del mapa de riesgos que se haya diseñado y también un análisis de la posible presencia de nuevos riesgos no puestos de manifiesto con anterioridad en el mapa de riesgos. Esta tarea, que debe ser realizada por el Oficial de Cumplimiento, servirá tanto para preparar los informes de gestión de riesgos de cumplimiento a presentar a los órganos de Administración, como para poder actualizar mapas y manuales. Se trata por tanto de un informe escrito en el que se pormenoriza cada uno de los riesgos que se detallaron en el manual inicial; se refiere a las ocasiones en las que efectivamente se ha presentado el riesgo, si así hubiese sucedido, y se mencionan nuevos riesgos que se hayan detectado" (Carrau Criado, 2016). Es por ello que el análisis de los riesgos es un proceso en constante actualización, no solo porque los riesgos que se han detectado al inicio van modificándose, sino que también por la constante creación de nuevos riesgos que surgen con la misma velocidad con que el mundo empresarial va avanzando de la mano de los cambios tecnológicos y sociales. Ahora bien, esta actualización constante supone inversión de tiempo y horas de trabajo, pero que ejecutadas de acuerdo a un procedimiento eficiente no debieran suponer altos costos a la hora de su realización.

G. DIRECTORIO Y MANEJO DE RIESGOS

Partiendo de la base de que el directorio es el órgano de administración de una compañía por esencia, será parte de sus obligaciones propias el establecimiento de las estrategias y políticas de la empresa, dentro de ellas destacan aquellas que corresponden al programa de gestión de riesgos.

Es por esto que la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas exige un monitoreo directo del directorio de las sociedades anónimas en forma trimestral, para establecer las políticas de prevención del delito y el seguimiento a los planes de acción acordados por el directorio.

Por tanto, es importante considerar la visión de riesgo de cada uno de sus miembros a la hora de proponer un plan de acción, ya que: "Todo directorio desarrolla un perfil único de riesgo y establece la tolerancia al mismo de acuerdo a la mayor o menor aversión al riesgo que los directores tengan" (Tricker, 2009, p. 343).

De tal manera, la priorización de los riesgos se deberá realizar mediante la ponderación de dos criterios, el monto de la pérdida y la probabilidad de ocurrencia. Siendo más razonable el priorizar un riesgo de menor costo, pero con mayores posibilidades de ocurrir, que un riesgo de alta pérdida potencial, pero una probabilidad de ocurrencia baja.

Sin embargo, si bien muchas compañías cuentan con sistemas de gestión de riesgo, es importante revisar la coherencia y sistematicidad del plan de manejo, ya que no es extraño que se hayan levantado en forma fragmentada, lo que afecta su eficacia.

Para evitar este problema Tricker propone la centralización sobre la información y manejo de riesgos al indicar: "Estos sistemas de manejos de riesgos empresariales (ERMS) proveen constantemente información para efectos de que la administración tome decisiones ejecutivas y para que el directorio realice sus labores de monitoreo y supervisión" (Tricker, 2009, p. 342).

Cuando se determinan las políticas de riesgo de una empresa, el directorio puede tomar cuatro actitudes: 1. Evitar el riesgo. 2. Mitigar el riesgo. 3. Transferir el riesgo. 4. Mantener el riesgo (Tricker, 2009, p. 343).

En primer lugar, está la opción de evitar el riesgo, lo que implicará la decisión de abandonar el proyecto antes que arriesgar la reputación y el patrimonio de la empresa en él.

En segundo lugar, la mitigación del riesgo implica la decisión de incurrir en gastos que permitan aminorar las potenciales consecuencias en caso de ocurrencia del siniestro.

En tercer lugar, transferir el riesgo lleva a la compañía a compartir la exposición al siniestro a otras entidades, tales como compañías de seguro o reaseguro.

Finalmente, existe la opción de mantener el riesgo, aceptando la probabilidad de ocurrencia del riesgo. Muchas compañías utilizan el establecimiento de un procedimiento de prevención del delito como preconstitución de prueba para estos casos, demostrando haber actuado con la diligencia debida.

H. OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

Todos aquellos riesgos que sean efectivamente identificados en el análisis desarrollado en el proceso de diseño de la matriz de riesgos, como, asimismo, los mecanismos de control que se hayan establecido en los procedimientos de implementación del *compliance*, dependerán directamente del trabajo realizado posteriormente por el oficial de cumplimiento.

Así, la detección temprana de nuevos riesgos o de modificación de los riesgos existentes en el tiempo serán obligación del oficial de cumplimiento, ya que este procedimiento corresponde a una detección activa, "a realizar por el Oficial de Cumplimiento, una vez establecida la función, pues las organizaciones tienen vida propia y son cambiantes en su estructura, por lo que una de las tareas del Oficial de Cumplimiento será el permanente análisis de las consecuencias que para la gestión del Riesgo de Cumplimiento se derivan de los cambios en la organización" (Carrau Criado, 2016).

Por tanto, la doctrina reconoce al oficial de cumplimiento la función de cumplimiento del sistema, permitiéndole la supervigilancia sobre el resto de las unidades de la organización, por otra parte, el control de la labor del oficial debe ser realizada por el administrador de la organización: "La primera, es la propia del Oficial de Cumplimiento, la segunda, es la propia del Administrador, del Consejo de Administración o de una Comisión de Cumplimiento delegada del Consejo. En cualquier caso, lo que queda claro es que es necesario nombrar formalmente un responsable o responsables de la Función de Cumplimiento" (Carrau Criado, 2016).

De tal manera, el trabajo a desarrollar por el oficial surge con el diseño del programa de *compliance*, pero no se agota en su implementación, ya que será quien deba liderar el proceso de mejora continua dentro de la organización, levantando nuevas posibilidades de riesgo, como, asimismo, permitiendo una sofisticación paulatina del sistema, permitiendo a los colaboradores adaptarse a los cambios conductuales esperados por la administración sin generar un quiebre en la cultura organizacional.

Este punto es de suyo relevante, ya que, en caso de generarse un conflicto en la manera de realizar los cambios, los colaboradores podrán, consciente o inconscientemente,

sabotear el proceso de implementación de las políticas de cumplimiento al ignorarlas en sus actuaciones diarias.

I. SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL SISTEMA DE COMPLIANCE

La decisión de una empresa de someterse a un procedimiento voluntario de *compliance* implica la determinación por parte de la autoridad superior de la organización, la que opta por la incorporación de un procedimiento de esta naturaleza por varias razones:

En primer lugar, por la existencia de una norma legal que la obliga, sea la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas u otra norma específica que obligue a poner a disposición del público general, o de ciertos actores tales como sus accionistas o sus entes reguladores (en la medida que cuentan con facultades fiscalizadoras).

En segundo lugar, las organizaciones mismas optan por hacer aplicables estos procedimientos a transgresiones a la ética cometidos al interior de la organización.

Así, la decisión de hacer aplicable un procedimiento de investigación sobre las transgresiones a los procedimientos, protocolos, matrices de riesgo, etc., corresponde a la forma de implementar una solución estandarizada a potenciales problemas que han sido identificados como siniestros para la compañía.

Esta definición de comportamientos jurídicamente adecuados permite reducir la ocurrencia de hechos o actos identificados como riesgosos en este análisis. Y, en segundo plano, como un mecanismo para limitar la responsabilidad de la institución en potenciales indemnizaciones surgidas como paliativa a la reparación de un daño ocasionado como consecuencia de la actividad económica realizada por la empresa.

J. REGLAMENTO DE COMPLIANCE

Si bien no todos los autores del área plantean la necesidad de la redacción de un reglamento de *compliance*, resultan interesantes los planteamientos de Carrau: "Es necesario redactar el *Compliance* en un Reglamento, entre otros motivos, por cuanto la implantación de este sistema de gestión exige definir las funciones y responsabilidades que debe asumir cada uno de los intervinientes, definir las medidas de prevención de los riesgos, establecer un canal de información, regular la necesaria formación, y normativizar un procedimiento sancionador. El Reglamento de *Compliance* convierte así la declaración de intenciones en una parte más del funcionamiento normado de la persona jurídica" (Carrau Criado, 2016). Así, el Reglamento de *Compliance* se convierte en una hoja de ruta que unifica todos los elementos que se requieren para la implementación del sistema de autocuidado en la organización.

Con todo, este reglamento debe prepararse especialmente para la organización empresarial que regulará, ya que como explica Carrau: "Es muy importante que el Reglamento de *Compliance* no sea un modelo copiado de otras empresas. El Reglamento debe adecuarse a la particularidad de cada empresa, a su organigrama, a sus actividades, al modo en que éstas se ejecutan, a las delegaciones de funciones que en ella se hayan podido acordar e incluso a la cualificación de las personas que en cada puesto de la empresa tengamos. Por poner un ejemplo claro, el Reglamento será distinto en una empresa que cuenta con un Oficial de Cumplimiento cualificado profesionalmente de forma especial, frente a otra empresa en la que el Oficial de Cumplimiento sea una persona que, con una formación mínima en la materia, tiene que recurrir a asesoramiento externo para la ejecución de su tarea" (Carrau Criado, 2016).

Dentro del diseño de un reglamento de *compliance*, surge como elemento fundamental el conocimiento de la cultura organizacional, ya que la forma de gestión de riesgos deberá considerar la información recabada a través de las entrevistas y cuestionarios, reconociendo aquellos canales que han probado ser exitosos en otras áreas afines, replicándolos o unificándolos en la medida de lo posible, para incorporar el sistema de cumplimiento dentro de las prácticas comunes de la organización.

Parte de una implementación exitosa de cualquier reglamentación nueva en una organización, pasa por la capacidad de la administración de no generar quiebres innecesarios en el comportamiento de los colaboradores, incorporando cambios paulatinos de conducta, que se incorporen orgánicamente en la empresa.

K. CANAL DE DENUNCIAS

Otro aspecto clave dentro de la implementación del *compliance* está dado por el establecimiento de un adecuado canal de denuncias, para Puyol: "La creación de un Canal de Denuncias no es obstáculo para que las empresas puedan establecer o articular otros mecanismos adecuados, de conformidad a su organización interna, su cultura de cumplimiento o el sistema de gobierno corporativo que considere oportuno crear, con el objeto de permitir la comunicación interna de conductas o actuaciones de carácter irregular de toda índole que tengan una potencial trascendencia para la organización, especialmente las de naturaleza financiera y contable, de modo que la propia empresa tenga un conocimiento puntual de ellas, y pueda aplicar las medidas preventivas o reactivas que considere necesarias o convenientes en cada caso" (Puyol, 2017).

De tal manera, este canal deberá basarse en los principios de objetividad, reacción, opinión y prevención antes indicados como inspiradores para todo el sistema de cumplimiento.

Por tanto, en la aplicación de éstos a la realidad del canal de *compliance* se debe reconocer que: "...cada día más tiende a convertirse en un Canal de consultas donde los

empleados y trabajadores pueden consultar con la empresa las inquietudes de tipo ético, que incidan en la realización cotidiana de sus funciones laborales y profesionales dentro del ámbito de la empresa, permitiendo, en definitiva a todos ellos, que formulen aquellas cuestiones o preguntas que tengan por objeto la posibilidad de buscar consejo o directrices, bien sea de forma anónima o personal, sobre el cumplimiento de los principios de actuación y normativas asociadas establecidas por la empresa" (Puyol, 2017). Por ende, desde una perspectiva integral, sería recomendable establecer un único canal para la recepción de consultas y reclamos, facilitando de esta forma la adopción de los colaboradores a un único procedimiento, en vez de exigirles discriminar el procedimiento adecuado a utilizar ante cada inquietud.

Con todo, este procedimiento de activación del canal de denuncias no corresponde al único esfuerzo que debe realizar la compañía para evitar el quebrantamiento del código de ética de la organización: "La denuncia de irregularidades se concibe como un mecanismo adicional de cumplimiento de los principios éticos de la compañía, que complementa otros medios de control interno y externo, como antes se anticipó, con otros medios o medidas, entre los que nos interesa destacar: el sometimiento a auditorías internas o externas que permitan evaluar de forma periódica, objetiva, documentada e independiente, el comportamiento ético dentro de las prácticas de las empresas" (Puyol, 2017).

Así, el canal de *compliance* va aumentando su aplicabilidad, englobando a múltiples situaciones de común ocurrencia al interior de la empresa que se canalizan a través de sus procedimientos.

De esta forma, reconociendo la importancia del canal de denuncias, es necesario que toda empresa, dentro de su propia cultura organizacional determine maneras para el incentivo de la utilización del canal de denuncias: "Con tal propósito, estos medios serían los siguientes: a) La imposición de deberes de denuncia, que se concretaría en el hecho de que cualquier persona que tuviera conocimiento de un hecho delictivo deberá denunciarlo ante las autoridades correspondientes. b) La promesa u ofrecimiento de recompensas de naturaleza económica. c) El ofrecimiento de protección" (Puyol, 2017). Es más, si bien la doctrina es uniforme en llamar a este centro de información como canal de denuncias, resulta mejor, para efectos de esta propuesta, el denominarlo canal de comunicaciones, ya que, al remover el carácter negativo de su denominación, facilita la decisión del colaborador de utilizarlo como un medio válido en la realización de sus funciones.

Para Puyol, dentro de los factores que se pueden considerar como favorables al potenciamiento del uso del canal de denuncia es posible distinguir su externalización, confidencialidad, seguridad, cumplimiento legal, global, abierto, multicanal, flexibilidad, agilidad e integralidad (Puyol, 2017).

a) Externalización del canal de comunicación

Para ciertos autores resulta recomendable que el canal de comunicación sea entregado a un ente externo e independiente de la organización empresarial, puesto que al no corresponder a un departamento de la empresa se previenen riesgos de filtración de información o pérdida de objetividad dentro del proceso de investigación, facilitando la independencia y confiabilidad del sistema.

Este punto es especialmente importante en empresas de menor tamaño que no están preparadas para asumir los costos financieros que implica el establecimiento de un departamento de prevención del delito o de *compliance*, dependiendo del modelo que se tiene en vista en el diseño realizado por la organización, ya que "las tareas del Oficial de Cumplimiento incluso se pueden externalizar, logrando importantes economías, pero debe haber alguien en la empresa, dentro de la misma, que asuma la responsabilidad aunque ésta sólo consista en supervisar los trabajos externalizados y tomar las decisiones finales de *Compliance*" (Carrau Criado, 2016).

b) Confidencialidad del canal de comunicación

Otro de los aspectos fundamentales dentro del canal de denuncias, se encuentra en la necesidad de la mantención de la confidencialidad de los denunciados y testigos en el proceso, en palabras de Puyol: "Tal como se ha dicho y reiterado anteriormente, el término anglosajón 'whistleblowing' hace referencia al sistema de denuncia interna de las empresas, que puede ser conceptualizado como el instrumento empresarial que permite la denuncia de comportamientos, acciones o hechos que puedan constituir violaciones tanto de normas internas de las compañías, como de las leyes normativas o códigos éticos que rigen su actividad" (Puyol, 2017).

Por confidencialidad se entiende que el responsable de la recepción de las denuncias entregadas a través del canal de comunicación se convierte en un ministro de fe, que viene a garantizar la confidencialidad de la identidad tanto de denunciados como de denunciados.

Con todo, en el marco de la legislación laboral existente en Chile, es complejo asegurar que la confidencialidad se mantenga realmente, ya que esta clase de denuncias pueden ser usadas como un elemento de negociación en caso de litigios laborales entre colaboradores y sus jefaturas.

Por tanto, dentro del procedimiento de *compliance* deberá solicitarse la suscripción de un compromiso, por el denunciante y el denunciado, que los obligue a mantener reserva de la existencia de la investigación, como, asimismo, de su contenido.

c) Seguridad del canal de comunicación

Cuando se indica que el canal de comunicación debe ser seguro, se espera que mantenga esa característica durante todo el proceso de investigación, desde la recepción inicial de antecedentes hasta la notificación de la medida que corresponda con relación a los antecedentes recabados.

Asimismo, según Puyol se busca la generación de una trazabilidad de aquellas etapas en las que se estructura la investigación a la que se da origen por medio de una denuncia.

d) Cumplimiento legal

Al establecer el cumplimiento legal del canal de comunicación se busca que se genere un diseño del canal de comunicación que mantenga irrestricto respeto a la normativa legal vigente.

e) Sistema global

Por sistema global se busca que esta vía de recepción de cualquier clase de denuncias, conflictos o problemas que se den dentro de la organización, sean éticos, de conducta, reglamentarios, aplicación de normas legales, procedimientos, políticas, entre otros.

f) Sistema abierto

Se espera que el sistema permita el ingreso a cualquier clase de usuarios que participen en la organización, sea dentro de ella, como es el caso de los colaboradores y accionistas, o fuera de ella, es decir, clientes, proveedores, entorno general, reguladores, aliados estratégicos, autoridades locales, entre otros.

g) Sistema multicanal

Cuando se expresa el concepto de sistema multicanal, se hace referencia a un sistema multiplataforma, pudiendo ingresarse las consultas a través de página web, correo electrónico, teléfono, generación de una aplicación para las comunicaciones de *compliance*, correspondencia regular, o cualquier otro que pruebe su idoneidad.

h) Flexibilidad del canal de comunicación

Se busca que el sistema se adapte con facilidad a los cambios de la organización en estados de necesidad, sean estos relacionados con la estructura o las actividades que desarrolla.

Por tanto, se debe intentar por los órganos superiores de administración dotar a la entidad de la capacidad de adaptación del sistema en la medida de su necesidad.

i) Agilidad del canal de comunicación

Asimismo, se espera que las respuestas que se vayan entregando por el oficial de cumplimiento a las inquietudes recibidas sean rápidas, a fin de contener la ansiedad de los actores en relación a los conflictos informados. Es importante recordar que la credibilidad del sistema depende de la eficacia con la que sea percibido por los actores involucrados.

j) Integralidad del canal de comunicación

Se espera que el sistema permita hacer frente a todos los procesos de la organización, dando cobertura a todo su quehacer, con un protocolo claro, que permita a quienes participen en una investigación asociada a este punto, conocer los pasos que necesariamente deberán seguirse en éste, considerando el principio del debido proceso, es decir, que todos aquellos que sean involucrados en el proceso puedan ser oídos.

La implementación de un procedimiento de *compliance* dentro de una organización no se genera por una orden desde la administración de la empresa, sino que debe ir permeando en cada uno de los departamentos de la empresa, de tal manera que se incorpore como parte integrante de la cultura organizacional reconociéndola como una de las prioridades dentro del trabajo de la empresa (Steinberg, 2011, p. 30). Para lograr este objetivo resulta trascendental que el trabajo del oficial de cumplimiento no se centre sólo en los grupos directivos de la organización, sino que incluya dinámicas de comunicación efectiva con las distintas áreas y jerarquías al interior de la organización, por distintas razones:

- a) Validará su trabajo con las diversas áreas.
- b) Comprenderá la implementación de los procesos en terreno, permitiéndole un análisis preciso de los riesgos de la organización.
- c) Establecerá canales informales de comunicación, que le permitirán recabar información respecto de conflictos éticos que se estén dando en las diversas esferas de la empresa.

Se debe considerar en este proceso que la generación de reputación no es posible de lograr, sin una comunicación directa con los actores, por tanto, la validación del rol del oficial de cumplimiento estará directamente relacionada con la cercanía que se realice por los diversos miembros de la organización respecto del sistema integral de cumplimiento.

L. PUBLICIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPLIANCE

La información que puede ser desclasificada al público por parte de las empresas, puede ser catalogadas en financiera y no financiera, obligando a las compañías a publicar datos verificables de sus operaciones al público, las que pueden versar sobre aspectos financieros, ambientales, adquisiciones de acciones, salud, seguridad entre otros (Fasterling, 2012).

Fasterling plantea que los regímenes de publicidad del *compliance* pueden a su vez dividirse entre aquellos que obligan a ciertas compañías inscritas en ciertos registros a declarar actividades de *compliance* con un código de gobernanza basado en su autorregulación, explicando cualquier actividad que se encuentre fuera de los estándares fijados por dicho código, como es el caso de la Unión Europea, o, por el contrario, seguir la lógica estadounidense, utilizando esta normativa para establecer la obligatoriedad de auditorías de expertos en los directores de sociedades anónimas o el establecimiento de códigos de ética que regulen las actuaciones de sus miembros (Fasterling, 2012).

En ciertas instituciones se opta por incorporar la evaluación de los riesgos corporativos por comités de auditoría, quienes están dotados por el reglamento interno de las organizaciones para determinar la propuesta de publicidad. En otros casos se ha determinado la creación de un comité de evaluación de riesgos, en forma independiente a la junta (Tricker, 2009). En el caso chileno esta responsabilidad recae en el directorio de la organización, debido a que, en su calidad de ente administrador por esencia de la entidad, es quien debe determinar la política de *compliance* de la organización, como, asimismo, el seguimiento trimestral de la implementación de dicha política.

II. Algunas consideraciones acerca de la Responsabilidad de las Personas Jurídicas y de los Agentes que las dirigen.

A. ANTECEDENTES GENERALES

Durante la última década, se ha generado un movimiento importante de cuestionamiento sobre la utilización de personas jurídicas más allá de los fines para los que fueron creadas por el legislador, por medio de dos mecanismos diversos. En primer lugar, a fin de evadir responsabilidades pecuniarias de las obligaciones asumidas por dichas entidades, y, en segundo lugar, para diluir la responsabilidad de los agentes que forman parte de éstas en injustos de carácter criminal.

Si bien es cierto la creación de las personas jurídicas obedece a la necesidad de la radicación de las consecuencias de ciertos actos jurídicos en una entidad distinta de las personas que la componen, en virtud de la buena fe del mercado, y de los abusos

generados por ciertos individuos al alero de esta figura, "las cortes norteamericanas han establecido múltiples circunstancias en las que los socios deben responder por obligaciones que originariamente le correspondían a la sociedad. Los interesantes desarrollos jurisprudenciales sobre la desestimación de la personificación jurídica de la sociedad (*'Piercing the corporate veil'*) y la postergación de créditos en situaciones concursales (*'equitative subordination'* o *'deep rock doctrine'*) son algunas de las principales defensas con las que cuentan los acreedores de una compañía cuando sus administradores o asociados han actuado en fraude de terceros" (Reyes Villamizar, 1999, p. 173).

Además, resulta interesante considerar que por la forma de organización que han adoptado las empresas modernas, en muchas ocasiones resulta imposible que sus directivos se den cuenta de la generación de injustos a través del comportamiento de las entidades, debido a que las respuestas dañosas de la organización tienen su base en decisiones menores, que con el paso de los años la sociología de las organizaciones ha sindicado como respuestas naturales de la entidad para la resolución de problemas, sin un cuestionamiento consciente de los distintos departamentos de la persona jurídica que participan en la generación de dicho resultado injusto. Del razonamiento anterior, resulta razonable el buscar mecanismos a través de la legislación especializada que permitan asumir la responsabilidad del colectivo organizacional, incluso delimitando nuevos injustos, para la protección de la comunidad y de la parte más débil de la relación contractual en estos casos.

Si bien es cierto que en la historia se han dado de manera espontánea casos en los cuales los empresarios han conocido un rol más activo en sus comunidades, como Henry Ford, quien, en 1919, indica, a propósito del juicio seguido en su contra por los hermanos Dodge, a raíz de su negativa como controlador de la empresa Ford Motors de repartir dividendos a todos los accionistas de la empresa, priorizando la ampliación de las fábricas, para realizar mayores contrataciones y obstinarse en la mantención del precio de los automóviles en montos accesibles para el público en general, al decir: "Mi ambición, es seguir generando empleo, distribuir los beneficios de mi sistema industrial al mayor número de personas posible, ayudar a mis trabajadores a construir sus vidas y sus hogares. Y para lograrlo he decidido reinvertir la mayor parte de nuestras utilidades de vuelta a la compañía" (Klein, Ramseyes, & Bainbridge, 2012, p. 276).

Un planteamiento de este tenor no es usual dentro de las empresas, muy por el contrario, la tendencia internacional ha sido la búsqueda de fórmulas para delimitar las responsabilidades de las empresas y, en la medida de lo posible, configurar nuevas y sofisticadas formas de determinación de su responsabilidad. De tal manera, dependiendo del ilícito a considerar, podemos encontrarnos con variadas soluciones entregadas por el derecho para la búsqueda de la aplicación de normas que hagan efectiva la responsabilidad de los agentes tanto civil como penalmente en caso de la

instrumentalización de las organizaciones empresariales como herramientas para la gestación de ilícitos.

En derecho comparado, se ha gestado un movimiento doctrinario importante, tendiente a estructurar la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas, a fin de no limitar su responsabilidad en el caso de generarse resultados injustos a través de sus actuaciones: "Así, por ejemplo, los casos de daños ecológicos causados por la actividad de la sociedad o el pago de ciertos impuestos a su cargo se tratan en las leyes federales como obligaciones que lo asociados podrían asumir solidariamente. Asimismo, las diversas teorías sobre extensión de responsabilidad que han sido desarrolladas por las cortes estadounidenses han contribuido a conjurar los abusos relacionados con el manejo interno de las sociedades" (Reyes Villamizar, 1999, p. 164).

Con todo, resulta necesario reconocer la dificultad de la construcción de este tipo de doctrinas, lo cual ha justificado en el tiempo la aplicación de autorregulación empresarial como una técnica capaz de aumentar el estándar de conducta exigido por el Estado (Gómez-Jara Diez, 2006, p. 17), usando sus códigos de ética como herramientas de limitación a las actuaciones de la empresa, a través de la aplicación de la teoría de la responsabilidad social corporativa y de su sistema de *compliance*, obligando a las empresas a incorporar medidas de autocuidado respecto de sus trabajadores, y la comunidad en la cual están insertos, como obligaciones razonables impuestas por el entorno en el cual desenvuelven libremente su actividad empresarial.

Desde esta postura que sitúa a la autorregulación como fuente moderna del derecho mercantil, a través de la obligación del cuidado relativo a las consecuencias de sus actos en el entorno en el cual se desenvuelven, la doctrina penal pasa a construir ilícitos más sofisticados y complejos, siguiendo a Gómez-Jara: "La empresa pasa a ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico/penal orientada por el esquema de derechos/deberes" (Gómez-Jara Diez, 2006, p. 19).

En el caso del derecho chileno, podemos encontrar múltiples ejemplos del ejercicio de este tipo de sanciones dispersas a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, mediante la potencialidad de disolución de personas jurídicas por el abuso de las normas de limitación de la responsabilidad de los agentes que las componen, como por ejemplo el artículo 26 letra b) de la Ley N° 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la cual se indica que una de las medidas que puede imponer el Tribunal será el: "...ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior".

Otra situación en la que el legislador optó por la misma sanción puede ser encontrada en el caso de las acciones temerarias presentadas por Asociaciones de Consumidores, de acuerdo al artículo 9º inciso final de la Ley N° 19.496, en el cual indica que:

"La infracción grave y reiterada de las normas contenidas en el presente artículo será sancionada con la cancelación de la personalidad jurídica de la organización, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles en que incurran quienes la cometan".

Finalmente, y solo a modo de ejemplo, es posible indicar lo prescrito por el artículo 559 del Código Civil, en lo referente a las corporaciones, al señalar que:

"Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia. Pero pueden ser disueltas por ella, o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución".

Este tipo de soluciones jurídicas son denominadas en el derecho anglosajón como "la doctrina del *ultra vires*", mediante la cual se procede a la cancelación de la personalidad jurídica de una entidad por ser utilizada para un injusto; con todo, es de muy rara aplicación práctica, en virtud de su severidad.

De acuerdo con las nuevas tendencias aplicables a la administración de empresas, a través de la incorporación de políticas de responsabilidad social corporativa, exacerbadas por la implementación de políticas de *compliance*, articuladas como un sistema coherente que dicta el comportamiento de la organización, se plantea que las empresas deben cumplir con un deber de autocuidado que implica evitar consecuencias perniciosas de sus actuaciones que afecten a terceros, con mayor razón deben ser consideradas responsables por ilícitos e injustos que se realicen en su beneficio.

Es más, dentro de la jurisprudencia norteamericana se han considerado admisibles a tramitación demandas en contra de empresas por incumplimiento de normas de derecho internacional: "En Unocal, esta compañía fue considerada como soporte de un régimen antidemocrático por haber pagado servicios de seguridad de un gobierno militar para desarrollar en mejor medida sus operaciones petroleras, con el conocimiento de que dichas fuerzas militares probablemente cometerían violaciones a la ley internacional para cumplir con este mandato. En Wiwa, los demandantes alegaron que los demandados dirigieron y apoyaron a las fuerzas de seguridad gubernamentales en violación de los derechos de los demandantes proveyendo de soporte logístico, transporte y armas para las fuerzas de seguridad del gobierno a fin de asegurar que las actividades de la corporación pudieran mantenerse dentro de los estándares normales de la misma" (Vagts, Dodge, & Hongju Koh, 2009, p. 213).

Es así como en el derecho comparado se han generado una serie de doctrinas y teorías para asegurar la responsabilidad societaria amplia, tanto desde el punto de vista civil,

vulnerando la limitación de responsabilidad propia de las personas jurídicas, en caso de fraude o inequidad evidente.

Por otra parte, la doctrina del *management* empresarial se orienta a seguir la autorresponsabilidad de la empresa, como entidad que se autodenomina y aplica mecanismos de autocontrol (Limone & Bastías, 2002). La doctrina española, y recientemente el caso chileno, tras la dictación de la Ley N° 20.393, de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, sigue la visión de la heterorresponsabilidad, la cual corresponde en palabras de Gómez-Jara a: "una verdadera responsabilidad penal empresarial no fundamentada en la imputación de ciertas actuaciones de personas físicas, sino que en la organización de la propia empresa" (Gómez-Jara Diez, 2006, p. 3), generando vías de imputación efectivas a través de la aplicación de tipos criminales a la organización misma por hechos de sus agentes.

Al contrario de lo planteado por Mansdörfer, quien define que "...todas las prestaciones que se realizan mediante la unión de diversas personas en empresas o grupos estables, pueden verse como prestaciones individuales coordinadas por el mecanismo de mercado" (Mansdörfer, 2007, p. 7). Es difícil coincidir con el autor en este punto, ya que esta postura no se condice con la realidad de la empresa actual, en la que los actos de los individuos se separan del individuo mismo dentro de los procesos corporativos para dar origen a una actuación completamente distinta y nueva, más allá de los niveles superiores de la organización, que en determinado momento pierden el control sobre los actos de sus dependientes dentro de las instrucciones recibidas a través de los procesos de generación de decisiones propios de la empresa, reflejadas en los comportamientos manifestados por su cultura organizacional.

Aun cuando la doctrina comparada busca hacer extensiva la aplicación de esta construcción jurídica a injustos con resultados perniciosos en materia de accidentes del trabajo o injustos de carácter medioambiental, en el caso chileno, las situaciones antijurídicas en las que se puede buscar la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentran especialmente enumeradas por la Ley N° 20.393, como analizaremos más adelante en el Módulo correspondiente al análisis criminal del presente curso.

B. RESPONSABILIDAD CIVIL A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL "PIERCING THE CORPORATIVE VEIL"

Es así como en el Derecho anglosajón se ha logrado construir una doctrina denominada "*Piercing the corporative veil*", o "*la perforación del velo corporativo*", para lograr hacer efectiva la responsabilidad civil de ciertos agentes, que han utilizado a entidades o personas jurídicas para evadir sus obligaciones patrimoniales, como un elemento integrante de un injusto corporativo.

Incluso, se ha llegado a proponer por algunos adeptos extremistas a esta doctrina ir más allá de los dueños que han instrumentalizado la existencia de una persona jurídica con la finalidad de aprovechar de manera dolosa la limitación de responsabilidad que ésta otorga, hasta "...una extensión de responsabilidad para alcanzar también a los accionistas de las sociedades de capital, en especial en hipótesis de responsabilidad civil extracontractual" (Reyes Villamizar, 1999, p. 164). Aunque en nuestro país nos encontramos lejos de estas hipótesis extremas en materia de responsabilidad extensiva por incumplimientos en materia de derecho corporativo, no es menos cierto que a través de la incorporación de instituciones jurídicas construidas en Derecho Comparado, pudiéramos vernos enfrentados a la discusión de esta temática como una realidad actual dentro de la próxima década.

Con todo, la doctrina y jurisprudencia norteamericanas se encuentran divididas en lo referente al reconocimiento de las potenciales demandas de perjuicios resultantes de la responsabilidad civil extracontractual tras la aceptación por la Corte de la "perforación del velo corporativo", responsabilizando a los dueños de una empresa sobre perjuicios sufridos por terceros (Reyes Villamizar, 1999, p. 164).

Para poder alegar la pertinencia de la aplicación de la "perforación del velo corporativo" en los estándares de la Corte Suprema de los Estados Unidos, resulta necesario cumplir con las dos partes del test de aplicabilidad de esta doctrina. En primer lugar, la unidad de intereses con los dueños de la organización, lo que puede ser probado por la falta de cumplimiento de las formalidades corporativas, como reuniones de directorio o contabilidad separadas. Y, en segundo lugar, que las consecuencias de los actos realizados por la compañía impliquen un resultado injusto o inequitativo.

En opinión de Reyes Villamizar, las consecuencias de la aplicación de esta doctrina recaerían especialmente sobre el mercado de valores local, con especiales consecuencias "...como la disminución de la negociabilidad de las acciones de aquellas sociedades que fueren despojadas del referido beneficio. Hansmann y Kraakmann, en contraposición, estiman que tal mercado no se vería afectado de manera alguna en virtud de una legislación adecuada que eliminara la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital bajo ciertas hipótesis" (Reyes Villamizar, 1999, p. 165).

Pero la aplicación de esta doctrina no implica el desconocimiento de la diferenciación entre la persona jurídica y las personas que la componen, sino que viene a paliar las consecuencias del injusto del aprovechamiento malicioso de dicha separación. "La sociedad, como ente jurídico distinto de los asociados individualmente considerados, no desaparece, ni sus atributos se pierden. El único efecto de la aplicación de esta excepción judicial consiste en la extensión de la responsabilidad para aquellos respecto de quienes el juez lo decida" (Reyes Villamizar, 1999, p. 174). Es así como la intervención jurisprudencial evita la perpetración del injusto en el tiempo, mediante una interpretación más amplia de las normas de responsabilidad civil extracontractual,

extendiendo las obligaciones de un contrato a quien, si bien no ha contratado, ha aprovechado injustamente los beneficios de dicha convención.

Con todo, esta no es una situación extraña en el derecho nacional, ya que resguardos como éstos se han establecido a propósito de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, en el artículo 12 de la Ley N° 19.857, donde se establecen cuatro hipótesis claras en las que el titular de dicha organización responderá directamente en forma ilimitada con su patrimonio personal en los siguientes casos: 1. Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos. 2. Por los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos. 3. Si la empresa celebrare actos y contratos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de ello no se siga perjuicio inmediato. 4. Si el titular percibiere rentas de la empresa que no guarden relación con la importancia de su giro, o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir, o 5. Si el titular, los administradores o representantes legales hubieren sido condenados por los delitos concursales regulados en el Párrafo 7 del Título IX del Libro II del Código Penal.

En general, lo que busca la norma en este artículo es una protección de defraudación a los acreedores de la empresa individual de responsabilidad limitada en caso de movimientos ilícitos de bienes con la intención de distraer bienes o, al menos, de una mala administración del dueño de la organización en perjuicio del cumplimiento de las deudas de la persona jurídica, incorporando alternativas de alzamiento del velo corporativo dentro de la misma sociedad.

Por otra parte, al estudiar la jurisprudencia corporativa norteamericana, encontramos múltiples casos en los cuales incluso se han revertido decisiones tomadas por el directorio de una corporación, bajo el criterio del daño generado con dicha decisión a terceros, más allá de esta teoría, como por ejemplo *Unocal vs. Mesa (Unocal Corp. vs. Mesa Petroleum Co., 493 A. 2d 946 (Del. Supr. 1985), 745, 791)*, donde se ha resuelto incorporando criterios éticos a la interpretación jurisdiccional.

Tal es la situación que se dio respecto del intento de toma de control realizado por la empresa "Mesa Petroleum", por la compañía "Unocal", que desencadenó un pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos, estableciendo como requisitos para la legalidad de la implementación de medidas de defensa contra una toma de control hostil, un chequeo de dos puntos. En primer lugar, si la acción realizada por el competidor constituye efectivamente una amenaza a la compra. Y, en segundo lugar, la revisión de la proporcionalidad de la respuesta de la compañía respecto de la amenaza. Como elementos decisivos sobre si la decisión tomada por el directorio debía ser respetada o anulada por la Corte en virtud de los parámetros éticos que fundaron dicha decisión empresarial, permitiendo a la judicatura calificar la intencionalidad de la administración

en su toma de decisiones como un elemento que puede afectar la validez de sus actuaciones.

C. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE UNA PERSPECTIVA COMERCIAL

Por otra parte, siguiendo la doctrina alemana, en ciertos casos excepcionales nuestra legislación ha aceptado la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se revisará en detalle en el capítulo correspondiente de este curso.

Se entiende también que dentro de las actuaciones propias de toda organización, las responsabilidades se diluyen en las actuaciones diarias de las compañías, dando origen a una suerte de irresponsabilidad penal organizada, que para Feijoo se da través de las diferencias de la imputación individual versus la colectiva a que da origen el actuar organizado de las personas jurídicas dentro de su quehacer empresarial "como la tradicional imputación individualizada que ha venido protagonizando la imputación jurídico-penal encuentra serias dificultades ante lesiones de bienes jurídicos que tienen su origen en ciertas organizaciones humanas o configuraciones organizativas propias de las empresas modernas con división —horizontal y vertical— y descentralización de funciones y tareas" (Feijoo Sánchez, julio 2007, p. 4).

En definitiva, al dividirse las tareas, se produce un fenómeno lógico de la racionalización del trabajo, como ha sido estudiado por las ciencias económicas y del *management* organizacional. Pero con consecuencias complejas para la aplicación de las doctrinas clásicas de la imputación penal, dado que la división en las acciones genera dos efectos, al menos, que obligan a modificar la interpretación clásica en estos ilícitos.

En primer lugar, no se puede exigir la actuación consciente del dependiente de la organización que actúa dentro de parámetros preestablecidos por procedimientos basados en la racionalización del trabajo (Feijoo Sánchez, julio 2007, p. 3).

Y, en segundo lugar, lo que es quizás aún más complejo, el buscar un solo responsable de los resultados injustos resulta cercano a lo imposible, considerando que cada unidad participante en el desarrollo de la actividad económica aporta al mismo dentro de la esfera de sus competencias, dadas por la división de funciones de la organización.

Por tanto, en muchas ocasiones, aun cuando el individuo actúe con un deber de cuidado razonable, dentro de su autorresponsabilidad, las consecuencias injustas pudieran realizarse de todas formas, como consecuencia del actuar del colectivo organizacional (Mansdörfer, 2007, p. 9).

En la búsqueda de responsables dentro de la organización, la primera mirada se suele dar en forma natural hacia los directivos de la persona jurídica, como responsables de sus

decisiones, pero, como ya se ha indicado con anterioridad, la generación de procesos autónomos hace cada vez más difícil el defender esta postura jerarquizada autocrítica en la empresa moderna. Hoy resulta relevante el estudiar con detención la amplitud de los mandatos de gerentes de área y dependientes, más que las instrucciones genéricas entregadas por los directivos de una gran corporación, con especial énfasis en el cumplimiento de los protocolos internos de funcionamiento como elemento decisor en materia de competencia y responsabilidad. En palabras de Gómez-Jara: "En consecuencia, resulta totalmente inadecuado concebir a las organizaciones como las administraciones de ejecución de una voluntad del poder central: la memoria del sistema controla todos los impulsos volitivos y trabaja con el mecanismo de la inhibición/deshinhibición" (Gómez-Jara Diez, 2006, p. 10).

Por otra parte, no debemos caer en la trampa de buscar a los responsables dentro de los dependientes ubicados jerárquicamente en un nivel inferior (Feijoo Sánchez, julio 2007, p. 1), sino que debemos buscar la sindicación de la responsabilidad del injusto dentro de los miembros de la organización, pero con conciencia de los procesos propios automatizados dentro de la misma.

Lo anterior en caso alguno limita la responsabilidad individual de cada uno de los agentes intervinientes en el caso punible, sino que limita su poder de actuación y decisión, obligando al intérprete a realizar un análisis sistemático basado en una relación de causalidad de los hechos para adjudicar el nivel de responsabilidad adecuado a cada uno de los actores involucrados.

En nuestra opinión, esta limitación se encuentra dada por la amplitud del mandato con el que obra el agente, en la medida de que sea o no suficiente para obligar (en la esfera de sus atribuciones) a la persona jurídica en la cual se desempeña, y, por otra parte, el nivel de información con la que cuenta el agente en análisis. La empresa, al ser un sistema social, está compuesta por comunicaciones, entre los individuos y departamentos que forman parte de ella. Por tanto, si es que el agente obró dentro de las actuaciones propias de su cargo, sin información particular respecto del hecho punible y desarrollando sus funciones propias, no debiera ser objeto de responsabilidad en el ilícito corporativo.

Si bien es cierto que en la doctrina penal moderna que atribuye responsabilidad a las personas jurídicas se ha planteado que no es sencillo el identificar a un responsable específico dentro de la organización, debido a que los ilícitos tienden a basarse en premisas de decisión, las cuales operan como respuestas automáticas dentro de la empresa ante ciertos conflictos, y, por tanto: "... no pueden ser imputadas a determinadas decisiones y no están orientadas a preparar o ejecutar determinadas decisiones. Por lo tanto, no se puede marcar como han surgido". En el caso chileno, y más específicamente en la aplicación de la Ley Nº 20.393, este no es el caso, dado que los ilícitos contenidos en la ley son de aquellos en los cuales el momento del surgimiento del injusto es claramente determinable en el tiempo por las características del mismo.

Debemos reconocer que: "Toda persona que actúa en un grupo domina focos de peligro que son, cada uno por sí mismo, adecuados para causar un resultado típico" (Mansdörfer, 2007, p. 14).

En el caso de los agentes indicados como capaces de generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, podrán, dentro de la esfera de las atribuciones que les otorga la ley, y dentro de los términos de su mandato, generar dicha responsabilidad. No resulta factible considerarlas en forma genérica, en los términos redactados por el legislador, pues sus esferas de competencia y ámbitos de aplicación dentro de la organización de la empresa son altamente diversas en cada uno de los casos planteados, es más, el legislador indica como generadores de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en ciertos casos, a agentes que no cuentan con las facultades de obligar a dicha entidad en respeto de las normas del derecho comercial.

Con todo, resulta razonable, en el entendido de que la ley en comento busca perseguir la responsabilidad penal de los agentes que indica, y no modificar las normas comerciales aplicables en lo referente a sus funciones. Pero no es menos cierto que, en algunos casos, la terminología planteada por nuestro legislador dista de la felicidad, ya que aplica la norma respecto de agentes que no sólo no cuentan con las facultades de participar en la administración de la empresa, sino que dichas actuaciones están prohibidas por la ley especial.

En virtud de lo anterior, resulta necesario revisar en detalle el caso de cada uno de los agentes cuyas actuaciones pueden generar responsabilidad de las personas jurídicas, en los términos del artículo tercero inciso primero de la Ley N° 20.393.

a) Dueños

Debemos entender que todo aquel que es propietario de acciones o de derechos sobre una determinada sociedad es considerado como dueño dentro de dicha entidad. Aun cuando la terminología utilizada por la ley es más bien coloquial que jurídica en este punto, entendiendo que la intención del legislador era la búsqueda de un nexo entre el agente y la persona jurídica, más que una influencia real respecto del agente en la misma. Resulta de suyo necesario precisar que no basta con ostentar propiedad sobre una empresa para poder intervenir en su dirección y administración, habrá que estarse a las facultades de administración y representación definidas en sus estatutos.

Con todo, las características de estos dueños variarán dependiendo del tipo de sociedad y de lo significativo de la propiedad ostentada por el agente.

Es así como en el caso de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, y en la empresa individual de responsabilidad limitada, efectivamente el dueño podrá participar de manera activa en la toma de decisiones de la organización.

En el caso de las sociedades anónimas y por acciones, la importancia de los postulados de un determinado accionista en la junta tendrá una relación directa con el monto de las acciones que ostente o represente en dicha oportunidad, como asimismo de sus preferencias o privilegios.

Y, finalmente, en las sociedades en comandita los socios comanditarios no podrán en caso alguno participar en la administración de las empresas, so pena de responder en las deudas sociales en los mismos términos que los socios gestores.

b) Controladores

En segundo lugar, la ley se refiere a los accionistas controladores de una sociedad anónima o por acciones. De acuerdo con el artículo 97 de la Ley N° 18.045, se considerará que es controlador de una sociedad anónima toda persona o grupo de personas que tenga un acuerdo de actuación conjunta, que le permita asegurar los votos en las juntas de accionistas, e influir decisivamente en la administración de la sociedad: artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores N° 18.045:

"Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

a) Asegurar la mayoría de votos en la junta de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador. En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor".

Sin embargo, en este caso la ley indica como agente responsable a quien no ostenta mandato alguno sobre la entidad. Si bien es cierto que el controlador podrá influir de manera fáctica en decisiones de la empresa, a través de los directores que haya elegido para liderarla, no es menos cierto que en nuestro país se ha sancionado a directores que olvidando sus deberes fiduciarios con la organización han antepuesto sus intereses propios y de los controladores a los intereses sociales.

Por tanto, el supuesto, si bien pudiera darse en la realidad, sólo resulta posible tras la transgresión consciente de la normativa relativa a las sociedades anónimas y al mercado

de valores, lo que de por sí implica un incumplimiento a las normas de *compliance* aplicables a la empresa.

c) Responsables

Al igual que en el caso de la letra a) del artículo en comento, el término "responsable", en mi opinión, es más bien coloquial que jurídico, dado que la norma no nos da indicios suficientes para determinar si es que estamos frente a responsabilidad contractual o extracontractual, como, asimismo, de cuáles serían los elementos necesarios para determinar las características básicas del agente al cual se refiere el legislador.

Con todo, entendiendo el término a través de la administración de empresas, podríamos entender como responsable a aquellos ejecutivos principales que estén llamados a ejercer deberes de control y vigilancia sobre los restantes miembros de la organización, generando responsabilidad relativa al aseguramiento de dicho deber de supervigilancia (Mansdörfer, 2007, p. 16).

Por tanto, es posible interpretar que la incorporación del término "responsables" en la nomenclatura de la ley sólo busca asegurar la incorporación de la conducta dentro de las consideradas típicas en virtud del sujeto que da origen a la misma, más que la consideración real de la terminología jurídica aplicable al caso, dado que todos los agentes que cuentan, de acuerdo a la normativa vigente, con mandato para obligar a la persona jurídica, dentro de la esfera de sus competencias, se encontraban previamente enumerados en el mismo artículo.

Finalmente, pudo haber sido el interés del legislador incorporar como potenciales responsables a los auxiliares independientes del comercio a través del vocablo responsable, aunque en mayor medida se trata de una tautología para facilitar la aplicación de la norma, sin importar la calidad jurídica del agente generador de la responsabilidad.

d) Ejecutivos principales

Por ejecutivos principales se ha entendido tradicionalmente a directores, gerentes generales y directivos de áreas, entendiendo por tales a quienes gozan de poder de decisión sobre ciertas materias dentro de la esfera de sus competencias.

Tradicionalmente se ha intentado defender la postura de que los directivos no resultan responsables por actos realizados mediante una delegación en sus dependientes, dado que la responsabilidad criminal siempre ha sido considerada como esencialmente personal, pero la responsabilidad de los deberes de los directivos no se extingue por la delegación, sino que muta en los deberes de control, supervisión y vigilancia (Feijoo Sánchez, julio 2007, p. 14). Lo anterior da origen a la responsabilidad penal por omisión de los directivos en los ilícitos generados por personas jurídicas.

En el caso de los primeros, sus obligaciones en estas materias se tienden a circunscribir por la doctrina al deber de cuidado. De acuerdo a Reyes Villamizar, es posible entender dicha obligación en los siguientes términos: "El director debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con aquellas" (Reyes Villamizar, 1999, p. 193).

Resulta importante indicar que la limitación que implica el deber de cuidado para los directores no es absoluta, sino que opera solo en casos en que "...no medie un acto fraudulento, ilegal o una situación que conduzca a un conflicto de intereses" (Reyes Villamizar, 1999, p. 193). Por tanto, la excepción no será aplicable en los casos planteados por la ley en comento.

El resto de los ejecutivos principales a que hace alusión el artículo se identifican con la noción de factores o gerentes en los términos del Código de Comercio, definidos por el artículo 237 inciso primero diciendo: "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" (art. 237, inc. 1º).

Siguiendo a Contreras en este punto, el factor puede ser considerado como: "un mandatario con facultades generales de administración" (Contreras Strauch, 2011, p. 181).

Pero aun cuando dichas facultades sean generales, no son en caso alguno ilimitadas, su limitación se encuentra en las características de la función desempeñada y del establecimiento de comercio en el cual ejerce sus funciones, no pudiendo exceder sus decisiones en lo que respecta al giro y costumbre mercantil.

En los términos del artículo 340 del Código de Comercio:

"Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiere, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere".

Dentro de las formalidades exigidas por el Código de Comercio, se encuentra la escritura pública del mismo, con todo, su ausencia no implica la nulidad del acto con respecto de terceros. "La escritura y la inscripción tienen por objeto permitir que los terceros se enteren de las limitaciones o modificaciones de las facultades de los factores, de modo que si no consta el cumplimiento de esta formalidad de publicidad, siendo el mandato nulo entre mandante y mandatario, no podrán alegarse —sin embargo— las limitaciones en contra de los terceros y el acto celebrado en virtud de este mandato obligará al mandante, si se ha ejecutado dentro de las facultades que la ley les confiere a

los mandatarios, aunque en el caso concreto de que se trate no las tenga" (Contreras Strauch, 2011, p. 182).

Con todo, las actuaciones realizadas fuera del mandato debidamente inscrito, no obligarán a la sociedad. A menos que nos encontremos frente a las hipótesis de ratificación del artículo 328 del Código de Comercio, en sus numerales 2, 3 y 4.

La responsabilidad fundamental de los administradores desde una perspectiva de *compliance* es el establecimiento de una política de cumplimiento. Esto consiste tanto en la declaración programática de esta intención, como en la posterior supervisión de lo que en la entidad se desarrolle en aplicación de dicha política y, por supuesto, en la consideración permanente de dichos criterios de cumplimiento a la hora de tomar cualquier decisión por el órgano de administración (Carrau Criado, 2016).

Resulta importante destacar que cuando el sistema de *compliance* se diseña e implementa para poder mejorar continuamente las labores de la organización, no se agota en las labores del oficial de cumplimiento y de la administración de la empresa, sino que: "Una efectiva implantación de la cultura del cumplimiento debe alcanzar a todo el personal de la empresa pues las infracciones a las normas se pueden cometer por cualquier persona que trabaja en la empresa" (Carrau Criado, 2016).

De esta forma se reconoce una labor de parte de todos los miembros de la organización, lo que facilita enormemente la implementación, pero sobre todo la adopción del sistema de *compliance*. De esta forma se propone que: "Todo el personal de una empresa debe recibir cuando menos información sobre sus obligaciones. Sería exagerado pensar que todo el personal deba tener formación en materia de cumplimiento normativo, pero no es exagerado afirmar que todos deben tener información y conocimiento de sus obligaciones de cumplimiento. En nuestra opinión, esta información y conocimiento se deberá dar mediante formación en el caso de toda persona que tenga una responsabilidad delegada, esto es, toda persona que mediante sus decisiones va a ser expresión de la voluntad de la persona jurídica en algún ámbito y, al menos, mediante información escrita clara y precisa en el resto del personal. La ponderación de las adecuadas necesidades de formación o de información en estos aspectos va a dar la medida de una parte importante del coste de implantación de la función de cumplimiento en las empresas" (Carrau Criado, 2016).

Una tercera línea de responsabilidad que se puede distinguir a este nivel organizacional está dada por la inclusión del delito de administración desleal, a propósito de la modificación a la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley N° 21.121), mediante el reemplazo del artículo 240 del Código Penal por el siguiente nuevo: "Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio: 7° El

director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interese en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades".

De tal manera, la normativa obliga en forma expresa, tanto a directores como gerentes, a respetar el deber de lealtad para con la empresa en la cual desempeñan sus funciones, al permitir la recuperación de beneficios ilícitamente obtenidos a través de una negociación, o negocio.

El artículo antes indicado es de interpretación amplia, puesto que incluye desde el soborno dentro de una negociación privada, hasta la distracción de negocios propios de la empresa en la que se prestan servicios profesionales como director o gerente, para luego, desarrollarlo en forma paralela.

Finalmente, cabe destacar que esta modificación legal implica un avance sustancial en el reconocimiento del derecho chileno de los deberes de directores y ejecutivos en el ejercicio de sus cargos.

e) Representantes

De acuerdo con las normas del derecho comercial, serán representantes quienes están habilitados para asumir las actividades de administración dentro de la compañía, lo cual dependerá del tipo de persona jurídica ante la cual nos encontremos enfrentados:

En el caso de la sociedad colectiva, según lo prescrito por los artículos 385 y 398 del Código de Comercio, y 2071 del Código Civil, podrá recaer sobre todos los socios del común o sobre un tercero nombrado de la misma forma por aquellos.

A la sociedad de responsabilidad limitada resultan aplicables las normas de la sociedad colectiva, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley N° 3.918. En la sociedad en comandita, la administración será realizada por los socios gestores (artículo 470 del Código de Comercio).

En el caso de la sociedad anónima, las labores serán realizadas por los ejecutivos principales, sin olvidar el deber de supervigilancia y cuidado que recae sobre los directores de la misma (arts. 31 y 40 de la Ley N° 18.046).

Finalmente, la empresa individual de responsabilidad limitada podrá ser representada por su único dueño o por mandatario designado por éste, en virtud del artículo 9º de la Ley N° 19.857.

f) Quienes realicen actividades de administración y supervisión

De acuerdo a lo antes expresado, deberán realizar funciones de administración y supervisión los ejecutivos principales de la empresa. Es decir, directores y gerentes. Siendo importante recalcar que el factor o gerente, en nuestra legislación, a propósito del antecitado artículo 237, inciso primero, no se limita al gerente general de la compañía, sino que también al gerente del área, que administra según su prudencia por cuenta de su mandante.

g) Dependientes

Finalmente, debemos entender por dependientes, en atención al artículo 237 del Código de Comercio, inciso segundo, a "los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata".

No tienen más atribuciones que las que el comerciante les entregue dentro de su función de auxilio, y por regla general, salvo norma legal o contrato de mandato en contrario, no obligan al comerciante en caso alguno por sus actuaciones.

El problema se da cuando el ilícito es cometido por la actuación conjunta de una serie de los agentes enumerados en el artículo tercero de la ley en comento. De acuerdo con Feijoo, existen dos problemas que atender en estos casos, no suficientemente diferenciados por la doctrina. En primer lugar, cuando el ámbito en el cual se había cometido el ilícito era dentro de la organización empresarial. Y, en segundo lugar, la determinación de qué personas físicas son competentes para la realización del hecho, infringiendo deberes originados en sus competencias propias (Feijoo Sánchez, julio 2007, p. 9).

Por el tipo de hipótesis delictuales consideradas en la ley chilena, es posible argumentar que el acto será cometido dentro de la organización empresarial cuando los efectos del acto se radiquen en el patrimonio de ésta. Para poder solucionar el segundo problema deberemos recurrir a los criterios objetivos de imputación: 1) la persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario; 2) la acción de la persona física ha de aparecer en el contexto social como de la persona jurídica; 3) la persona física debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica (Gómez-Jara Diez, 2006, p. 23).

Será en virtud de las normas del mandato del Código de Comercio, leyes comerciales especiales y de los contratos de trabajo de los actores que podremos dilucidar si es que el agente actuó dentro de sus competencias propias, obligando a la sociedad. Dado el contexto social deberán entenderse como actos de la organización sólo aquellos que incurran dentro del mandato de la entidad, y nada que exceda dicho criterio.

Resulta importante recalcar que "la responsabilidad individual se determina más bien según la función desempeñada en cada caso y según el rol que va unido a tal función" (Mansdörfer, 2007, p. 18), no pudiendo excusarse en el ejercicio de una función aquel agente que exceda sus funciones propias bajo cualquier excusa con la finalidad de acotar su responsabilidad.

En el caso del tercer criterio objetivo de imputación resulta factible que el agente haya obrado fuera de los términos de su mandato, pero dentro de los numerales 2, 3 o 4 del artículo 328 del Código de Comercio, es decir: a) Cuando actúen bajo la instrucción de uno de sus superiores jerárquicos. b) Cuando medie la ratificación del acto por aquel que ostente poder suficiente. c) Cuando exista un provecho para el comitente por la transacción realizada.

Solo en el caso de existir alguna de las circunstancias anteriores, sería posible argumentar la relación de causalidad suficiente entre el agente y la persona jurídica involucrada en el ilícito para poder defender la responsabilidad de la persona jurídica involucrada en el ilícito.

D. CONCLUSIONES

Resulta interesante revisar la existencia de cada vez más planteamientos que amplían los niveles de responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que la componen basándose en principios éticos más allá de la legislación aplicable en las fronteras nacionales.

Es un símbolo evidente de desarrollo la reacción de una sociedad frente a la identificación de un resultado injusto de la aplicación de las normas vigentes, especialmente cuando la finalidad a la hora de su dictación distaba de la mala utilización realizada por los agentes económicos con el paso del tiempo.

El cese de la instrumentalización de las personas jurídicas como medios de generación de fraudes y enriquecimiento ilícito por parte de personas naturales que sólo buscan el perjuicio de sus acreedores, bajo la aplicación de la perforación del velo corporativo y de la doctrina del *ultra vires*.

Con todo, si bien nuestro derecho no ha sido capaz de incorporar con la celeridad necesaria normas relativas a una responsabilidad penal generalizada de las personas jurídicas en caso de injustos de relevancia medioambiental, o accidentes del trabajo imputables a la empresa, sí es una realidad que este primer intento de incorporación de tal responsabilidad en nuestro sistema jurídico, si bien es perfectible, constituye un importante avance en tal sentido.

Bibliografía

BERCOVITZ, A. (2014). "Constitución, empresa y libertad de competencia". En J. A. GARCÍA-CRUCES, Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Madrid: Tirant lo Blanch.

CARRAU CRIADO, R. (2016). Compliance para Pymes (TOL5.937.941). Madrid: Tirant lo Blanch.

CONTRERAS STRAUCH, O. (2011). Instituciones de Derecho Comercial, Tomo II. Santiago: Editorial LexisNexis.

FASTERLING, B. (2012). "Development of Norms Through Compliance Disclosure". Journal of Business Ethics, pp. 73-87.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2009). Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. La ley, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (2006). Auto organización empresarial y auto responsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista de Ciencia Penal y Criminología.

KLEIN, W.; RAMSEYES, J. & BAINBRIDGE, S. (2012). Business Associations: Cases and materials on agency, partnerships and corporations. New York: Foundation Press.

LIMONE, A., & BASTÍAS, L. (2002). "La empresa como sistema autopoiético". I Conferencia Iberoamericana de Sistémica, Cibernética e Informática.

LIPMAN, F., & LIPMAN, L. K. (2006). Corporate governance: Best practices. New Jersey: Wiley.

MANSDÖRFER, M. (2007). "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo". Revista para el Análisis del Derecho.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F. & SÁEZ NICOLÁS, J. R. (2018). 51. "El deber de diligencia y responsabilidad de los administradores de las sociedades no cotizadas a la luz del artículo 31 bis del Código Penal o la obligación de implementar programas de compliance pena". En A. COHEN BENCHETRIT, E. OLMEDO PERALTA, A.

PUYOL, J. (2015). "La figura del Compliance Officer. Características y responsabilidades". En C. Sáinz, Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa (pp. 89-17). Navarra: Aranzadi.

PUYOL, J. (2017). El funcionamiento del canal de compliance "Whistleblowing" (TOL6.092.526). Madrid: Tirant lo Blanch.

REYES VILLAMIZAR, F. (1999). Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada. Bogotá: Legis.

SINGH, N. & BUSSEN, T. J. (2015). Compliance Management, A How-To Guide for Executives, Lawyers, and Other Compliance Professionals. Santa Barbara: Praeger.

STEINBERG, R. (2011). Governance, Risk Management, and compliance. New Jersey: Wiley Corporate F & A.

TRICKER, B. (2009). Corporate Governance, principles, policies and practices. New York: Oxford University Press Inc.

VAGTS, D., DODGE, W., & HONGJU KOH, H. (2009). Transnational Business problems. Foundation Press.

Relatoras:

María Belén Espinoza Orrego

Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso. Magíster en Políticas Públicas de la Hertie School of Governance de Berlín, Alemania. Aspirante al Diplomado en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Asesora de la Fundación “Defensoría de la Mujer”.

Macarena del Rosario Díaz Hernández

Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.