

## 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 Juppert.



### **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

**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).. 1**

<b>Reseña:</b> .....	<b>1</b>
<b>Módulo I: Antecedentes Generales del Curso (7 horas pedagógicas)</b> .....	<b>3</b>
<b>I. Introducción</b> .....	<b>3</b>
<b>II. Compliance en la empresa moderna</b> .....	<b>6</b>
<b>A. ANTECEDENTES GENERALES</b> .....	<b>6</b>
<b>III. Hacia una aproximación de empresa moderna</b> .....	<b>8</b>
<b>A. CONCEPTOS PRELIMINARES</b> .....	<b>8</b>
<b>B. INTRODUCCIÓN: LA EMPRESA EXTENDIDA</b> .....	<b>10</b>
<b>C. GOBIERNOS CORPORATIVOS</b> .....	<b>16</b>
<b>D. EL PROBLEMA DE LAS EXTERNALIDADES</b> .....	<b>17</b>
<b>E. REQUERIMIENTOS DE NUEVAS PROPUESTAS</b> .....	<b>18</b>
<b>IV. Antecedentes generales del Compliance</b> .....	<b>19</b>
<b>A. LA GRC: GOBIERNO CORPORATIVO, RIESGOS y COMPLIANCE</b> .....	<b>19</b>
<b>B. ÉTICA EMPRESARIAL</b> .....	<b>20</b>
a) Estándares mínimos de conducta exigibles a la empresa .....	23
b) La ética y el <i>compliance</i> .....	24
c) Conflictos a los que se ve expuesta la empresa.....	24
<b>C. PRINCIPIOS DE LA ÉTICA EMPRESARIAL</b> .....	<b>31</b>
a) La conducta que debe observar una empresa .....	31
b) Deber de cuidado.....	35
c) Otros principios rectores de la actividad empresarial .....	38
<b>D. MEDICIÓN Y GENERACIÓN DE CRITERIOS ÉTICOS EN LOS COLABORADORES DE LA EMPRESA</b> . .....	<b>42</b>
<b>E. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA DE LA EMPRESA</b> . .....	<b>43</b>
a) Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC).....	43
b) Dimensiones a las que resulta aplicable la RSC .....	45
c) La responsabilidad de los directores.....	47
<b>Bibliografía</b> .....	<b>49</b>
<b>Relatoras:</b> .....	<b>53</b>

## Módulo I: Antecedentes Generales del Curso (7 horas pedagógicas)

### I. Introducción

En el mundo de los negocios contemporáneo adoptar *Modelos de prevención* (en adelante, M.d.P.) de delitos al interior de las empresas se ha convertido en una necesidad. Estos modelos han sido parte de una evolución que introduce una nueva cultura en el ámbito empresarial. Esta evolución está acompañada en sus inicios por el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en El Cairo en el año 1984; el Proyecto de Código Penal de la República de Guatemala; y, la adhesión al principio de que las sociedades pueden delinquir en múltiples Ordenamientos del Derecho Comparado; sucesos históricos que admiten, entre otros, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las empresas en el contexto internacional (Künsemüller, 2010, pp. 163 y ss.).

La complejidad de los procesos de una empresa crea las condiciones para que se produzcan una serie de hechos delictuales en su estructura y actividades de comercio. En este contexto surgen formas de criminalidad que estarán relacionadas con daños contra el medio ambiente, faltas de seguridad para los trabajadores en la empresa, defectos en productos de fabricación masiva, lavado de activos, cohecho, delitos económicos, entre otras figuras (Bacigalupo, 2001, pp. 24-25). Evitar este tipo de conductas será el foco de los modelos de prevención según las prioridades legislativas de cada país. En este sentido, cada Estado puede tomar las medidas que estime convenientes para adaptar su sistema legislativo a los compromisos o convenciones internacionales en el ámbito internacional. Así, las recomendaciones del Grupo de Anticorrupción de la Organización de Comercio y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) son directrices que se deberían seguir para modificar las diferentes legislaciones (Matus, 2009, pp. 58-59).

No es casualidad que la popularidad actual de estos modelos sea consecuencia de la introducción en Chile de la Ley N° 20.393, Ley Chilena sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Su reconocimiento y difusión es parte de un proceso de integración a la OCDE (Hernández, 2010, pp. 208-209). En este proceso de integración el Grupo de Trabajo de Anticorrupción de la OCDE determinaron que las sanciones civiles y administrativas del Ordenamiento chileno no eran lo suficientemente eficaces, disuasivas y proporcionales en la prevención de delitos al interior de las empresas (Matus, 2009, pp. 59-60). Similar (Véliz & Bitrán, 2017, p. 49).

En este sentido, la Ley N° 20.393 vino a perfeccionar el sistema jurídico-penal chileno recogiendo las tendencias del Derecho comparado, estableciendo mecanismos que incentivan a las empresas a adoptar *modelos de prevención* respecto de situaciones que pueden traer aparejadas sanciones penales a la empresa (Matus, 2009, pp. 55-56). La organización deberá identificar sistemáticamente las obligaciones de *compliance* y las implicancias que estas tienen para sus actividades, productos y servicios (ISO-19600, 2015, p. 12), ya que las sanciones penales van desde multas hasta la disolución.

Es posible atribuir responsabilidad penal a la empresa en Chile cuando alguno de los delitos de lavado de dinero, receptación, cohecho, financiamiento del terrorismo, negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida o administración desleal sean cometidos en interés o provecho de la misma tanto por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o cualquier persona que tenga una función de administración y supervisión de prevención de los mismos, como, asimismo, aquellos miembros que se encuentren bajo sujeción directa de supervigilancia. Sin embargo, al parecer, también podría haber espacio en la legislación chilena para dar lugar a una suerte *responsabilidad autónoma* de la empresa, es decir, se podría atribuir responsabilidad penal aunque no sea posible identificar a la persona natural que participó en la comisión del ilícito en favor de la empresa.

Si bien la Ley N° 20.393 recoge las tendencias actuales de otros sistemas jurídicos, estableciendo una política orientada a la prevención de la comisión de delitos en la empresa más que la persecución de las personas naturales (Matus, *Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados*, 2009, p. 55), hay que admitir que esta política no genera desde sus inicios un cambio radical en nuestra cultura empresarial. Así, según la encuesta de Sondeo de *Generación Empresarial* el 73% de los empleados, de una muestra de 43 empresas chilenas, al poco tiempo de entrar en vigencia, desconocían la Ley que sancionaba a las empresas que se involucran en lavado de activos, receptación, financiamiento del terrorismo, cohecho, negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida o administración desleal. Los resultados de esta encuesta fueron publicados en el diario *El Mercurio* de Santiago el 11 de octubre de 2010 (Riveros, 2010). Aquí es relevante hacer presente que, al momento de la encuesta, solo estaban vigentes para la sanción penal de la empresa los tres delitos originales de la Ley N° 20.393.

Esta materia comienza a adquirir importancia entre las empresas auditoras chilenas con el Oficio Circular N° 638 de 13 de octubre de 2010 de la *Superintendencia de Valores y Seguros*, hoy Comisión para el Mercado Financiero (CMF). Este oficio tuvo por finalidad obtener un flujo de información respecto de las acciones desarrolladas, por

las empresas auditoras, para la creación de programas de inducción y capacitación en sus sistemas de prevención, detección de los delitos en su estructura organizacional, buenas prácticas o adopción de estándares internacionales sobre la materia, existencia de manuales o procedimientos destinados a evaluar la pertinencia de reportar ilícitos en las gerencias de las compañías auditadas y otras medidas que se hayan adoptado en la entidad auditora destinadas al cumplimiento efectivo de las funciones en comento.

Tras la promulgación de la Ley N° 20.393, reaparece jurisprudencialmente la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas con los casos de la *empresa Ceresita, Salmones Colbún* y de las *Universidades del Mar, Pedro de Valdivia e Internacional SEK*. A modo de ejemplo, en este último caso, las universidades fueron formalizadas por la Fiscalía Metropolitana Oriente, el 22 de mayo de 2013, por el presunto pago de coimas (alrededor de 300 millones de pesos) de los rectores al expresidente de la Comisión Nacional de Acreditación, Luis Eugenio Díaz, por asesorías irregulares.

Este proceso que ha experimentado Chile tiene que replicarse en otros países latinoamericanos. Si bien los diferentes países son libres de adoptar las medidas o modelos que estimen pertinentes para dar una respuesta a la criminalidad empresarial. Este curso tiene como propósito entregar los *elementos adecuados* para desarrollar una *Política de prevención* (en adelante, *P.d.P.*) *de delitos en la empresa*, considerando las exigencias de la legislación chilena, modelo legislativo que se estima "avanzado", y que nace a partir del estudio comparado de diferentes modelos, como por ejemplo, el norteamericano e italiano (Matus, 2009, p. 66). Lo anterior, con la intención de que las empresas puedan construir sobre ésta un *M.d.P.* adecuado frente a las exigencias del mercado. Asimismo, podemos decir que el modelo chileno se encuentra "a la vanguardia de los Ordenamientos jurídicos en esta materia" (Gómez-Jara, 2010, p. 457).

El objetivo de una *P.d.P.* consiste en que la empresa no se vea expuesta a graves sanciones, como su disolución. Así, la importancia de una *P.d.P.* no radica sólo en los lineamientos generales para la certificación de un *M.d.P.*, sino que también en fijar aquellos puntos esenciales para una buena defensa ante los tribunales.

Finalmente, aunque las diferentes líneas de negocios de una empresa dificultan la tarea de crear un único *M.d.P.* que sea efectivo para todas ellas, es posible entregar una *P.íd.P.* que permita establecer los principios generales que los modelos deben considerar para operar de manera eficiente ante cualquier eventualidad. Es decir, en estos casos se puede hacer un modelo único, lo que varían son las matrices o mapas de riesgos. Así las *P.d.P.* que adopte una empresa son importantes porque el solo hecho de

tener una certificación del modelo no las liberará o eximirá de responsabilidad, aparentemente, ante los tribunales (Matus, 2013, pp. 14 y ss.).

## II. *Compliance* en la empresa moderna

### A. ANTECEDENTES GENERALES

Dentro de la vida en sociedad no resulta extraña la coexistencia de demandas y pretensiones contrapuestas de diversos grupos, para la empresa su quehacer no es una excepción a este principio, por tanto, ante la creciente fricción entre estos grupos surge la regulación, como una respuesta a los conflictos detectados a través de casos emblemáticos que afectan el bienestar público.

Al interior de la empresa, esta clase de conflictos no es de extraña ocurrencia, por lo tanto, el desafío de las áreas directivas dentro de una organización empresarial está dado no por la eliminación de los conflictos de interés dentro de la institución, sino por la reglamentación de prácticas deseables cuando dichos conflictos ocurran en la práctica; como, asimismo, de la eliminación de la comisión de delitos al interior de las empresas privilegiando la ética como timón orientador de las actuaciones de las personas jurídicas.

Desde la dictación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas Ley Nº 20.393 el centro del análisis en materia de *compliance* en Chile se ha dado por la construcción de modelos de prevención de delitos a fin de generar una preconstitución de prueba que permita justificar el deber de cuidado de los administradores de dichas organizaciones empresariales. Con todo, en la medida que se han ido adentrando en el análisis del *compliance* han podido percatarse de que solo una pequeña parte de él se enfoca en materia penal, siendo el mayor objeto de estudio la forma en la cual la administración de una empresa analiza objetivamente los riesgos a los que ésta está expuesta, generando procedimientos y protocolos que le permitan de una manera organizada y orgánica minimizarlos.

En razón de las ideas anteriormente expuestas, para gran parte de la doctrina, las obligaciones de *compliance* no son legales, sino que más bien se enmarcan en el ámbito de la ética corporativa. Lo anterior dificulta la implementación concreta de los sistemas de *compliance*, particularmente el análisis que las organizaciones deben realizar, ya que no basta con chequear el cumplimiento de una lista de requisitos, sino que implica necesariamente un cambio de cultura organizacional de la empresa, orientándola hacia un trabajo de mejoramiento continuo de sus procesos.

Entendiendo por cultura organizacional "la atmósfera profesional de una compañía" (Steinberg, 2011, p. 5), resulta de suyo relevante conocerla en detalle al asumir el desafío del análisis de la política de cumplimiento de una determinada organización, ya que la comprensión institucional de los principios y valores de la compañía permearán directamente en los riesgos (reales y potenciales) que están presentes en el ejercicio de sus operaciones.

Para Steinberg, la estrategia y los objetivos de una organización se implementan de acuerdo a preferencias, juicios de valor y estilos de administración, ya que los valores éticos de la gerencia influenciarán los estándares de comportamiento de la organización (Steinberg, 2011, p. 5); lo anterior afectará directamente la cultura organizacional, ya que se considerarán como adecuados aquellos comportamientos que hayan sido validados por las altas gerencias de la empresa, replicando sus decisiones a menor escala.

De tal manera, el cambio organizacional debe realizarse desde adentro hacia afuera, es decir, es la organización la que desea modificar sus conductas y no el Estado quien le impone realizar dicho cambio, en caso contrario, nos encontraremos en poco tiempo frente a modelos de prevención y matrices de riesgo que se evalúan solo en forma y no sirven realmente para prevenir conductas antiéticas del gobierno corporativo de la organización.

Se ha determinado por la doctrina que existe una crisis en el gobierno corporativo mundial que se gesta en los años 90 con escándalos tales como Enron, WorldCom, entre otros. (Steinberg, 2011, p. xiii), el establecimiento de normas de cumplimiento ha sido una de las reacciones por parte de los estados a esta problemática.

Siguiendo las propuestas de Luhman cuando indica: "Toda acción económica es acción social, por lo cual toda la economía es siempre la realización de la sociedad" (Luhman, 2017, p. 74), es dable colegir que la actividad desarrollada por la empresa es esencialmente social, por tanto, cuando una entidad, en el abierto ejercicio de la libertad de emprendimiento tiene consecuencias fácilmente predecibles en los diversos grupos de interés con los que se relaciona tanto directa como indirectamente.

Mediante la aplicación de adecuados mapas de riesgo, orientados no desde una perspectiva regulatoria, es decir, usando la ley como base de construcción de la matriz, sino construidos desde una perspectiva social, entendiendo por tal aquella que usa como elemento de referencia a los grupos de interés, respecto de los cuales las actividades desplegadas por la empresa permiten un doble beneficio.

- En primer lugar, facilita la creación de planes de mitigación de riesgo usando la matriz como documento base de planificación.
- Y, en segundo lugar, aportar en el plan de manejo de grupos de interés, complementando las políticas de responsabilidad social corporativa de la empresa, entregando un fundamento más sólido mediante un respeto estricto a las normas jurídicas a través de la implementación de la política de cumplimiento de la organización que facilitará la construcción de relaciones a largo plazo, creando una licencia social orgánica entre grupos de interés y la empresa.

Al plantear como ideal la gestación de una licencia social orgánica, es la búsqueda de una credibilidad generada por el cumplimiento de compromisos previamente establecidos por la ley, la confianza de la comunidad surge en este caso como una consecuencia del sólido cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, tanto obligatorias como voluntarias, y no en una confianza optimista en la esperanza de que las actuaciones futuras de la empresa serán correctas.

Este curso busca establecer la necesidad de que la administración de las organizaciones empresariales implemente una política de cumplimiento en forma sostenible en el tiempo, no a través de la búsqueda de una atenuante en caso de una investigación penal, sino que como una política constante en el tiempo, implementando procedimientos de cumplimiento dentro de su quehacer, especialmente diseñados con base en su proceso productivo, con respeto a su cultura organizacional, evitando de esta forma una resistencia innecesaria de sus colaboradores a la implementación de los procedimientos de cumplimiento acordados por el directorio.

### III. Hacia una aproximación de empresa moderna

#### A. **CONCEPTOS PRELIMINARES**

Las políticas activas de *compliance* buscan prevenir las fallas de gobernanza en los gobiernos corporativos mediante la incorporación de procedimientos internos de las empresas con una clara conciencia ética de las actuaciones de sus miembros.

Al analizar las actuaciones empresariales desde una nueva perspectiva, ampliando sus objetivos desde la mera generación de utilidades hacia la creación de valor compartido a la sociedad, o, dicho de otra forma, incorporando un criterio integrador en la participación que la organización empresarial mantiene con su entorno, existen una serie de conceptos que se han ido acuñando en las últimas décadas que, en

ocasiones tendemos a confundir: Responsabilidad social empresarial, gobiernos corporativos, ética empresarial y *compliance*.

Todas estas herramientas son complementarias entre sí, pero van atacando diversos puntos dentro de la gestión y comportamiento empresarial, de esta forma, es posible establecer que: "La responsabilidad corporativa toma en cuenta el amplio rol de la sociedad y el ambiente a la hora de formar las estrategias a largo plazo de una compañía" (Singh & Bussen, 2015, p. 31), por tanto, la aplicación de la responsabilidad social corporativa se orienta hacia la incorporación de actores estratégicos a la planificación de las actuaciones de la organización, como es el caso de los trabajadores, accionistas, proveedores, consumidores y comunidad.

Dentro de los múltiples desafíos que deben ser abordados por los gobiernos corporativos, se considera la participación de los accionistas mayoritarios en la conducción de las sociedades en las que han invertido, lo que ha sido evidenciado por la OCDE al indicar: "Los accionistas con poder de control, que pueden ser personas aisladas, sociedades familiares, alianzas en bloque u otras sociedades que actúan a través de un grupo de empresas o de participaciones cruzadas, pueden influir significativamente en el comportamiento de la sociedad" (Organización para la cooperación y el desarrollo económicos, 2004, p. 12). De tal manera, los principios aplicables al gobierno corporativo de estas organizaciones buscan equiparar las condiciones para los inversionistas minoritarios, evitando malas prácticas que pueden darse desde estos actores, como, asimismo, desde los miembros del directorio y gerencias principales de dichas organizaciones.

Al analizar el gobierno corporativo, nos encontramos con un área bastante regulada dentro de los países de la OCDE, dada la importancia que se reconoce por el mercado a las actuaciones reñidas con la ética que pueden afectar a estas organizaciones, como es el caso de abuso de información privilegiada, manipulación de precios de mercado, adulteración de balances, entre otros, así, queda claro que: "Estas relaciones están sujetas, en parte, a las leyes y reglamentos, pero también a la adaptación voluntaria y, lo que es más importante, a las fuerzas del mercado." (Organización para la cooperación y el desarrollo económicos, 2004, p. 13).

A considerar que el gobierno corporativo va evolucionando en la medida que los gobiernos nacionales y las normas internacionales modifican la legislación aplicable, teniendo en consideración la transparencia corporativa y la rendición de cuentas (Singh & Bussen, 2015). Estos cambios suelen basarse en casos emblemáticos que dejan al descubierto las falencias del sistema para detectar de manera temprana potenciales fraudes a accionistas o a los Estados.

La ética corporativa por su parte, plantea una forma de actuar ideal para las organizaciones empresariales, que surge de la ética humana, que es definida como: "... un saber normativo que pretende orientar las acciones de los seres humanos" (Martínez Herrera, 2011, p. VII). Siguiendo al autor, la ética así entendida puede ser adaptada para las empresas, mediante la "aplicación de los valores morales y los principios éticos al ámbito específico de la empresa" (Martínez Herrera, 2011, p. VII).

Será la ética empresarial el elemento que, de esta manera, sirva de faro para el establecimiento de un ideal al que deberá orientarse la organización en su comportamiento diario, en su concreción, se basa en los procesos de *compliance* como una herramienta concreta de fijación de criterios básicos en las actuaciones de la empresa y de los actores que forman parte de ella.

En esta línea de pensamientos, el *compliance* puede ser definido como: un procedimiento de revisión del cumplimiento de estándares legales o éticos de una empresa, el que puede ser realizado en forma interna o a través de auditorías externas.

Así, la orientación del *compliance* se basa en las normas que han sido dictadas por el Estado, en el caso de los estándares legales, revisando que las actuaciones de la organización se encuadren dentro del marco legal aplicable, y, por otra parte, de aquellas regulaciones que la misma organización se haya dado, a través de códigos de ética o de autorregulación empresarial, la que puede manifestarse en políticas, procedimientos, instructivos, entre otros.

La aplicación de estas herramientas se convierte en esencial para generar ventajas competitivas sostenibles en el tiempo, considerando que múltiples clientes buscan organizaciones que cumplan con sus estándares al momento de determinar potenciales socios comerciales.

Por tanto, la diferenciación entre estos criterios permite complementar los esfuerzos realizados desde diversas unidades de la organización con miras a establecer una conducta empresarial en la línea de lo deseado por sus controladores, sean sus socios o accionistas.

## ***B. INTRODUCCIÓN: LA EMPRESA EXTENDIDA***

Uno de los desafíos propios del contexto de una sociedad globalizada, con ciudadanos conscientes de sus derechos y de las expectativas de comportamiento que pretenden observar, tanto de sus gobernantes, como de las organizaciones empresariales con las que se relacionan, la incorporación de criterios éticos a sus

decisiones, no sólo es necesario, sino que, siguiendo a Navarro García, se convierte en un elemento básico para garantizar la sobrevivencia de las empresa a largo plazo (Navarro García, 2012).

De tal manera, la adecuación del comportamiento de las empresas a dichos principios y valores deja de corresponder a una obligación moral, caracterizada por la voluntariedad en su cumplimiento, para dar origen a un deber de conducta exigible por la comunidad a dicha organización. Es más, para ciertos autores, en determinados casos podría darse una hipótesis de deber negativo de carácter penal, estableciendo que su incumplimiento de actuar lealmente puede llegar a revestir caracteres de delito (Navas, 2018).

Al analizar a la empresa desde una noción tradicional, centrada en la generación de dividendos económicos para sus dueños, en la que se le reconoce un rol preponderante a administradores, accionistas y trabajadores, se ha visto superada por una comprensión más amplia de su actividad, en el que se ve influida por el entorno en el que se desenvuelve y las fuerzas de éste (Hax & Majluf, 2014).

Así, es difícil analizar una organización empresarial como una unidad integral, sin interconexión con otras instituciones y actores. Muy por el contrario, sólo será factible su estudio analizándola en el contexto de su entorno, como un sistema social, comprendiendo que cualquier cambio sufrido por alguno de los elementos que la conforman produce, necesariamente, consecuencias en todas las partes de dicho sistema.

De tal manera, se realiza la importancia de los grupos de interés, entendiendo por tales a cualquier grupo o individuo que puede ser afectado por o afectar el logro de los objetivos de una organización (Freeman & Mc Vea, 2001), reconociendo la influencia que ejercen para el resultado estratégico de la compañía (Kenny, 2012). Si bien los grupos de interés pueden corresponder a entes internos (trabajadores, accionistas) o externos (comunidad, proveedores, consumidores), en ambos casos deben ser considerados al momento de la determinación de estrategias por parte de la organización, ya que todos ellos serán clave para la consecución de los objetivos de la empresa.

De esta forma, el gobierno de la empresa debe considerar las necesidades de estos diversos grupos dentro de la dirección estratégica, entendiendo por tal: el proceso que llevan a cabo los directivos de una compañía para formular, implantar y controlar la estrategia empresarial (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018). Una parte integrante de la dirección estratégica corresponde a la planificación estratégica, que es constituida

por el proceso de definir los objetivos concretos perseguidos por una organización empresarial, como asimismo, las políticas que permitirán concretarlos (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018).

Para que la estrategia determinada por los entes directivos de la organización sea exitosa, deberá ser aplicada por los diversos niveles de la organización, donde cada uno de los departamentos de la empresa deberán formular e implementar medidas tendientes a su adopción en sus ámbitos de responsabilidad. Así, de acuerdo a Martínez, es posible distinguir tres niveles de responsabilidad de la organización: la estrategia corporativa o empresarial, la competitiva o de negocio y la funcional u operativa (Martínez Martínez & Sáez Nicolás, 2018). Al contrastar dichos niveles de responsabilidad con el organigrama de cualquier institución, es posible distinguir que cada una de ellas corresponde a diversos directivos o áreas, en razón de las funciones inherentes a sus actividades profesionales.

De todas formas, una política exitosa de *compliance* requiere del compromiso directo de la alta dirección de la organización, como lo indica Carrau Criado al analizar las normas de la UNE-ISO 19.600, al indicar que dicha norma: "... insiste claramente en que la alta dirección debe demostrar liderazgo y compromiso con respecto al sistema de gestión del *Compliance*, enumera toda una serie de acciones que la alta dirección debería acometer para conseguir este objetivo y concreta el rol y la responsabilidad que los órganos de gobierno y la alta dirección deben asumir en cuanto al *Compliance*. La Norma considera con gran acierto que para la implantación de la cultura de cumplimiento es exigible a los órganos de gobierno y dirección un compromiso que resulte visible en la empresa, lo que implica su publicación, que sea sólido y que se mantenga en el tiempo y en la actuación de aquellos" (Carrau Criado, 2016). Concordando con lo planteado por el autor, resulta importante indicar que en el caso de que la gerencia superior de la organización no muestre un compromiso claro con las políticas de cumplimiento, será imposible comprometer a mandos medios en la entrega de información veraz, oportuna e íntegra, requerida por el oficial de cumplimiento en el proceso de implementación del sistema de *compliance*.

Es importante recalcar, que el éxito o fracaso del oficial de cumplimiento de la organización depende directamente de dos elementos sustanciales. En primer lugar, de la calidad de la información sobre la que basa sus recomendaciones. Y, en segundo lugar, del nivel de compromiso de la alta dirección de la organización para la implementación del sistema de cumplimiento.

Por tanto, para que pueda realizarse la implementación de un sistema de *compliance* se deberá asumir esta decisión por el órgano superior de administración

de la empresa (Carrau Criado, 2016), sea el directorio o el administrador, dependiendo de la forma que tome la organización de la institución. Asimismo, resulta necesario que en este momento se fijen los objetivos con los que se medirán las medidas implementadas por el oficial de cumplimiento, ya que puede circunscribirse a la implementación de un sistema de prevención de delitos, o, como lo recomienda el autor, aprovechar la oportunidad para que se realice la gestión del riesgo de incumplimiento normativo, facilitando la consecución de los objetivos societarios o empresariales de la organización (Carrau Criado, 2016).

De esta forma, resulta recomendable aprovechar la oportunidad que nos otorga el establecimiento de un procedimiento claro de comunicación para la denuncia de incumplimientos normativos, como una vía directa de recopilación de prácticas, buenas y malas, que se han implementado en la organización a lo largo del tiempo, sistematizando aquellas que resulten beneficiosas para la organización, y erradicando en forma concreta aquellas que no lo sean.

En esta línea argumental, se visualiza que los requerimientos de la empresa clásica se desdibujan, al comprender que la finalidad de la organización empresarial no está dada por la creación de bienes y servicios, sino que su fundamento básico para existir es la satisfacción de las personas (Ardiles, 2012). Pasando de un objetivo tradicional reflejado en un mero intercambio de bienes y servicios basado en la satisfacción de necesidades, para abrir paso a un mercado que tiene por objeto la entrega de una experiencia, la que debe ser percibida por el usuario como satisfactoria. Sin el apoyo de los grupos de interés no será posible desarrollar el aporte estratégico de la organización (Hitt, Ireland, & Hoskisson, 2015), ya que el análisis sobre el cual se proyecten sus actuaciones será incompleto, al no considerar la perspectiva de actores relevantes en contexto de la organización, como, asimismo, sus usuarios.

Por tanto, si bien no es tarea del oficial de cumplimiento el manejo de la responsabilidad social de la organización, sí comparten a varios de sus actores principales, ya que existen normas que regulan la relación de la empresa con cada uno de los actores que forman parte de estos grupos: accionistas, trabajadores, consumidores, proveedores y comunidad.

En la misma línea de ideas, podemos complementar esta lista de actores relevantes para la determinación del sistema de cumplimiento al estado y a la competencia de la empresa, ya que, en ambos casos, las relaciones entre éstos y cualquier organización se encuentran basadas en una estricta regulación legal.

Por tanto, para el *compliance*, de acuerdo a Singh: "Las partes interesadas son constituidas por cualquier grupo que impacte, o que sea impactado por las actividades de una organización. Están incluidos empleados, la junta, proveedores, reguladores, acreedores, clientes, sociedad, e incluso el medioambiente" (Singh & Bussen, 2015, p. 39), articulando un sistema que debe compartir información, coordinando las actuaciones de la empresa, entre el departamento de responsabilidad social empresarial y el oficial de cumplimiento (sea interno o externo), de la empresa.

En esta visión del que hacer empresarial, pasan a ser parte de la organización como actores principales (accionistas, trabajadores, proveedores, clientes y comunidad), a los cuales debe satisfacer en su justa medida, para no quedar fuera del mercado (Ardiles, 2012).

Así, en palabras de Singh: "La idea de que las empresas deberían centrarse únicamente en maximizar sus excedentes está llegando a su fin. Las empresas se están dando cuenta de que no sólo son responsables ante sus accionistas, sino también ante un público más amplio, aquellos interesados, a quienes impactan directa o indirectamente. La teoría de las partes interesadas va más allá de la teoría de los accionistas y hace hincapié en que las empresas también son responsables ante los mandantes, incluidos los empleados, proveedores, clientes y la sociedad en general" (Singh & Bussen, 2015, p. 29). Este cambio de perspectiva está modificando la forma en la que la administración de las organizaciones empresariales debe tomar decisiones estratégicas, orientándose a una visión sistémica de conciencia respecto del entorno en el que la organización se desenvuelve.

Como las expectativas de cada uno de estos actores requiere que la empresa tome decisiones que implican costos financieros, y, muchas veces, presentan deseos contrapuestos (por ejemplo: los accionistas buscan mayores dividendos mientras los consumidores un precio menor por el bien o servicio), es labor de la administración de la empresa conciliar estos intereses manteniendo un cierto equilibrio, comprendiendo que la relación con cada uno de los actores antes indicados es trascendental para el crecimiento de la empresa por el rol que cumple cada uno de ellos, otorgándole un sentido al quehacer organizacional.

Ya que el éxito comercial y reputaciones de la compañía requiere de la aquiescencia de todos los actores antes indicados:

- a. *Accionistas*. Para los accionistas su interés es claro, al haber invertido sus recursos en el proyecto comercial de la empresa legítimamente esperan obtener retornos financieros de dicha actuación.

- b. *Trabajadores.* Los trabajadores, por su parte, como miembros activos de la organización dependen directamente en su bienestar económico, y muchas veces emocional, de la situación de la organización en la cual se desempeñan.
- c. *Proveedores.* Por proveedor, debemos entender a cualquier persona natural o jurídica que enajene bienes o preste servicios a la organización empresarial analizada. En este caso, es particularmente importante la generación de una relación de confianza entre las partes, por la interdependencia que se da entre ellas.
- d. *Consumidores.* Los clientes de la organización tienden a ser los principales focos del interés de la administración, ya que corresponden al interlocutor básico en la relación de consumo que la empresa busca generar con la sociedad en la que se desenvuelve. Particularmente, en esta relación se espera que el programa de cumplimiento incorpore aquellas medidas necesarias para dar estricto respeto a las normas de protección de los derechos del consumidor establecidos por el regulador.
- e. *Comunidad.* Finalmente, al revisar los compromisos que deben sistematizarse en la política de cumplimiento de una organización, se recomienda acotarlos a la comunidad adyacente de la empresa, es decir, acercarnos al mercado relevante donde la organización realiza sus actividades comerciales, de tal manera de determinar en forma objetiva, el entorno sobre el cual la organización asumirá compromisos concretos de cumplimiento, ya que cada medida proyectada necesariamente implicará costos, los que afectarán las utilidades de la institución, es decir, el interés de los accionistas.

Así se busca orientar la toma de decisiones estratégicas integradas, en las cuales la empresa no quede aislada del sistema en el cual se inserta, incorporando en la perspectiva de la dirección estratégica de la compañía esta visión "extendida" de la organización (Hax & Majluf, 2014).

Así, la empresa incorpora un germen de autorregulación de sus actuaciones en aquellos casos en los cuales su conducta pudiera afectar a cualquiera de estos actores, entendiendo por autorregulación de la empresa para estos efectos, como la decisión consciente de restringir actuaciones que se encuadran dentro de la legalidad formal, pero que pudieran implicar consecuencias adversas para *stakeholders* de la compañía o la sociedad en su conjunto.

### **C. GOBIERNOS CORPORATIVOS**

El gobierno corporativo se ha convertido en uno de los pilares fundamentales de la gestión empresarial en las últimas décadas, y puede ser definido como: "procesos y procedimientos según los cuales una organización es dirigida y controlada. La estructura del gobierno corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los distintos miembros de la organización —tales como la junta, gerentes, accionistas y otras partes interesadas— y establece las reglas y los procedimientos para la toma de decisiones" (Singh & Bussen, 2015, p. 33). El énfasis es dado en los procesos de toma de decisión y control por sobre los cargos que deban realizar dichas actuaciones al interior de la empresa, ya que, en muchas ocasiones, las descripciones de funciones están dadas por la ley o por la costumbre mercantil, entendiendo que las buenas prácticas descubiertas por una empresa suelen ser replicadas por su competencia, gestionando ese conocimiento con la perspectiva de acortar ventajas competitivas que diferencien a una empresa por sobre otras del sector.

La institución del gobierno corporativo se aplica en instituciones tanto públicas como privadas, y viene a regular el comportamiento de los órganos directivos de una determinada institución, como también sus procesos, normas, y, sobre todo, sus principios.

Al distinguir los actores principales del gobierno corporativo se identifican tres con claridad: 1. Accionistas, quienes al invertir se convierten en los dueños de la empresa. 2. El Directorio, que es elegido por los accionistas para administrar la organización. 3. La Gerencia, que corresponde a los ejecutivos principales encargados de las operaciones diarias de la organización (Singh & Bussen, 2015).

Las funciones del gobierno corporativo recaen en órganos de administración, sean individuales o colectivos, pero los principios que rigen su actuación se aplican plenamente en ambos casos, permeando a todas las áreas de la institución. Dentro de las funciones que se reconocen a los gobiernos corporativos destacan la maximización de la eficiencia corporativa, aumentando el valor para las partes interesadas, minimizando el riesgo, pero siempre con miras a largo plazo (Singh & Bussen, 2015, p. 31), es decir, los órganos de la administración deben considerar la sostenibilidad del proyecto empresarial en el tiempo.

Dentro de las directrices que lidera el gobierno corporativo de una empresa, destacan la dirección, liderazgo y orientación ética en los siguientes puntos: "1. Responsabilidad y transparencia entre las partes interesadas. 2. Bienestar y maximización del valor de los accionistas. 3. Manejo del riesgo. 4. Estrategias de

pensamiento a largo plazo y rendimiento corporativo. 5. *Compliance* con las leyes y regulaciones. 6. Reportes financieros y planeación fiscal. 7. Mitigar los conflictos de intereses entre las partes interesadas. 8. Rendimiento ejecutivo y compensación. 9. Desarrollo de gestión y planificación de sucesión. 10. Ciudadanía corporativa o responsabilidad hacia la sociedad y medioambiente" (Singh & Bussen, 2015, p. 33).

Respecto del *compliance*, es posible observar que corresponde a uno de los objetivos comprendidos en el gobierno corporativo de la empresa, el cual se centra en dirigir la planificación estratégica de dicho sistema de cumplimiento, mientras el sistema de *compliance* reconoce su esfera de competencia al englobar los procedimientos que aseguran el cumplimiento por parte de la administración tanto de aquellas normas legales como éticas a las que debe circunscribirse la actuación de una empresa de acuerdo a las directrices que le han sido entregadas al oficial de cumplimiento directamente por los organismos superiores de administración de la organización.

#### ***D. EL PROBLEMA DE LAS EXTERNALIDADES***

La dificultad que plantean las externalidades ha sido ampliamente tratada por la ciencia económica, en el entendido de que no es extraño que las consecuencias de un determinado acto afecten a terceros que no son parte de la transacción, generando inequidades respecto de dichos terceros. Podemos entender por externalidad: "un costo o beneficio impuesto o conferido a un individuo o grupo que es ajeno, o externo, a la transacción; en otras palabras, algo que afecta a un tercero" (Case & Fair, 2008, p. 265).

Asimismo, el centro de esta problemática está dado por sus efectos, al crear asimetrías entre los costos y los beneficios que reporta una transacción, tanto privados como sociales. Dicha situación se produce porque los costos asumidos en la transacción no se transfieren adecuadamente en los precios de mercado, dado que los mercados de los factores no los reconocen, lo que hace imposible su traspaso, por lo tanto, la eficiencia económica se vislumbra improbable ante los supuestos antes indicados. "En la medida que el mercado sólo tenga en cuenta los costos y utilidades privados, estaremos en una situación ineficiente, en la que será posible, mediante una reasignación del intercambio o la producción, hacer que al menos un agente mejore su situación sin que ningún otro empeore" (Larroulet & Mochón, 2003, p. 261).

Cada vez que una compañía inicia sus operaciones genera diversas clases de externalidades respecto de la sociedad en la cual se desenvuelve. Positivas, en la creación de trabajo, crecimiento económico, espacios de innovación, etc. Y, negativas,

como pueden ser la contaminación, intervención en espacios comunes como carreteras y caminos.

Las externalidades negativas pueden producirse en dos momentos del desarrollo de la actividad, en primer lugar, como consecuencias directas del proceso productivo, caso en el cual la institucionalidad ambiental debe regularlas a través de los procesos de impacto medioambiental. En segundo lugar, cualquier falla tecnológica que sufra la compañía puede redundar en consecuencias adversas para la comunidad cercana al proyecto, éstas deben ser abordadas por el proceso de autorregulación de la empresa, contemplando en sus manuales de procedimientos las potenciales fallas y estableciendo respuestas adecuadas para minimizar con rapidez las molestias al público.

En el contexto nacional hemos podido observar una serie de casos que se encuadran en algunas de estas situaciones. Es posible observar casos, donde, en razón de las consecuencias predecibles por proyectos potenciales, éstos fueron cancelados antes de concretarse, como es el caso punta de Choros, en razón del proyecto Barrancones de la empresa internacional (Suez Energy), donde esta se negó a cambiar la localización del proyecto tras protestas ciudadanas en defensa del santuario de la naturaleza ubicado en la zona (Hervé, 2011). Similar situación se observa en razón del caso Hidroaysén (2008), proyecto dependiente de las empresas Endesa Chile y Colbún S.A., donde la sociedad rechazó fuertemente la relocalización ambiental requerida para la implementación del proyecto.

### ***E. REQUERIMIENTOS DE NUEVAS PROPUESTAS***

Los conflictos que surgen en cada organización se basan en su proceso productivo, del cual se desprenden los riesgos, costos, externalidades, entre otras consecuencias, las que no pueden ser especialmente reguladas por el derecho, el cual está llamado a normar situaciones de general ocurrencia, mas no casos concretos.

En su esencia, las normas jurídicas corresponden a mandatos de conducta que se mantienen estables en el tiempo, es decir, se presentan como una herramienta estática, las cuales no han sido tradicionalmente las más eficientes en la solución de problemas modernos, en razón de la inamovilidad buscada por el legislador al crearlas.

Si bien es cierto, la complejidad en estos macrosistemas tiene ribetes de complejidad dinámica en el marco planteado por Peter Senge (Senge, Roberts, Ross, Smith, & Kleiner, 2012), no es menos cierto que cualquier intervención con el ánimo de mitigar las externalidades negativas producidas por las empresas en sus procesos productivos

implica necesariamente un avance en contra de la desidia que muchas corporaciones aplican en la actualidad.

Siguiendo la teoría de la regulación, ésta funcionaría como un proceso de autoajuste del capitalismo a fin de superar las crisis que atentan contra el modelo (Mollo & Maroscia, 2012). Ajuste que surge desde la organización misma en la búsqueda de mitigar los riesgos derivados de su actividad, mejorando su inserción en el sistema social en donde se desenvuelven.

Como lo ha expresado Singh con claridad: "El éxito a largo plazo de una corporación depende de manejar eficientemente las expectativas de las partes interesadas. Estas tienen el poder de imponer directa o indirectamente sanciones, o, alternativamente, recompensas a una compañía por sus servicios y su conducta ética. Las compañías que eligen ignorar sus obligaciones sociales y legales, pueden enfrentar reacciones violentas que reduzcan su productividad, incluyendo fuertes multas" (Singh & Bussen, 2015, p. 39). Por tanto, es dable concluir que la articulación de un programa de cumplimiento eficiente, en coherencia con el plan de responsabilidad social de la organización, permite anticipar riesgos propios de la actividad empresarial, mitigándolos en forma consecencial. De tal manera, la elaboración de planes de trabajo coordinados permite una mejor administración de los costos de la compañía, aminorando los riesgos de contingencias derivados de la operación.

Al buscar estándares que sirvan de base para la extracción de estos criterios, es posible utilizar ciertos principios internacionalmente aceptados, tales como la noción de responsabilidad, transparencia y justicia, en los que se basan tanto las leyes como los estándares internacionales (Singh & Bussen, 2015).

## *IV. Antecedentes generales del **Compliance***

### ***A. LA GRC: GOBIERNO CORPORATIVO, RIESGOS y COMPLIANCE***

Un concepto que ha comenzado a validarse en derecho comparado es el de GRC, que busca sistematizar una serie de herramientas de gestión que, al usarse de manera conjunta, maximizan los beneficios de la organización que las aplica. De tal manera, de acuerdo con lo propuesto por Steinberg, el concepto de GRC es un estándar preventivo que puede subsanar problemas potenciales para empresas, mediante la incorporación de criterios de gobierno corporativo, riesgos y *compliance* (GRC) (Steinberg, 2011, p. 2).

Por evaluación de riesgos es posible entender desde el mero manejo de riesgos que realiza una compañía, hasta un procedimiento estandarizado de medición de riesgos que incorpore la probabilidad de ocurrencia y planes de contingencia en el caso proyectado (Steinberg, 2011, p. 2).

Por *compliance*, inicialmente se comprendía el cumplimiento normativo realizado por la empresa a obligaciones de carácter legal, pero en la actualidad, se incluyen también la adhesión a políticas internas de la organización (Steinberg, 2011, p. 2), estas últimas suelen estar inspiradas en el código de ética de la organización, lo que tiende a subir el estándar de trabajo de las organizaciones empresariales.

Es importante considerar que la cultura organizacional es un aspecto crítico dentro de la definición de la GRC, ya que incorporará la ética y valores morales de los miembros de la empresa (Steinberg, 2011, p. 3), ya que éstos se proyectan en los procesos críticos de cualquier compañía al influenciar directamente en la toma de decisiones de las gerencias responsables.

Para el éxito de este sistema resulta relevante establecer medios de comunicación efectiva para el establecimiento y consolidación del gobierno corporativo, determinación de riesgos y *compliance*, ya que el GRC no se encuentra exento de fallas de comunicación que pueden generar faltas de comprensión que obstaculicen la implementación del sistema (Steinberg, 2011, p. 17).

## ***B. ÉTICA EMPRESARIAL***

La ética se define por la Real Academia de la Lengua como un: "Conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida" (RAE, 2018) por tanto, extrapolar este concepto al mundo empresarial es de suyo complejo, al considerar que las organizaciones empresariales carecen de una voluntad independiente de las personas individuales que las componen, lo que dificulta la incorporación del concepto de moralidad a un ente ficticio.

Desde otra perspectiva, es posible comprender ética como: "... un saber normativo que pretende orientar las acciones de los seres humanos. Y la ética empresarial es la aplicación de los valores morales y los principios éticos al ámbito específico de la empresa" (Martínez Herrera, 2011, p. VII). Para este autor, la ética empresarial surge de la aplicación de los principios generales de la ética al quehacer de las organizaciones económicas, de tal manera que serán los mismos fundamentos básicos los que deberán analizarse en el marco de sus acciones.

Al analizar la forma de comportamiento que presentan las personas jurídicas, analizando el concepto de ética basado en una postura filosófica que comprende la distinción entre el bien y el mal, adecuando el actuar de la empresa a esta visión, resulta forzado suponer que las personas jurídicas adecuarán su actuar a estos criterios, sin embargo, debemos entender que, en la práctica, estos criterios subjetivos son aplicados por las personas naturales que conforman dicho ente colectivo, y en ese sentido, esa conciencia del bien y el mal estarán dadas por las concepciones propias de quien dirige la compañía.

Así ante el planteamiento social que exige a las organizaciones empresariales un fundamento ético de sus actuaciones, ha llevado a la ciencia de la administración de empresas analizar la manera en que dichas organizaciones se comportan bajo el análisis de este prisma, pudiendo definir la ética empresarial como: "Los principios morales y los estándares éticos que guían el comportamiento empresarial" (Rezaee, 2009, p. 61).

La ética se ha convertido en una guía al interior de las organizaciones empresariales para la creación de los programas de cumplimiento. Así como la ética es una guía para los seres humanos, al interior de la organización los administradores escogen aquellas acciones que guían su conducta en razón de los intereses de sus miembros (Singh & Bussen, 2015, p. 16).

Si bien es cierto que en una primera etapa la ética no era un aspecto que naturalmente se le entregara a las organizaciones empresariales, con el tiempo, al separar la propiedad de las empresas con su administración se debió ajustar este aspecto, ya que como plantea Martínez Herrera: "La ética empresarial surge después del siglo XX cuando la pequeña empresa tradicional evoluciona formal y jerárquicamente, separando la dirección y la propiedad de las compañías" (Martínez Herrera, 2011).

Desde casos tales como el de la auditora internacional Arthur Andersen, la cual no sólo vio perjudicado su prestigio al verse involucrada en conflictos éticos, sino que, aun cuando nunca se probó la realización de una auditoría falsa a Enron en tribunales, bastó la acusación, para afectar los resultados financieros de la compañía en forma definitiva (Steinberg, 2011). Se ha observado que más allá del daño legal que puede sufrir una organización, el daño reputacional corresponde a un foco de interés que debe ser considerado dentro del análisis de riesgos a revisar por el oficial del *compliance* en la gestación de la política.

Con todo, existe el riesgo de convertir las políticas de cumplimiento en una mera imagen, para evitarlo, de acuerdo a Singh: "... necesita no solo que los negocios cumplan con la ley, sino que también aquellos esfuerzos de *compliance* deriven de una visión

ética que sea consistente con la noción pública de como los negocios deberían ser" (Singh & Bussen, 2015, p. 17).

Una de las barreras conceptuales que surgen dentro de la empresa en la gestación de una política de cumplimiento basada en estándares éticos es aquella que indica que los principios éticos son innatos en las personas, conductas aprendidas desde el entorno familiar, pero éste es un error, para Singh: "Nuestra crianza, nuestra comunidad y nuestra cultura influyen en nosotros e incluso son decisivos, al momento de formar nuestra perspectiva ética. Es por esto que las leyes existen" (Singh & Bussen, 2015, p. 18).

En el derecho corporativo anglosajón, ha surgido el concepto de "CRS", que incorpora el *compliance*, el manejo de riesgos y la responsabilidad social corporativa, articulando un sistema de control de riesgos coherente, consistente con las actividades desarrolladas por la organización empresarial.

Los conceptos de responsabilidad social y ética tienden a confundirse, las empresas socialmente responsables de acuerdo con Tricker: "... reconocen una responsabilidad por los impactos que pueden producir en los accionistas, las comunidades y el medioambiente, balanceando así sus intereses con la necesidad de hacer que sus ganancias crezcan y satisfagan a sus socios" (Tricker, 2009, p. 350). Por otra parte, la ética enfoca su quehacer en el comportamiento de la organización y su conducta, lo que las lleva a establecer políticas y códigos de ética aplicables a sus colaboradores (Tricker, 2009).

De tal manera resulta desafiante comprender qué se entiende por comportamiento ético de la empresa, a menos que se considere que al igual que cualquier ente colectivo dependerá del comportamiento que se considere adecuado por los diversos actores que conforman a la organización. Así, desde una perspectiva sistémica, cualquier actor que ingrese a la compañía podrá potencialmente convertirse en un agente de cambio para la forma de diseñar, aplicar o comprender los parámetros éticos de la organización.

La labor que realiza el código de ética de la compañía, más allá de la enunciación de aquellos principios que se consideran correctos por la organización, está dado por la promoción de un comportamiento ético y profesional, particularmente en la dirección de la organización, y estableciendo la estructura moral de la misma (Rezaee, 2009, p. 61).

Otro de los desafíos que deben ser enfrentados por la toma de decisiones en materia corporativa está dada porque la aplicación práctica de las decisiones empresariales no sólo deben basarse en la ley, sino que en la costumbre, certificaciones y reglamentos,

que en muchos casos se aplican dentro de la estructura de una empresa, y que deben ejecutarse en forma voluntaria por las organizaciones a las que rigen (Eisenberg, 1993).

La visión inicial de que comportamientos reñidos con la ética no serían percibidos por las organizaciones como negativos ha probado con el tiempo estar errada. Los efectos de estos comportamientos se basan en la comunicación que es recibida por los grupos humanos que interactúan desde y hacia la organización (Steinberg, 2011, p. 11), afectando la imagen del o los ejecutivos afectados por el cuestionamiento ético sin importar su posición dentro de ésta.

#### **a) Estándares mínimos de conducta exigibles a la empresa**

Para conciliar estándares aplicables a una organización empresarial, debemos identificar el punto en la evolución de las empresas en que la visión de la entidad se separa claramente de la de sus dueños, para Martínez este momento se presenta durante el siglo XX (Martínez Herrera, 2011).

Este punto resulta crítico dentro de la organización de las entidades, ya que origina una tensión evidente entre sus propietarios y aquellos llamados a administrarla. En múltiples ocasiones los intereses de estos grupos se ubican en metas contrapuestas, ya que el administrador tiende a privilegiar su bienestar económico, lo que lo lleva a empujar una planificación a corto plazo, en la búsqueda de bonos económicos asociados a sus metas de gestión, mientras los accionistas tienen una visión de largo plazo en la proyección del negocio en el tiempo.

Como ya se ha señalado, uno de los desafíos que deben ser enfrentados por la toma de decisiones en materia corporativa está dada porque la aplicación práctica de las decisiones empresariales no sólo debe basarse en la ley, sino que en la costumbre, certificaciones y reglamentos, que en muchos casos se aplican dentro de la estructura de una empresa, y deben ejecutarse en forma voluntaria por las organizaciones a las que rigen (Eisenberg, 1993).

La razón de este cambio de interpretación ético se basa en la disparidad de intereses que presentan la administración y la propiedad de una compañía en forma simultánea, ya que, por una parte, los dueños de la organización buscarán obtener el mayor beneficio financiero posible, y, por otra, la administración buscará consagrarse en su posición de poder al interior de la organización, si a estos intereses contrapuestos sumamos los crecientes actores que deben ser considerados al momento de determinar la estrategia de una compañía (a saber, consumidores, proveedores, comunidad y

trabajadores), el desafío de determinar los principios éticos de una empresa comienza a adquirir una complejidad más profunda.

### ***b) La ética y el *compliance****

Una pregunta frecuente que surge durante la implementación de políticas de cumplimiento es si estas deben ceñirse sólo a las normas jurídicas vigentes o si es preciso incorporar parámetros éticos dentro del análisis de un sistema efectivo de *compliance*. La mayor parte de la doctrina opta por la segunda opción, ya que las políticas y procedimientos internos en muchas ocasiones exceden lo establecido en la ley, pero no por eso resultan menos vinculantes para los miembros de la organización.

Este fenómeno surge de la especialidad de cada proceso productivo. La ley en su esencia es genérica, y, por tanto, escapa en su redacción del caso concreto, cada particularidad que su aplicación implique en un determinado proceso productivo será consecuencia de sus características propias, siendo reflejadas en sus reglamentos internos, políticas, procedimientos, códigos de ética o matrices de riesgo, según corresponda.

Será en esta interpretación de la norma cuando la organización, para dar cumplimiento a las leyes, revisa sus propios procesos desde una perspectiva analítica, para establecer procedimientos que, inspirados en los principios y valores voluntariamente adscritos por la institución, incorporan la ética como parte integrante de las políticas de cumplimiento.

### ***c) Conflictos a los que se ve expuesta la empresa***

De acuerdo a lo que se ha indicado en el acápite anterior, las organizaciones empresariales en el desarrollo de sus actividades empresariales generan riesgos, los cuales pueden traducirse en externalidades negativas que afecten a su entorno.

Resulta complejo abordar la idea de ética empresarial desde una única perspectiva, ya que la forma de conducción de estas organizaciones tendrá manifestaciones concretas en principios que se desprenden de cada una de las múltiples dinámicas en que participan, especialmente determinadas por los desafíos que otros actores les van imponiendo.

De tal manera, la gestión desde el seno de una compañía implica necesariamente conocer dichos riesgos en su totalidad, para poder establecer protocolos de

comportamiento tanto al interior como hacia el exterior de la compañía que permitan aminorar dichas consecuencias dañosas, como, asimismo, revertir cualquier daño que afecte a los grupos de interés.

Dentro de los grupos de interés que deben ser analizados en el procedimiento de *compliance*, es posible distinguir, al igual que en responsabilidad social, a: accionistas, trabajadores, proveedores, consumidores, la comunidad, en todo aquello que esté expresamente regulado por la ley, y las normas éticas de la empresa. Pero también se suman el Estado y los competidores, con quienes su relación está regulada casi en su totalidad.

Así, al analizar los diversos conflictos a los que se ve expuesta la empresa, es posible distinguir cuatro focos principales que tienen relevancia con la ética empresarial: 1. Conflicto entre la empresa y su entorno. 2. Conflicto entre la empresa y el Estado. 3. Conflicto entre la propiedad y la administración. 4. Conflicto entre el administrador y su dependiente, también llamado problema de la agencia en la corporación moderna.

Cada uno de estos focos genera conflictos de diversa naturaleza, que pueden dar origen a la aplicación de normas y principios legales de distinta naturaleza jurídica, como se verá a continuación.

#### *i. Conflicto entre la empresa y su entorno*

Al encontrarse dentro de un sistema social, las actuaciones desarrolladas por la empresa afectan al entorno en el cual se desenvuelve, en razón de externalidades negativas, reales o eventuales, derivadas del proceso de producción de la organización. Muchos de estos resultados son regulados expresamente por el Estado, obligando su incorporación en el sistema de *compliance* de la organización.

##### **i.a) Conflictos sociales**

Así, las empresas, al incorporarse dentro de un país, comienzan a formar parte de dicha realidad social, por lo que requieren estar conscientes como organización de aquellos cambios que provocan en su entorno, ya sean ambientales, viales, arquitectónicos, etc.

Este detalle, que pudiera parecer poco importante a primera vista, resulta particularmente relevante en América Latina, donde, en los últimos años, se ha podido observar un creciente descontento de las sociedades civiles respecto del actuar ético de las empresas y de la manera en la que generan beneficios.

Las causas de estos estallidos sociales son múltiples, desde conflictos de carácter local territorial, ambientales, corrupción, vinculación con la política, entre otros, particularmente en Chile han sido estudiados por Penaglia y Valenzuela en "conflictos estudiantiles (2006, 2011, 2013), mapuches (2010-2013) hasta conflictos territoriales-ambientales (Pascualama, 2005-2006 y 2013; Mehuín, 2006; Caimanes 2010; Castilla, 2010; Hidroaysén, 2011; Freirina 2012)" (Penaglia Vásquez & Valenzuela Van Treek, 2014); como asimismo, gratuidad en la educación (2014-2015), carrera docente (2015) y corrupción en la política (2015).

Siguiendo a Rodríguez y Arnold, el problema de los fenómenos sociales que afectan a la empresa moderna tiene su origen en la exclusión de grupos que manifiestan su imposibilidad de incorporarse a una realidad social que les es ajena mediante la expresión de sus necesidades urgentes de manera "peligrosa" (Rodríguez & Arnold, 2007).

Es decir, ante situaciones en que grupos completos de la sociedad civil son relegados a un segundo plano, en el que los ingresos obtenidos por las familias no les permiten muchas veces cubrir sus gastos básicos sin el acceso a subsidios estatales, se produce un efecto de marginación de sectores completos de la sociedad, los cuales perciben con frustración la imposibilidad de obtener los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades más urgentes (Rodríguez & Arnold, 2007). El riesgo de movimientos sociales de carácter violento aumenta al considerar que los tiempos de respuesta del Estado para la satisfacción de aquellas necesidades es mayor al que requieren los ciudadanos enfrentados a dichos problemas.

El principal desafío de la política pública en contextos de conflictos sociales se encuadra en el tiempo de respuesta a las necesidades urgentes planteadas por los grupos excluidos, dado que la rapidez de respuesta demandada por los grupos sociales no tiene un correlato en el diseño, aplicación e implementación de la política pública (Rodríguez & Arnold, 2007). La frustración de los actores sociales respecto de la lentitud del Estado para acoger sus demandas es descargada en contra de las organizaciones empresariales en forma directa.

Las empresas se encuentran cada vez más conectadas con la sociedad, y cuando las bases del compromiso social comienzan a tambalear, la concepción de empresa también resiente este cambio (Majluf, 2011), es por esto que la capacidad de adaptación cobra vital importancia, basado en la comprensión del lenguaje y sus expectativas.

Sin embargo, es posible observar ciertos riesgos en el manejo del entorno por las organizaciones empresariales. En primer lugar, estas crisis pueden evidenciar fallas en

la cultura organizacional. En segundo lugar, dichas fallas tienden a agravarse cuando la gerencia realiza comunicados de prensa (Steinberg, 2011, p. 16). Es interesante observar que al realizar una entrega de información a los grupos de interés se elevan las expectativas del medio respecto de los comportamientos a esperar de la organización empresarial, por tanto, cuando la cultura organizacional impide el cumplimiento de los compromisos establecidos con el público, la relación con los grupos de interés acentúa sus diferencias antes que minimizar los espacios de crisis.

Las expectativas del sistema en el que se ubica la empresa se basarán no sólo en compromisos verbales de los gerentes de una empresa, sino que, sobre todo, en las acciones concretas que evidencien los compromisos que se han tomado con los grupos de interés (Steinberg, 2011, p. 16).

Los movimientos sociales presentan ciertas características básicas que surgen desde el grupo social que lo propugna, al comprender que cuando genera un conflicto, éste realiza ciertas reivindicaciones propias, que tienen significación social, desarrollando un espacio de solidaridad e identidad común, este grupo genera redes organizacionales y plantea ciertos cuestionamientos o conflictos respecto del espacio donde actúa (Seoane, Taddei, & Algranati, 2008). Cuando la reivindicación tiene que ver con la relación de la empresa con su entorno, es ella quien se erige como el antagonista de este conflicto, al que llamaremos conflicto social originario, para distinguirlo del conflicto social multilateral o rizomático, en el que varios actores con intereses diversos se unen para una reivindicación social (Penaglia Vásquez & Valenzuela Van Treek, 2014), al que denominaremos conflicto social secundario.

Este conflicto social secundario se origina cuando, a propósito del conflicto social originario, se gestan alianzas entre movimientos sociales de diversa índole, que buscan soluciones a controversias diversas, y que se unen aparentemente por una característica: los sujetos colectivos que los componen comparten una fuerte crítica al modelo económico neoliberal (Seoane, Taddei, & Algranati, 2008). La empresa, entonces, se convierte en una víctima de este movimiento social (Lyotard, 2014) al no ser capaz de responder a la diversidad de intereses (muchas veces contrapuestos) que los actores reclaman (Penaglia Vásquez & Valenzuela Van Treek, 2014).

### **i.b) Gestión del entorno**

Al momento de planificar la implementación de una estrategia, las organizaciones analizan factores que les resultan propios, y no replicables en relación a otras instituciones. Es importante considerar que los actos de una organización afectan directamente a la comunidad en la cual se encuentra inserta, y, por tanto, resulta importante la consideración de los cambios sociales en la planificación para poder

proyectar las consecuencias que sus estrategias podrán generar con el paso del tiempo (De Geus, 2011), comprendiendo que en razón de dichos cambios pueden perder vigencia con bastante rapidez, lo que redundaría en la necesidad de dotar a las empresas de una capacidad de pronta reacción ante los estímulos del medio (Agulló, 1999).

Esta capacidad de reacción sistémica a los requerimientos del entorno es lo que Cubillo denomina inteligencia empresarial, entendiendo por tal: "... aquel conjunto de capacidades propias o movilizables por una entidad lucrativa, destinadas a asegurar el acceso, capturar, interpretar y preparar conocimiento e información con alto valor agregado para apoyar la toma de decisiones requeridas por el diseño y ejecución de su estrategia competitiva" (Cubillo, 1997, p. 261).

Resulta interesante el considerar que, una perspectiva sistémica, implica que una serie de variables interdependientes entre sí ejercen influencia sobre el sistema en su totalidad, de tal manera, que la afectación de cualquiera de sus variables afecta al todo (Pereda Marín & Berrocal Berrocal, 1999). Desde esta perspectiva, la empresa se entiende como sistema abierto por la constante interrelación con el medio en el cual se desenvuelve.

### **i.c) Un lenguaje común**

Para efectos de influenciar a los grupos de interés, sea en modificación de conductas o en simplemente comunicar aquellas estrategias, políticas, procedimientos, establecidos por la organización para mejorar su relación con éstos, se requiere un especial cuidado en el lenguaje a utilizar en los instrumentos de comunicación seleccionados.

Se debe privilegiar el uso de palabras que sean ampliamente conocidas por todos los miembros de la organización, para lograr una comunicación efectiva con los actores involucrados (Steinberg, 2011, p. 16).

### *ii. Conflicto entre la empresa y el Estado*

En la relación con el Estado es posible distinguir el cumplimiento de la Ley de Responsabilidad de Personas Jurídicas como un principio claro, como también las normas anticorrupción en el caso de organizaciones multinacionales.

Es importante considerar que el Estado, al centrar sus acciones en el bien común, tiende a contraponer sus actuaciones a los intereses de las empresas privadas, mediante la dictación de normas legales que vienen a restringir el espacio de libertad en el cual se desenvuelven las organizaciones privadas.

Con todo, la ciencia económica reconoce que, en caso de fallos de mercado, se habilita al legislador para regular las actuaciones de los privados. A saber, dichos fallos corresponden a: interposición de barreras a la entrada de un mercado, asimetrías de la información, externalidades negativas y monopolios.

El desafío de la empresa privada en este caso es lograr, a través de la representación de sus asociaciones gremiales, espacios de entendimiento que las alineen en torno a la autorregulación, evitando la gestación de fallos de mercado que incentiven al regulador a participar directamente normando sus actividades, ya que en esas normas se podrán afectar potencialmente negocios lícitos, beneficiosos para la industria.

### *iii. Conflicto entre la propiedad y la administración de una compañía*

Para el derecho anglosajón, uno de los principales objetos de estudio dentro del derecho corporativo está dado por el conflicto que se observa entre los dueños de las empresas y sus administradores, ya que ambos desean tomar las decisiones que corresponden a la organización.

Hoy, a estos dos actores, esencialmente contrapuestos, debemos sumar a la sociedad en su conjunto, que ha influenciado una serie de regulaciones al interior de las sociedades por acciones, en búsqueda de proteger la simetría de la información, garantizando a potenciales inversionistas el realizar una inversión en igualdad de condiciones que un accionista mayoritario o un miembro de la administración de la entidad.

Este razonamiento justifica la incorporación de normas tales como abuso de información privilegiada, manipulación de precios de mercado, o, en relación a la nueva Ley N° 21.121, que viene a complementar la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas, incorporando nuevos ilícitos tales como el delito de corrupción entre privados.

Originalmente, la ética empresarial y los principios de gobiernos corporativos se basan en la conciliación de dos intereses contrapuestos. Por una parte, el ejercicio de la propiedad y control de una compañía, ejercido por sus dueños o accionistas. Y, por otra, el ejercicio de su administración (Bainbridge, 2008).

Este conflicto resulta difícil de comprender desde una perspectiva teórica, pero inherente en la práctica corporativa. Ambos grupos desean sus utilidades. Los administradores motivados por el deseo de mantener su puesto de trabajo y los beneficios económicos derivados de su posición.

Comprendiendo la legitimidad de los intereses de ambos grupos, la política de *compliance* de la compañía deberá identificar aquellos puntos de conflicto que afectan la matriz de riesgo de la organización, previniendo que dichas diferencias redunden en consecuencias negativas para la empresa.

Con el tiempo, surgen otras ideas que vienen en complementar la noción de ética empresarial, en la medida que los elementos éticos dejan de limitarse a normas que regulan la relación entre los administradores de una empresa y sus dueños, para ocuparse de las expectativas que la sociedad como conjunto alberga respecto de las organizaciones empresariales.

Para Bacigalupo, por su parte, la ética empresarial implica el circunscribir su actuación a una serie de valores, los que en sus palabras: "... se refieren, básicamente, al fin que justifica una acción y están en la base de una ética normativa empresarial que se expresa en un código de deberes de actuar o de omitir acciones en circunstancias concretas que denominamos reglas de conducta" (Bacigalupo E., 2011, p. 33) siendo el deber más importante a cumplir por las organizaciones, el cumplimiento del derecho.

Por tanto, desde una perspectiva objetiva, es decir, analizando la relación de la organización con su entorno escapamos del paradigma que establece que las empresas pueden operar por estas amparadas en el principio de libertad económica. Al intervenir un sistema social (Luhman, 2017) la entidad, en su calidad de agente económico, deberá justificar el proyecto que pretende realizar frente a la comunidad que se verá afectada por las externalidades de sus actos.

En contraposición con esta realidad, desde una perspectiva subjetiva, es decir, al interior de la empresa, la estrategia de la empresa, y, por tanto, su sistema de *compliance* debe considerar desde el momento de su diseño su cultura organizacional, entendida como aquellos acuerdos uniformes entre los miembros de una empresa.

Desde una perspectiva positivista dichos acuerdos se nutren del cumplimiento de las normas legales a las que las organizaciones deben adscribir en forma obligatoria, por tanto, un elemento básico para la determinación de la ética empresarial está dado por la identificación de las normas que le resultan aplicable a una empresa, y el establecimiento de procedimientos al interior de dicha entidad que respeten estas obligaciones.

Por otra parte, es dable considerar que este acuerdo entre los miembros de la organización surge desde la concepción colectiva de lo que es correcto e incorrecto. Es decir, la noción que tenga la sociedad respecto a quien debe soportar un daño generado

por la actuación de una empresa en el entorno. Si es que lo estudiamos desde una perspectiva práctica, existe la visión colectiva de que quien genera un daño debe responder por éste, en el caso de las empresas no existe una excepción a dicho principio. Por tanto, cuando se observan externalidades negativas derivadas de una actividad económica, quien debe hacerse cargo de dichos costos, de acuerdo a la cultura colectiva, debiera ser la misma organización que genera el daño.

Para ciertos autores, como es el caso de Bacigalupo, existe un constante conflicto dentro de la estructura económica entre la búsqueda de beneficios económicos y la ética empresarial, ya que el derecho puede entrar en colisión con la búsqueda del interés económico (Bacigalupo E., 2011). Con todo, la base del desarrollo de un plan de negocios resulta de la forma en que en un país determinado norma la realización de dicha actividad, para lo cual se debe construir dicho plan sobre los requisitos establecidos en la ley para su desarrollo, asumiendo como costos de la actividad aquellos que provengan de las normas jurídicas aplicables en un territorio determinado.

Así, el empresario que estime que las normas incluyen demasiados costos innecesarios en el ejercicio de su actividad económica tenderá a abstenerse de dedicar sus esfuerzos a cumplir ésta, salvo que la norma incorpore sanciones eficientes para asegurar el cumplimiento de la legislación aplicable, incentivando su observancia.

### ***C. PRINCIPIOS DE LA ÉTICA EMPRESARIAL***

Para el estudio de los principios de la ética empresarial usaremos como base los principios analizados por el "American Law Institute" (ALI) en materia corporativa, los que se pueden dividir en: El objetivo y el comportamiento de las organizaciones empresariales, la estructura de la corporación, el deber de cuidado, entre otros.

#### **a) La conducta que debe observar una empresa**

Al analizar la conducta esperada dentro de una determinada organización empresarial se plantea, por los principios del ALI, que los objetivos y el comportamiento de una corporación debe basarse en ciertas reglas básicas para que su comportamiento sea considerado ético:

a) Una corporación debe tener como objetivo de conducta de las actividades económicas que desarrolla el generar utilidades financieras y ganancias a sus accionistas.

b) Incluso cuando no se alcancen dichas utilidades financieras y ganancias para sus accionistas, la corporación debe conducir sus negocios de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Está obligada, al igual que las personas naturales, a actuar dentro de los límites de la ley.
2. Debe tomar en cuenta aspectos éticos que son considerados como razonablemente apropiados, desde una perspectiva responsable de dirigir los negocios.
3. Puede orientar un monto razonable de recursos al bien común, a causas humanitarias, educacionales y filantrópicas.

Cada uno de los elementos, antes identificados, corresponde a una forma de ver la organización empresarial fuera del marco clásico de la generación de utilidades financieras, ya que se orienta hacia la gestación de beneficios sociales que hagan la operación sostenible en el largo plazo.

De acuerdo a lo explicado por Ariel de Geus en su texto, *La empresa viviente* (De Geus A., 2011), las organizaciones empresariales que logran una longevidad mayor en el tiempo son aquellas que han logrado canalizar las necesidades de su entorno excediendo los objetivos netamente económicos.

#### *i. La obtención de utilidades financieras para la organización y ganancias para los accionistas*

Una de las premisas básicas dentro de la práctica del derecho corporativo es el reconocimiento de que el objetivo principal del desarrollo de una actividad económica es la generación de utilidades financieras a favor de la empresa, y, consecuentemente para sus accionistas (Eisenberg, 1993) (o dueños dependiendo el tipo social utilizado para la organización de la institución empresarial), hecho que es directamente reconocido dentro de los principios del ALI.

Es más, algunos autores reconocen este objetivo como parte integrante del aspecto económico de los principios que la responsabilidad social empresarial está llamada a conquistar (Navarro García, F., 2012).

Lo anterior no obsta a que se debe reconocer que la empresa tiene dos dimensiones, una social y otra económica (Eisenberg, 1993), y, en ciertos casos, éstas tienden a contraponerse e incluso entrar en conflicto.

Reconociendo que en muchos casos el establecimiento de fines distintos a los económicos surge de la presión social del entorno de la compañía, en definitiva, su reconocimiento surge en el procedimiento de *compliance* como una estrategia de mitigación de riesgos.

Como lo ha indicado Tricker al expresar que: "El desafío para las juntas es equilibrar el riesgo con una recompensa aceptable. En otras palabras, para comprender la exposición de su empresa al riesgo, para determinar cómo se enfrentan esos riesgos y para garantizar que se maneje adecuadamente, el gobierno corporativo implica la creación de valor comercial mientras se gestiona el riesgo. La gestión del riesgo, no la minimización del riesgo, debe ser tema" (Tricker, 2009, p. 328).

En tal sentido, la administración reconoce la existencia del riesgo, lo pone en conocimiento de la junta de accionistas y propone un curso de acción para aminorar las consecuencias negativas que el evento proyectado pudiera causar en la organización, estableciendo un canal apropiado para su denuncia, investigación y gestión posterior.

#### *ii. Actuar dentro de los límites legales*

El reconocimiento de que las actuaciones en el ejercicio de una actividad económica deben encontrarse en respeto de las normas legales prescritas para el desarrollo de dicha actividad resulta evidente, pero no por esto es menos relevante que se indique en forma expresa por los principios de ALI la exigencia a mantener dicho respeto por las organizaciones empresariales.

Es más, si bien es cierto que las actuaciones dentro del marco de la ley son consideradas como básicas en una implementación ética de la empresa, es importante recordar que la ley es abstracta y que debe ser interpretada para su adecuada aplicación al caso concreto.

De tal manera, el oficial de cumplimiento, al realizar el análisis de los riesgos de incumplimiento normativo, debe contrastar la ley con el proceso productivo de la organización, viéndose obligado a interpretar la norma desde una perspectiva conservadora, intentando conciliar el interés de los accionistas de la máxima generación de utilidades posible, con una política de gestión de riesgos que prevenga incumplimientos legales, sean voluntarios o involuntarios dentro de la organización, mediante la instrumentalización de las políticas y procedimientos de la compañía.

*iii. Tomar en consideración aspectos éticos razonables en el desarrollo de sus negocios*

Esta es una idea de interesante incorporación dentro de los principios orientadores de la conducta de empresas norteamericanas, ya que, si bien las decisiones de los administradores no son rara vez encaminadas por principios éticos, se debe privilegiar el comportamiento ético por sobre la obtención de ganancias materiales (Eisenberg, 1993).

Este punto no es menor de considerar, ya que resulta concordante con la aspiración que los grupos sociales han ido manifestando en diversas latitudes en referencia al comportamiento esperado de las empresas. Esta perspectiva viene a recoger aspectos considerados dentro de la economía conductual, la que es explicada por Felber al indicar: "... analiza los fenómenos económicos de las personas no como seres racionales sino como personas integrales, en las que lo emocional, lo instintivo y lo social juegan un papel mucho más destacado que la pura intelectualidad" (Felber, 2012, p. 10).

*iv. Destinar recursos corporativos al desarrollo del bien común, causas humanitarias, educacionales y filantrópicas*

Tradicionalmente la jurisprudencia norteamericana ha tomado dos posturas para interpretar la destinación de recursos de empresas privadas a fines de interés público en vez de privilegiar la repartición de utilidades a sus accionistas, ante el reclamo de dichos accionistas en demandas de responsabilidad civil basadas en los supuestos perjuicios sufridos por las empresas objeto del reclamo.

Para Eisenberg, un grupo de fallos ha determinado que dichas donaciones han sido un método para obtener beneficios económicos posteriores. En un segundo grupo de fallos se ha considerado como un fin válido en sí mismo, ya que el mantener un sistema social sano mediante el uso de recursos de la empresa en dichas causas genera beneficios a largo plazo en los objetivos corporativos (Eisenberg, 1993, p. 1277).

Asimismo, se han dictado normas legales en las cuales estos objetivos no sólo se reconocen, sino que se promueven, de acuerdo a lo establecido en el "Model Business Corporation Act" adoptado por los estados de Alabama, Arizona, Arkansas, Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kentucky, Maine, Massachusetts, Mississippi, Montana, Nebraska, New Hampshire, North Carolina, Oregon, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin y Wyoming.

En esta línea de ideas, a modo ejemplar, el estado de Illinois en (805 ILCS 5/) Business Corporation Act of 1983 (§ 3.02.) establece que, a menos que exista una prohibición expresa en los estatutos de una empresa comercial, el directorio de la misma puede realizar donaciones para el bienestar público, o para actividades caritativas, científicas o educacionales.

Es más, de acuerdo con lo establecido en la Sección 8.85, del mismo cuerpo legal, tanto los miembros del directorio como los administradores de la empresa en el ejercicio de sus cargos podrán (siempre teniendo en cuenta los mejores intereses de la organización en el corto y largo plazo) el considerar los efectos de cualquier acción sobre trabajadores, proveedores y consumidores, tanto de la organización como de sus subsidiarias, las comunidades donde la empresa o entidades relacionadas se ubican, y cualquier otro elemento pertinente.

De esta forma, la legislación vigente permite a los administradores de una organización empresarial el establecer con plena libertad aquellas políticas de manejo de grupos de interés que estimen necesarias, no sólo en el corto plazo, sino que en razón de una visión estratégica a largo plazo de la organización.

Este punto reviste especial importancia, ya que, al establecerse una autorización expresa por la normativa, se exime de responsabilidad a la administración de las empresas por las evidentes mermas en las utilidades o dividendos a repartir a favor de los accionistas en razón de la implementación de políticas de responsabilidad social o éticas, dependiendo de los objetivos establecidos por la organización.

## **b) Deber de cuidado**

### *i. Antecedentes generales*

En general, cuando se analiza el cumplimiento de las obligaciones de un miembro de la administración de una organización empresarial, uno de los criterios básicos que surgen del derecho anglosajón para la realización de este análisis es el deber de cuidado.

De acuerdo a los principios de ALI el deber de cuidado implica que el director o el administrador tienen una obligación con la empresa de desempeñar sus funciones desde la buena fe, de una manera tal que tenga una convicción razonable de estar actuando en los mejores intereses de la empresa, y que el estándar de cuidado es el que una persona prudente usaría razonablemente desde esa posición en circunstancias similares.

Mediante el deber de cuidado se establece una obligación de medios, no de resultados, a las actuaciones de los administradores (o factores de comercio). En la aplicación de este concepto se establece un estándar de cuidado basado en la prudencia y en la aplicación de sus conocimientos técnicos, estableciendo que sus actuaciones deberán basarse en una debida diligencia, con ausencia de conflictos de intereses.

Estas ideas quedan claras en la opinión de Singh & Bussen, quienes explican el deber de cuidado indicando que: "Los Directores y oficiales están legalmente requeridos para ejercer un juicio empresarial prudente y sensato. En la práctica, directores y oficiales no son responsables por una mala decisión de negocios, siempre y cuando hayan ejercido la debida diligencia al tomar una decisión informada. Empero, pueden ser considerados responsables, cuando la decisión de negocios fue influida por un conflicto de intereses u otro incumplimiento del deber" (Singh & Bussen, 2015, p. 36).

Por tanto, el grado de cuidado que se requiere en el ejercicio de este deber corresponde a lo que se ha denominado en derecho continental como la culpa leve, es decir, en este caso, los administradores de una organización empresarial deben actuar con el cuidado que un hombre prudente utilizaría en sus negocios propios (usualmente referido al directorio de una persona jurídica). Este concepto, en derecho anglosajón se establece como un cuidado razonable, el cual se viola cuando los directores han sido negligentes (Bainbridge, 2008).

Con todo, es importante recalcar que la negligencia deberá ser probada en caso de litigio, no siendo suficiente prueba para condenar a la administración que la decisión cuestionada haya implicado una merma financiera en los resultados de la compañía.

## *ii. Business Judgement Rule*

La regla general en esta materia es la aceptación de las decisiones de los órganos de administración por la judicatura, basado en el ejercicio del cuidado razonable por sus miembros. Excepcionalmente se aplica la doctrina del *business judgement rule*, que aplica un criterio más estricto ya que viene a conciliar dos intereses contrapuestos: la discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de los directores, y, por otra, la persecución de la responsabilidad de los directores por las decisiones que han tomado en el ejercicio de su cargo (Bainbridge, 2008).

Si bien, de acuerdo con las normas estatutarias basta cumplir con el grado de cuidado antes indicado, en la aplicación de esta regla, las cortes norteamericanas interpretan el problema desde una perspectiva distinta, verificando que se cumplan los requisitos del *business judgement rule*, que permite imponer la responsabilidad de un director o

administrador simplemente porque su conducta puede ser considerada como imprudente, en caso de que se cumplan los siguientes requisitos (Eisenberg, 1993, p. 1282):

1. Se debe haber tomado una decisión.
2. La decisión debe haberse tomado de buena fe (es decir, que el director o administrador no hayan quebrantado la ley a sabiendas).
3. El director no debe haber presentado un conflicto de intereses en la decisión.
4. El director o administrador debe haber estado bien informado respecto de la decisión con la profundidad que habría sido apropiada de acuerdo a las circunstancias.

En general las cortes han aplicado una perspectiva distinta a la de la buena fe para medir el estándar de exigencia a los directorios en la aplicación de esta norma; han revisado la calidad de la decisión desde una perspectiva basada en el rol fiduciario de los miembros del directorio (Eisenberg, 1993, p. 1283).

De la misma manera esta clase de exigencias en el cuidado de la toma de decisiones de las organizaciones multinacionales permean en otros ordenamientos jurídicos que no incluyen estas exigencias a través de la internacionalización de los contratos comerciales y la costumbre mercantil, como fuentes que vienen a aumentar el grado de cuidado debido en la administración de empresas a través de su interpretación judicial de dichas fuentes del derecho.

### *iii. La revisión judicial de decisiones operacionales*

En la doctrina anglosajona se hace una división entre aquellas decisiones que son revisadas judicialmente cuya naturaleza se basa en decisiones operacionales de la compañía y aquellas que corresponden a una falta de cuidado por parte del directorio.

En general, se busca aumentar el estándar de prueba al de la mera buena fe, sin desincentivar la toma de decisiones de negocios arriesgadas frenando a una organización empresarial en la agresividad de sus planes de negocios. En definitiva, al revisar la base operacional de las decisiones tomadas por el ente administrativo de una empresa se busca que dicha decisión tenga una base racional que justifique el riesgo asumido (Eisenberg, 1993). Pero en caso alguno los tribunales de justicia se abrogan la potestad de cuestionar un plan de negocios que ha sido diseñado e implementado con racionalidad.

Para Bainbridge, las cortes han presentado un particular cuidado de no cuestionar decisiones en las cuales no quede en evidencia que los directores han actuado en fraude, ilegalidad o conflicto de intereses (Bainbridge, 2008 p. 109). Por tanto, la aplicación de un adecuado sistema de *compliance* viene a preconstituir prueba ante la potencialidad de ocurrencia de estos casos, ya que evidencia la preocupación oportuna del administrador por establecer políticas, procesos y procedimientos que minimicen los riesgos esperables del ejercicio de la actividad de negocio de la organización.

El estándar que se ha seguido por la jurisprudencia anglosajona es el de la racionalidad en la toma de decisiones (Eisenberg, 1993, p. 1283), lo que abre espacio a la innovación desincentivando el riesgo excesivo de los recursos organizacionales.

### **c) Otros principios rectores de la actividad empresarial**

#### *i. Principio de lealtad integral*

La también denominada regla de *undivided loyalty*, en el derecho anglosajón, se basa en el análisis del conflicto de interés al interior de la empresa. Al contrario que en la regla del *business judgement rule*, la cual se basa en la inexistencia de un conflicto de interés, el principio de la lealtad integral parte de la base de la existencia de intereses contrapuestos. En palabras de Singh: "Los Directores y oficiales deben dejar de lado sus intereses personales y actuar según los mejores intereses de la empresa. Esto requiere que los directores identifiquen conscientemente los conflictos de intereses y traten de evitarlos. Los Directores deben poder manejar cualquier potencial conflicto de interés con entera transparencia, honestidad e integridad" (Singh & Bussen, 2015, p. 36)

Del análisis del principio de lealtad integral es posible determinar que esta regla es más amplia que el mero deber de lealtad para con la institución en la cual se desempeña, ya que busca, desde una perspectiva holística, dos aspectos fundamentales: 1. La ausencia de interés personal. 2. La independencia del director de intereses externos a la compañía.

En primer lugar, en lo referido a la ausencia de interés personal implica que "un director está afectado por un interés cuando del acto u omisión que debe ejecutar podría generarle un beneficio o pérdida más allá del que pudiera provocar hacia la organización en la que se desempeña o a los accionistas de ésta" (Bainbridge, 2008, p. 130). En segundo lugar, un director será independiente cuando pueda basarla en los méritos corporativos del tema a decidir más allá de las consideraciones a influencias externas (Bainbridge, 2008, p. 130). La naturaleza de estas influencias puede ser variada, sean grupos de interés, partidos políticos, bloques de accionistas, entre otros.

Con todo, esta regla no significa que en caso de que surja una oportunidad de negocios interesante para la empresa con una organización relacionada con uno de sus miembros esté prohibido el tomar dicho negocio, sino que está obligado a informar a un órgano superior sobre su interés, para que la oportunidad de negocios sea evaluada en su mérito por quien no presente conflicto alguno en la toma de decisión.

#### *ii. Principio de negociación de buena fe (Fair Dealing)*

El deber de negociación leal, o de buena fe, corresponde a una de las variantes especiales que se desprenden directamente del deber de lealtad. Analizando la visión anglosajona sobre este principio surge la obligación de los directores de abstenerse de negociar con la empresa en la que prestan sus servicios, o, dicho de otro modo, la prohibición de autocontratar con su compañía.

En una línea de derecho continental se puede identificar como una expresión de este principio el análisis durante negociaciones con contrapartes que no cuentan con el mismo poder de negociación, es decir, en la implementación de contratos de adhesión.

Respecto de la autocontratación con/entre los administradores y la empresa en la que prestan sus servicios, como se ha indicado previamente, no correspondería establecer una obligación de abstención absoluta, es más, los principios de la ALI establecen en su parte V, es la sección 5.02, una serie de circunstancias en las cuales no pueden realizarse estas transacciones: "(i) casos en los que la transacción no fue autorizada ni ratificada por directores desinteresados o accionistas desinteresados ni autorizada de antemano por un superior desinteresado; (ii) casos en que la transacción fue autorizada por adelantado por directores desinteresados o un superior desinteresado; (iii) casos en que la transacción fue ratificada por directores desinteresados; y (iv) casos en que la transacción fue autorizada por adelantado o ratificada por accionistas desinteresados" (Eisenberg, 1993, p. 1284).

La lógica planteada por la norma antes indicada es interesante, ya que busca dentro de su racionalidad no perder oportunidades de negocios que resulten beneficiosos para la compañía, sino que establecer un procedimiento de revisión de la operación económica en la cual un ejecutivo principal, carente de interés en dicha operación, se asegure de que es financieramente beneficioso para la empresa, ya que no será suficiente en dicha revisión la mera ausencia de perjuicio.

Dentro de la hipótesis en comento, cuando un administrador desea autocontratar con la organización en la cual se desempeña existe una triple obligación para el agente objeto del potencial conflicto de interés: En primer lugar, una obligación de informar

respecto de su situación. En segundo lugar, el obtener una autorización de un ejecutivo *senior* (no un subalterno) para la suscripción del respectivo contrato. Finalmente, el precio a pagar por la compañía debe corresponder al precio de mercado (Eisenberg, 1993).

En la lógica del derecho continental, es posible indicar que la falta de información respecto de la participación de un ejecutivo como contraparte en una de estas transacciones podría llevar incluso a la nulidad del contrato, por error accidental, tanto en cuanto las políticas de la compañía expliciten que esta conducta deberá ceñirse a un procedimiento de información como el ya indicado por razones de transparencia, ya que la calidad del dueño en este caso sería de aquellos elementos esenciales a la hora de contratar.

La legislación chilena, por su parte, ha prohibido esta clase de transacciones mediante la Ley N° 21.121, en su artículo 240, al establecer que se prohíbe a directores o gerentes de sociedades anónimas que actúen con interés en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, arriesgando una triple sanción: 1. Pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo. 2. Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo. 3. Multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio<sup>1</sup>.

Si bien es cierto la norma indica expresamente su aplicación a sociedades anónimas, es importante recordar que a las sociedades por acciones se les aplican supletoriamente las normas de dichos entes societarios, por tanto, les resultaría plenamente aplicable la norma del artículo 240 N° 7.

Con respecto a otros tipos societarios, como es el caso de empresas individuales de responsabilidad limitada, sociedades de responsabilidad limitada o incluso al administrador de alianzas estratégicas dentro del marco de su quehacer, se les aplicaría el artículo 240 en su numeral 6° que establece:

*"6° El que tenga a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo, que*

---

<sup>1</sup> "Artículo 240. 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 interesare 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".

*directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con ese patrimonio, incumpliendo las condiciones establecidas en la ley".*

Dado que si bien es cierto el impedimento para la administración del patrimonio de la empresa sería voluntario, al momento en que sus dueños nombran a un tercero o a uno de los socios como administrador, quedan expresamente impedidos a participar activamente en su administración, por tanto, sería plenamente aplicable el artículo antes indicado.

### *iii. Principio del comply o explica*

El principio del *comply*, o explica, implica un reconocimiento expreso a la función de las juntas de accionistas como organismo contralor de las decisiones de la administración de la empresa. Ya que, "Además de ejercer un juicio sólido e independiente, la junta también debe tener suficiente experiencia y conocimiento para vigilar de manera efectiva la gestión de riesgos corporativos" (Singh & Bussen, 2015, p. 37).

Con miras a asegurar un debido respeto a los accionistas minoritarios, se reconoce la potestad del gobierno para regular aspectos del gobierno corporativo en esta línea, estableciendo los estándares que luego serán controlados por las juntas de accionistas. Para Singh y Bussen: "Este enfoque implica la promulgación de leyes de gobierno corporativo y ordenar que las organizaciones cumplan con dichas leyes. Bajo esta manera de abordar el gobierno corporativo, las compañías o cumplen con los estándares del gobierno que fueron provistos como ley, o enfrentan una sanción" (Singh & Bussen, 2015, p. 39).

De tal manera, se busca orientar a la administración a rendir públicamente cuentas ante la junta de accionistas respecto de operaciones que se hayan realizado por la empresa, en la que pudiera existir algún conflicto de interés, situación que se encuentra expresamente regulada en la Ley N° 18.046, artículo 44. Así, en la medida que se realice la notificación a la junta de accionistas, como, asimismo, su posterior aprobación, la situación no se encuadraría en la hipótesis de administración desleal.

#### ***D. MEDICIÓN Y GENERACIÓN DE CRITERIOS ÉTICOS EN LOS COLABORADORES DE LA EMPRESA.***

Al iniciar un programa de ética al interior de una organización, como parte integrante del sistema de *compliance* es necesario formular objetivos concretos a lograr mediante su implementación, ya que no basta con el establecimiento de un código de ética si éste no está acompañado de un programa de capacitación que apoye su aplicación práctica.

La importancia de un programa de capacitación ética es explicada por Singh y Bussen en los siguientes criterios: "(1) Un efectivo programa de ética tiene gran influencia en el comportamiento de los empleados, (2) la efectividad de un entrenamiento de ética es cuantificable, y (3) las organizaciones alrededor del mundo están siendo sometidos cada vez más a estándares éticos más altos. De acuerdo a esto, las compañías deberían perpetuar su foco en actualizar sus programas de entrenamiento de *compliance* y en educar a sus empleados en su comportamiento ético" (Singh & Bussen, 2015, p. 19).

Por lo tanto, a fin de facilitar la medición del cumplimiento de los objetivos planteados por la administración a través de la formulación del código de ética en abierta coherencia con dicha finalidad, se condicionan los comportamientos que se esperan modificar dentro de la cultura organizacional, determinando cuantitativamente el resultado que será considerado como exitoso en la evaluación del proyecto.

Dentro de los puntos que pueden ser evaluados, destaca la evaluación de: "... la efectividad de su entrenamiento, midiendo cosas como la conciencia ética de un problema, los juicios éticos de los empleados al momento de ser confrontados con un dilema ético específico, y más" (Singh & Bussen, 2015, p. 18).

Si bien es cierto que las mediciones realizadas a través de las evaluaciones se orientan hacia la obtención de datos generales, también es posible diagnosticar el riesgo de *compliance* de cada uno de los colaboradores de la empresa, conteniendo el riesgo de violaciones éticas dentro de la organización (Singh & Bussen, 2015).

## ***E. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA DE LA EMPRESA.***

### **a) Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC)**

Desde el surgimiento de la empresa como factor de la producción tras la Revolución Industrial, el concepto de *management* ha evolucionado desde una función directiva y orientadora del quehacer de los trabajadores, hacia una visión inspiradora de las aptitudes existentes en la organización a través de la gestión del talento humano.

Las empresas no han podido quedar ajenas al hecho de que su existencia influye a los diversos agentes con los que interactúan, desde aquellos con los que mantienen una relación contractual directa, como es el caso de los trabajadores, proveedores y consumidores, hasta la comunidad dentro de la que se insertan para el desarrollo de sus actividades, incorporándose en su meta-realidad (Ardiles, 2012).

Así, las organizaciones empresariales están llamadas a incorporar políticas, planes o acciones concretas, estableciendo compromisos voluntarios que impliquen un reconocimiento a sus grupos de interés. En este contexto se define la responsabilidad social corporativa como: "... el compromiso continuo de una organización con todas las partes interesadas que impactan y reciben impacto, a fin de producir un efecto positivo en lo económico, social y ambiental" (Singh & Bussen, 2015, p. 40).

Destaca la perspectiva sistémico-social con el que debemos realizar el análisis de las organizaciones, porque, de tomar una perspectiva que la aísla, muchos riesgos reputacionales pasarían desapercibidos en la elaboración de la matriz de riesgo dentro del proceso de *compliance*.

Desde la perspectiva de la responsabilidad social corporativa, es necesario considerar la incidencia que tiene la compañía en grupos de interés, dentro de los cuales se consideran: accionistas, trabajadores, consumidores, proveedores, comunidad.

Pero desde el punto de vista de la ética jurídica resulta necesario incorporar a otros actores con el fin de analizar el comportamiento de la organización, normando la forma de toma de decisiones respecto de ellos, donde es posible considerar a aliados estratégicos de competencia directa, y el regulador estatal o privado, ambos actores relevantes para efectos de la elaboración de una política de *compliance*, al corresponder a áreas profesionalmente reguladas por el ordenamiento jurídico.

Todos estos actores serán relevantes a la hora de determinar los mapas de riesgo de la institución, considerando la planificación estratégica organizacional, el proceso

productivo, externalidades resultantes de dicho proceso y las expectativas de resultado de los diversos sujetos involucrados.

Mediante este análisis, la administración deberá definir una estrategia a implementar para lograr los objetivos de la empresa en respeto de su misión y visión corporativa, ya que dichos elementos se constituyen como la primera regulación de una compañía.

Para la visión tradicional de empresa, las relaciones de éstas con su entorno se convierten en vínculos difusos, que se explicitan en la medida que existe una obligación legal o contractual que delimita las obligaciones de la compañía con respecto a sus contrapartes. Aun cuando el mercado ha ido evolucionando como lugar de intercambio de bienes y servicios cada vez más sofisticados, las relaciones jurídicas que envuelven a las empresas también se han hecho más exigentes con el tiempo (Juppet, enero, 2015).

Los consumidores han pasado de ser meros receptores de bienes y servicios a convertirse en agentes involucrados en el proceso de gestación de dichas prestaciones. Asimismo, la comunidad que sólo se involucraba en los procesos productivos mediante la entrega de fuerza laboral, cada día se convierte en un actor más relevante, obstaculizando incluso la realización de proyectos empresariales que cumplen cabalmente con la normativa nacional, como es posible observar después de proyectos fracasados como el caso de Agrosuper en el pueblo de Freirina, y el proyecto energético Hidroaysén.

De tal manera, al momento de planificar la implementación de una estrategia, las organizaciones analizan factores que les resultan propios, y no replicables en relación con otras instituciones. Es importante considerar que los actos de una organización afectan directamente a la comunidad en la cual se encuentra inserta, y, por tanto, resulta importante la consideración de los cambios sociales para poder proyectar las consecuencias que sus estrategias podrán generar con el paso del tiempo, comprendiendo que en razón de dichos cambios pueden perder vigencia con bastante rapidez, lo que redundará en la necesidad de dotar a las empresas de una capacidad de pronta reacción ante los estímulos del medio (Agulló, 1999).

Esta capacidad de reacción sistémica a los requerimientos del entorno es lo que Cubillos denomina inteligencia empresarial, entendiendo por tal: "... aquel conjunto de capacidades propias o movilizables por una entidad lucrativa, destinadas a asegurar el acceso, capturar, interpretar y preparar conocimiento e información con alto valor agregado para apoyar la toma de decisiones requeridas por el diseño y ejecución de su estrategia competitiva" (Cubillos, 1997, p. 261).

Comprendiendo a la empresa como una organización que se encuadra dentro de una perspectiva sistémica, dentro de ella surgen una serie de variables interdependientes entre sí, que van ejerciendo su influencia sobre el sistema en su totalidad, de tal manera, la afectación de cualquiera de sus variables afecta al todo (Pereda Marín & Berrocal Berrocal, 1999). En este contexto, la empresa se entiende como sistema abierto por la constante interrelación con el medio en el cual se desenvuelve.

Partiendo de la base de que la empresa se inserta en la meta-realidad que implica incorporar las necesidades de la comunidad en su planificación estratégica, desde esa perspectiva, surge con particular importancia la modificación a la norma general N° 341 de 2012, de la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión del Mercado Financiero (CMF), mediante la norma N° 385 de 8 de junio de 2015, la cual incorpora la obligación de informar respecto de la política de responsabilidad social acordada por el Directorio de la Sociedad.

Esta solicitud se enmarca en la necesidad creciente de generar una sincronía entre la empresa y su entorno, propiciando la gestación de una política relativa al tema, y, a la vez, fomentando su divulgación.

### **b) Dimensiones a las que resulta aplicable la RSC**

Comprendiendo que el concepto de Responsabilidad Social Empresarial o Corporativa involucra elementos económicos, legales, éticos y filantrópicos, su multidimensionalidad resulta evidente. Siguiendo a Carroll en su modelo de las cuatro dimensiones de la RSC, cada una de dichas dimensiones implica expectativas que la sociedad construye respecto de las empresas que forman parte de ella (Carroll, 1999).

Entre las dimensiones identificadas por Carroll es posible distinguir: En primer lugar, la dimensión económica, entendida como la sociedad espera que las organizaciones empresariales obtengan utilidades de su actividad económica, siguiendo la visión tradicional de empresa de Friedman.

En segundo lugar, surge la dimensión legal, la cual implica que las empresas deberán enmarcar sus actuaciones en el marco regulatorio que la sociedad ha establecido para ellas.

En tercer lugar, la dimensión ética, implica que la sociedad comparte la expectativa de que las empresas mantengan una actuación moralmente aceptada por la comunidad.

Y, finalmente, una dimensión filantrópica, que implica que las empresas voluntariamente se relacionen con roles no lucrativos, involucrándose en acciones que busquen el bienestar de la sociedad más allá de sus resultados financieros (Alvarado & Schlesinger, 2008). Estas ideas son expresadas en la siguiente tabla (Navarro García, 2013, p. 73):

Tipo de responsabilidad	Expectativas sociales	Ejemplos
Filantrópica	DESEADO por algunos <i>stakeholders</i> de la empresa.	Contribuciones corporativas. Programas que apoyen a la comunidad/educación. Implicación social/mejoras, voluntarismo.
Ética	ESPERADO por algunos <i>stakeholders</i> de la empresa.	Evitar prácticas cuestionables. Responder al "espíritu" de la ley. Asumir que la ley es una base para la conducta. Operar sobre un mínimo requerido por ley. Afirmar un liderazgo ético.
Legal	REQUERIDO por algunos <i>stakeholders</i> de la empresa.	Obedecer las leyes, adherirse a las regulaciones; leyes del consumidor, leyes medioambientales, leyes laborales. Obedecer normas contra la corrupción en otros países. Cumplir todas las obligaciones contractuales.
Económica	DESEADO por la sociedad de la empresa.	Ser rentable. Maximizar el retorno de las ventas. Minimizar costos. Tomar adecuadas decisiones estratégicas. Seguir la política de dividendos.

### **c) La responsabilidad de los directores**

Como se ha indicado con anterioridad, si bien es cierto los balances financieros de las compañías miden sólo el resultado económico que van presentando año a año, la sociedad está siguiendo la tendencia de medir otro tipo de elementos que evidencian las consecuencias de la participación de una empresa en un lugar determinado. Así, es interesante revisar la propuesta realizada por Christian Felber (Felber, 2012), y su balance social voluntario, que va tomando fuerza en empresas en todo el mundo, las que buscan medir en términos cuantitativos el grado de impacto de sus actividades sociales.

Esta tendencia muestra un interés a reportar hacia los grupos de interés, comunicando aquellas acciones realizadas y proyectadas en ámbitos complementarios al desarrollo de la actividad de la empresa, así: "Cada vez más, las corporaciones están divulgando y reportando medidas no financieras de desempeño relacionadas con la responsabilidad corporativa. Esta tendencia hacia la presentación de informes de sostenibilidad puede atribuirse al aumento de la conciencia de la responsabilidad corporativa, la presión de las partes interesadas y las presiones inducidas por el cambio climático para el crecimiento sostenible" (Singh & Bussen, 2015, p. 43).

Con todo, reconociendo la voluntariedad en la entrega de información, es importante analizar que su comunicación permite a las empresas establecer ventajas competitivas que los diferencien de su competencia.

La Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero (CMF), dictó la norma N° 385 del 8 de junio de 2015, mediante la cual incorpora la obligación de informar respecto de la política de responsabilidad social acordada por el directorio de una sociedad anónima abierta; norma inspirada en una búsqueda de seguimiento trimestral por parte del directorio a las políticas de responsabilidad social y sostenibilidad.

De esta manera se exige la información:

"2. De la relación entre la sociedad, los accionistas y el público en general:

c) El directorio ha aprobado una política y establecido procedimientos formales que tienen por objetivo proveer anualmente al público información respecto a:

i. Las políticas adoptadas por la sociedad en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible.

- ii. Los grupos de interés identificados por la sociedad como relevantes, así como las razones por las que tales grupos tienen esa condición.
- iii. Los riesgos relevantes, incluidos los de sostenibilidad, de la sociedad, así como las principales fuentes de esos riesgos.
- iv. Los indicadores medidos por la sociedad en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible.
- v. La existencia de metas y la evolución que han tenido los indicadores de sostenibilidad".

Así, si bien es cierto que el regulador no exige el establecimiento de estos lineamientos en forma obligatoria, determina la necesidad de comunicar, cuando existan, entregando información completa (cualitativa y cuantitativa) a potenciales inversionistas respecto de la visión estratégica de la compañía en materias de responsabilidad social, sostenibilidad, gestión de grupos de interés entre otros.

## Bibliografía

AGULLÓ, C. (1 de junio de 1999). Revista Economía Industrial. Recuperado el 7 de junio de 2015, de Revista Economía Industrial:  
<http://www.minetur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/330/05cagu.pdf>.

ARDILES, J. (2012). De empresa y estrategia: Ideas y casos. Santiago: Gráfica Metropolitana.

BACIGALUPO, E. (2011). Compliance y derecho penal. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.

BAINBRIDGE, S. (2008). The new corporate governance in theory and practice. Oxford: Oxford University Press.

CASE, K. & FAIR, R. (2008). Principios de microeconomía. México: Editorial Pearson.

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

CARROLL, A. (1999). Corporate Social Responsibility: Evolution of definitional Construct. Business and Society, pp. 268-295.

CUBILLO, J. (31 de octubre de 1997). Scielo.org. Recuperado el 7 de junio de 2015, de Revista Ciência da Informação:  
[http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/S0100-19651997000300005&&pid=S0100-19651997000300005&&pdf\\_path=ci/v26n3/v26n3-4.pdf](http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/S0100-19651997000300005&&pid=S0100-19651997000300005&&pdf_path=ci/v26n3/v26n3-4.pdf).

DE GEUS, A. (2011). La empresa viviente. Buenos Aires: Granica.

EISENBERG, M. A. (1993). "An overview of the principles of corporate governance". The Business Lawyer, pp. 1271-1296.

FELBER, C. (2012). La economía del bien común. Buenos Aires: Paidós.

FREEMAN, R. E., MC VEA, J. (2001). Working Paper N° 01-02: "A Stakeholder Approach to Strategic Management". Virginia: Darden Graduate School of Business Administration, University of Virginia.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C (2010). "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una ante-crítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weelzel". *Política Criminal*, N° 10, Vol. 5, pp. 455-475

HAX, A. MAJLUF, N. (2014). *Lecciones en estrategia: Hacia una gestión de excelencia*. Santiago: Ediciones UC.

HERNANDEZ, H. (2010). "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". *Política Criminal*, N° 9, Vol. 5, pp. 207-236.

HERVÉ, D. (2011). "Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros". *Anuario de Derecho Público*, pp. 189-208. Obtenido de Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros:  
[http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2011/09\\_Herve.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2011/09_Herve.pdf).

HITT, M.; IRELAND, R. D. & HOSKISSON, R. (2015). *Administración Estratégica: Competitividad y globalización: Conceptos y casos*. México: Cengage Learning.

ISO-19600 (2015). *Norma Española UNE*. Madrid: Asociación Española de Normalización.

JUPPET EWING, M. F. (2015). "Reflexiones sobre la regulación y autorregulación en la empresa". *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, pp. 157-180, 1, passim.

KENNY, G. (2012). "From a Stakeholder Viewpoint: Designing measurable objectives". *Journal of Business Strategy*, pp. 40-46.

KÜNSEMÜLLER, C. (2010). "Societas delinquere non potest". En M. SCHWEITZER, *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos* (pp. 163 y ss.). Santiago, Chile: Universidad Finis Terrae.

LARROUOLET, C., y MOCHÓN, F. (2003). *Economía*. Santiago: Mc Graw-Hill.

LUHMAN, N. (2017). *La economía de la sociedad*. México: Herder.

LYOTARD, J. F. (2014). *The Differend*. Minnesota: University of Minnesota Press.

MAJLUF, N. (2011). *Los desafíos de la gestión: de lo formal a lo sutil*. Santiago: Aguilar Ediciones.

MARTÍNEZ HERRERA, H. (2011). *Responsabilidad social y ética empresarial*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

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.

MATUS, J. P. (2009). "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados". *Revista de derecho / Consejo de Defensa del Estado*, 21, pp. 291-309.

MATUS, J. P (2013). "Sobre el valor de las certificaciones de adaptación e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, 2, pp. 11-23.

MOLLO, G. & MAROSCIA, C. (2012). "Simbiosis entre empresa y sociedad. El caso del Banco Galicia y el Museo de Ciencias Naturales de La Plata". *Estudios Gerenciales*, pp. 168-180.

NAVARRO GARCÍA, F. (2013). *Responsabilidad social corporativa: Teoría y práctica*. Madrid: Esic editorial.

NAVAS, I. (2018). *Debes negativos y positivos en Derecho Penal*. Madrid: Tirant.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. (2004). *Principios de gobierno corporativo de la OCDE*. OCDE

PENAGLIA VÁSQUEZ, F. E. & VALENZUELA VAN TREEK, E. (2014). "Rebeldía en Calama: desafío al orden centralista chileno en un contexto de boom minero". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, LIX(222), pp. 161-185.

PEREDA MARÍN, S., & BERROCAL BERROCAL, F. (1999). "El entorno empresarial. La empresa, su organización y funcionamiento". *Revista Complutense de Educación*. Vol. 10, N° 1 (pp. 15-35). Recuperado el 7 de junio de 2015, de

<https://revistas.ucm.es/index.php/RCED/article/viewFile/RCED9999120015A/17193>.

RIVEROS, M. (2010). "IV Barómetro de valores y ética empresarial". El Mercurio.

RODRÍGUEZ, D. & ARNOLD, M. (2007). Sociedad y teoría de sistemas. Santiago: Universitaria.

SENGE, P.; ROBERTS, C.; ROSS, R.; SMITH, B., & KLEINER, A. (2012). La quinta disciplina en la práctica. Buenos Aires: Granica.

SEOANE, J.; TADDEI, E. & ALGRANATI, C. (2008). "El concepto 'movimiento social' a la luz de los debates y la experiencia latinoamericana recientes". En O. Moreno, Pensamiento contemporáneo. Principales debates políticos del siglo XX. Buenos Aires: Teseo.

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.

VÉLIZ, P. & BITRÁN, Y. (2017). Compliance: ¿Por qué y para qué? Claves para su gestión. Santiago: Thomson Reuters.

## 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.