



FORTALECIENDO EL GOBIERNO CORPORATIVO:

Responsabilidad penal de la empresa



UNIVERSIDAD DE CHILE

Teodoro Wigodski S.
Académico Facultad de Ingeniería
Ingeniero Civil Industrial, U. de Chile
MBA, Loyola College, USA



UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Ximena Santibáñez S.
Profesora Facultad de Derecho, UAI
Abogado, PUC
Magíster en Derecho de la Empresa, PUC

El artículo explora si es posible que una empresa pueda obtener resultados competitivos y sustentables actuando de manera ética. Desde los principios microeconómicos y la Teoría de Juegos se fundamenta que un modelo de control interno, que asegure el cumplimiento de la ley y las buenas prácticas, incide favorablemente en los resultados económicos salvando también la responsabilidad de la empresa, la administración y el Directorio.

¿Qué tienen en común empresas como Siemens, La Polar o los hoy desaparecidos Inverlink y Enron? En primer lugar, que todas ellas fueron por años ejemplos de negocios exitosos. En segundo lugar, que todas estas compañías son tristemente célebres por haber protagonizado escándalos financieros que trajeron importantes consecuencias para el mercado en general.

Analizando el primer factor en común, el éxito, vemos que como en toda empresa, la estrategia se orienta a lograr rentabilidades sobre el patrimonio superiores al promedio de la misma industria. Este positivo rendimiento económico permite que:

- accionistas estén satisfechos con su inversión y deseen conservarla evitando la venta de sus acciones y la consecuente disminución del precio de la acción
- financistas y proveedores otorguen los recursos para desarrollar la empresa
- ejecutivos y trabajadores deseen incorporarse y permanecer en la empresa

En este contexto la pregunta que ofrecemos abrir es por la factibilidad de que la alta administración, vale decir Directorio y principales gerentes, puedan obtener resultados competitivos y sustentables actuando de manera ética? Visto desde otro ángulo ¿un adecuado sistema de control interno incide en los resultados de una empresa?

Antes de comenzar el análisis, conviene tener presente algunas declaraciones que al efecto ha emitido la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica - OECD (por sus siglas en inglés).

*"El gobierno corporativo abarca un conjunto de relaciones entre la administración de la empresa, su Directorio, sus accionistas y otras partes interesadas. También proporciona la estructura a través de la que se fijan los objetivos de la compañía y se determinan los medios para alcanzar esos objetivos y supervisar el desempeño"*¹.

"Al margen de su tarea de orientación de la estrategia empresarial, el Directorio es responsable de controlar los resultados

¹ Las frases entre comillas e itálica corresponden al documento de recomendaciones de la OECD: Principios de Gobierno Corporativo.

de la gestión ejecutiva y de la obtención de una rentabilidad adecuada para los accionistas, evitando simultáneamente la aparición de conflictos de interés estableciendo un equilibrio entre las exigencias concurrentes hacia la sociedad".

"Otra responsabilidad importante del Directorio es la supervisión de los sistemas diseñados para garantizar que la sociedad cumple la legislación aplicable, incluidas las leyes tributarias, de competencia, laborales, medioambientales, de igualdad de oportunidades, sanitarias y de seguridad".

"El Directorio desempeña un papel clave a la hora de establecer el tono ético de la empresa, no sólo a través de sus propias acciones, sino también en su tarea de designación y de supervisión de los principales ejecutivos y, por consiguiente, de la gestión en su conjunto".

Para indagar respecto de la factibilidad del desafío propuesto en el presente trabajo es necesario comenzar visitando los fundamentos microeconómicos. Las empresas de un mercado de productos o servicios interactúan con consumidores potenciales para materializar

transacciones de intercambio a un determinado precio. Este precio da cuenta de la disposición de pago por el producto o servicio de los consumidores (curva de demanda de mercado) y también de la capacidad de la empresa de producir cubriendo sus costos (curva de oferta) y generar utilidades.

Los fundamentos que conducen a que el precio y la utilidad sean competitivas, requiere entre otros considerandos que: en el mercado interactúen infinitos productores y consumidores; que la información en calidad, oportunidad y accesibilidad, sea perfecta; no hay barreras de entrada y salida de las empresas al mercado; el producto es homogéneo; los contratos se cumplen pues el sistema judicial es eficiente; etc.

Sin embargo, este modelamiento que hace posible obtener un equilibrio de mercado optimizando la asignación de los escasos recursos productivos y el acotado presupuesto de consumo, manifiesta un conjunto de desviaciones respecto de lo prescrito por la teoría económica.

Estas desviaciones se denominan fallas de mercado. Algunas de estas fallas son: las externalidades tanto positivas como negativas; el poder de mercado, desde el monopolio hasta el oligopolio y oligopsonio; la asimetría de información; los bienes públicos, entre otros.

Pues bien, las fallas de mercado hace necesaria la participación del Estado como un agente regulador y asegurador de las condiciones que un mercado perfectamente competitivo es capaz de inducir maximizando el bienestar social.

Por otra parte, las empresas buscan alinear a sus directivos, ejecutivos y trabajadores con políticas de incentivos que orientan su conducta al logro de los resultados deseados.

Los incentivos estimulan y recompensan la superación de las metas individuales y colectivas del personal de la empresa. Cabe preguntarse si la conducta de las personas con el objetivo de cumplir y, mejor aún, superar las metas, es factible de manera sustentable para la empresa. Consideremos un antecedente relevante: la rotación de los trabajadores, ejecutivos

y directivos de empresas. Las estadísticas locales e internacionales, dan cuenta que los ejecutivos y directivos permanecen en la misma empresa entre 4 y 6 años. Los niveles intermedios migran de la organización con mayor frecuencia. Ya es historia la reciproca fidelidad laboral del empleador y del empleado.

Los frecuentes movimientos laborales abren espacio para que la toma de decisiones se focalicen en alternativas que lleven a rápidas ganancias y que eventualmente comprometan la sustentabilidad y competitividad de la empresa, en un horizonte mayor al de permanencia laboral.

Es válido preguntarse qué condiciones son necesarias para que los directivos y ejecutivos actúen de manera ética y consoliden la competitiva sustentabilidad de la empresa en el largo plazo.

Los incentivos económicos, en las modalidades de stock option o phantom shares, han mostrado resultar insuficientes para estimular una conducta ética. Por otro lado en las empresas que no transan sus acciones en Bolsa, que son la mayoría, la determinación del precio de la opción queda supeditada a la voluntad del controlador, tanto al momento de suscribir el contrato como al ejercer la opción.

Conductas éticas. Sostenemos que las conductas de los profesionales de la empresa pueden considerarse éticas, cuando cumplan las siguientes condiciones:

1. Reconocen y se hacen cargo de los intereses de los diversos grupos de interés (stakeholders);
2. Los cambios propuestos por los ejecutivos son capaces, a nivel consolidado, de crear valor;
3. Que se respeten los derechos, definidos en la ley, de todos los stakeholders; y
4. Que la conducta de las personas que lideran el cambio se ajuste a un comportamiento virtuoso, a la manera en que Aristóteles lo definió, vale decir:
 - a. Prudente: considera las alternativas y evalúa las consecuencias de estas.

b. Justicia: a cada cual lo suyo, tanto en la relación de intercambio equitativo como en el reparto proporcional a algunos criterios, tales como: aporte, necesidad, mérito, riesgo, etc.

c. Fortaleza: para sostener la decisión que eligió de manera prudente y en justicia.

d. Templanza: controlando las pasiones y expresiones extremas.

Satisfacer las condiciones para que una conducta o decisión sea considerada ética, es un desafío no menor para nuestra naturaleza humana. De hecho, la rápida búsqueda de satisfacción y la ausencia de conciencia por las consecuencias de largo plazo para los stakeholders, son inductores de comportamientos no éticos. Realizando un ejercicio del campo de la Teoría de Juegos, evaluaremos cual es la conducta más probable para dos jugadores que sin entrar en contacto deciden de manera independiente la decisión o jugada que les otorga el mayor beneficio. Consideremos las alternativas que tienen los jugadores en un escenario competitivo, cuando tienen la posibilidad de actuar de manera ética (E) y no ética (NE).

En este juego lo que está en disputa es el acceso a un beneficio ilegítimo en un juego de suma cero² en que se distribuyen el valor del beneficio que consideraremos equivalente a 1 unidad de satisfacción. Por otra parte, si ambos eligen la misma jugada, ética o no ética, compartirán el beneficio posible de obtener.

En el siguiente cuadro que muestra la situación para cada jugador a consecuencia de la combinación de las decisiones del otro jugador.

		Jugador 2	
		E	NE
Jugador 1	E	(0,5), (0,5)	(0,1)
	NE	(1,0)	(0,5), (0,5)

² Lo que gana un jugador lo pierde el otro

Es importante observar que si el jugador 1 decide actuar de manera ética y el jugador 2 juega de manera no ética, el jugador 2 obtiene todo el beneficio. Para determinar si hay una mejor estrategia para cada jugador considerando las alternativas del otro jugador, se puede constatar que si el jugador 1 juega de manera ética, la mejor respuesta del jugador 2 es jugar de manera no ética, pues obtiene un beneficio de 1, en comparación a su alternativa de jugar de manera ética en que compartiría el beneficio.

Si alternativamente el jugador 1 juega de manera no ética, la mejor respuesta del jugador 2 es jugar la alternativa no ética pues de esta manera comparten la ganancia posible. Por lo tanto para el jugador 2 siempre es mejor jugar de manera no ética.

Haciendo el mismo análisis para evaluar las consecuencias preferidas del jugador 1 ante las alternativas del jugador 2, se obtiene que también al jugador 1 le conviene jugar de manera no ética.

Esta condición en la que para ambos jugadores hay una mejor jugada denota que el juego alcanza un equilibrio³ en el que ambos jugadores optaran racionalmente por jugar de manera no ética pues maximizan sus beneficios.

Cabe destacar que el beneficio que obtiene el jugador no ético requiere que los terceros con los cuales interactúa, por ejemplo los consumidores, no lo sancionen dejando de comprar el producto o servicio, divulgando la conducta perjudicial a otros potenciales consumidores o acusándolo a la autoridad fiscalizadora. También la autoridad, llámese regulador o fiscalía y posteriormente los tribunales de justicia, tienen un rol que desempeñar a través de la supervisión y eventual sanción de las conductas que no se ajusten al marco legal⁴.

De las observaciones anteriores emerge la respuesta que podría disciplinar la conducta ética de los jugadores: el castigo, la multa.

Sin embargo, ¿cuál es el monto de la multa o castigo que podría disuadir a un jugador de realizar una conducta ilegal? A primera vista, bastaría una multa igual al beneficio ilegal. Sin embargo, es necesario considerar que para que haya castigo, primero es necesario que la autoridad identifique al jugador no ético, segundo, acreditar que su conducta constituye una infracción legal y tercero, que el tribunal de una sentencia de castigo monetario o no monetario.

La experiencia indica que cada una de estas etapas tiene una probabilidad de ocurrencia. Así, no todos los infractores son detectados; de los infractores identificados no a todos se les puede acreditar con certeza jurídica su infracción; y no todos los infractores que llegan a Tribunales, son sancionados.

Por lo tanto es necesario disuadir al jugador que está dispuesto a jugar de manera no ética con una sanción que internalice las probabilidades de obtener un castigo, pasando por cada etapa del proceso. Lo anterior lo podemos denominar, usando el concepto de probabilidades, el valor esperado de la sanción.

Entonces la sanción de equilibrio, que disuade al infractor debe ser mayor que el beneficio que puede obtener con la conducta ilegal (y no ética), dividido por las probabilidades de cada etapa del proceso que conduce a la aplicación de la sanción.

Utilizando el cuadro de Teoría de Juegos la multa debería ser igual o mayor al beneficio obtenido por la acción no ética. En el caso anterior se requerirá una multa mayor a +1. Utilizaremos como el valor esperado de la multa 1.1 con signo negativo pues se resta al beneficio obtenido de manera no ética.

Cuadro 2

Jugador 2 Jugador 1	E	NE
E	(0,5, 0,5)	(0,1-1.1)
NE	(1-1.1,0)	(0,5-1.1, 0,5-1.1)

3 Denominado Equilibrio de Nash

4 Una decisión o acción puede ser legal y no satisfacer las condiciones para considerarla ética. Lo legal establece un mínimo ético

Haciendo la aritmética se tienen:

Cuadro 3

Jugador 2 Jugador 1	E	NE
E	(0,5, 0,5)	(0, -1.1)
NE	(-0.1,0)	(-0.6, -0.6)

En este cuadro se observa que al jugador 1 le conviene seleccionar la alternativa ética, pues en su otra alternativa siempre obtiene una pérdida.

Al jugador 2 también le conviene la alternativa ética, pues la alternativa no ética le conduce a pérdidas ante cualquier decisión del jugador 1.

A partir de las simulaciones anteriores se puede deducir que se requiere establecer castigos superiores al beneficio que espera obtener el jugador que seleccione la alternativa no ética, para disciplinar y promover la conducta ética.

Siguiendo esta línea de razonamiento, es interesante revisar nuestro ordenamiento jurídico en relación con el establecimiento de responsabilidades y sanciones en esta materia.

Un poco de contexto. A fines de 2009 fue dictada la Ley N°20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Esta ley introduce la responsabilidad penal de la empresa y señala que ésta puede tener que responder por la comisión de delitos por parte de alguno de sus empleados, responsables, dueños, controladores, representantes o directivos cuando estos actos vayan en beneficio

de la misma organización. ¿Cómo se hace efectiva dicha responsabilidad? Mediante la imposición de penas que van desde multas hasta el cierre de la empresa.

Junto con definir la responsabilidad penal de la empresa asociada a los delitos de lavado de activos, financiamiento terrorista y/o cohecho cuando estas conductas

hayan sido realizadas en directo beneficio de la compañía, la ley establece una forma de eximir de responsabilidad que es la existencia y funcionamiento de un Modelo de Prevención de Delitos (MPD). La norma señala incluso que la empresa puede optar a la certificación de dicho modelo por parte de una entidad externa. En la práctica, la ley señala que es la máxima autoridad administrativa de la compañía, esto es, su Directorio, ejecutivos principales, dueños o liquidadores quienes deben tomar la decisión de adoptar un MPD pudiendo apoyarse en la figura del Encargado de Prevención para concretar la medida.

¿Cuál es el impacto de la responsabilidad penal de la empresa en sus metas y resultados?

De la simple lectura de la ley resulta difícil establecer una relación entre la existencia y funcionamiento del MPD y los indicadores de gestión del negocio, cualquiera éstos sean. La incidencia de este modelo en los índices de ventas, ingresos, retención de clientes u otros objetivos de corto plazo parece a lo menos, forzada. Un análisis rápido sugiere que una medida de esta naturaleza no tiene efecto alguno en los indicadores de corto plazo de la empresa.

Haciendo el mismo ejercicio de análisis respecto de indicadores de largo plazo relativos a la sustentabilidad del negocio en el tiempo, sí puede apreciarse un efecto mayor pues la experiencia indica que empresas involucradas en los delitos indicados han visto seriamente amenazados su valor bursátil y/o permanencia en el tiempo y han debido absorber enormes costos en multas, asesores externos y medidas de remediación.

También es interesante estudiar el impacto de la norma en la responsabilidad del Directorio. Recordemos que la misma Ley N°20.393 establece que será la "máxima autoridad administrativa de la persona jurídica", es decir, el Directorio, un ejecutivo principal, el socio gerente, etc. quien debe designar un Encargado de Prevención y definir los medios y facultades de éste con lo cual atribuye directamente a los Directores y ejecutivos principales de la empresa la responsabi-

dad de desarrollar un MPD.

Sin duda, la existencia de un MPD da cuenta del cumplimiento de las obligaciones del Directorio, tanto la establecida en la Ley N°20.393 como las generales de cuidado y diligencia, sin embargo cuando revisamos la realidad práctica verificamos que han sido pocos los Directorios que se han visto en la situación de tener que demostrar la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones.

A modo de conclusión, cuando revisamos rápidamente el efecto que el modelo de prevención de delitos establecido en la Ley N°20.393 tiene en los resultados de la empresa, a corto y largo plazo, y en el desempeño del Directorio, vemos que éste es sumamente limitado. En esta línea, aparece que tener un MPD y obtener su certificación funciona como una especie de certificado de buena conducta que siempre es deseable y que se implementa porque así lo dispone la ley pero que no cambia sustancialmente los resultados de la empresa ni la posición del Directorio en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones. En otras palabras, se trata de un gasto que no añadiría valor. Sin embargo, pensamos que se deben considerar no sólo los indicadores de gestión del negocio sino también otros que nos permitan dimensionar tal efecto en su justa medida:

Tendencia internacional. Es relevante revisar cuál es el comportamiento de otras legislaciones respecto de la responsabilidad penal de la empresa debido a la globalización que permite que empresas chilenas se abran a mercados extranjeros y con ello, a sus requerimientos y exigencias locales, y viceversa, que empresas foráneas hagan negocios en Chile debiendo cumplir con la legislación interna.

En Estados Unidos y Canadá la responsabilidad penal de la empresa data de antiguo. Ya en 1886 se encuentran sentencias que tratan de esta materia. En Europa occidental, en tanto, el concepto comenzó a ser reconocido masivamente desde 1970.

El caso de Francia es especialmente interesante pues su Código Penal de

1810 inspiró el chileno dictado en 1855 y vigente, con modificaciones, hasta el día de hoy. En Francia existen antecedentes de responsabilidad penal de personas jurídicas desde 1670. Esta fue la regla hasta 1810 cuando se dictó un nuevo Código Penal que limitó la responsabilidad penal a personas naturales o individuos, orientación que siguió nuestro Código Penal. Posteriormente Francia retoma el concepto de responsabilidad penal de personas jurídicas en el Código Penal dictado en 1994.

En Latinoamérica, Costa Rica y Perú reconocen la responsabilidad penal de empresas. En Colombia, Guatemala y Argentina los cuerpos legales pertinentes se encuentran en tramitación, sin perjuicio de que se ha previsto este tipo de responsabilidad para casos particulares. En resumen, la tendencia internacional es el reconocimiento y robustecimiento de la responsabilidad penal de empresas.

Clima social. Una serie de hechos ocurridos en los últimos años ha gatillado un cambio social dando paso al llamado fenómeno de los "Indignados". El movimiento que comienza en España en mayo de 2011 corresponde a la reacción popular en contra de la crisis económica que se arrastra desde 2008 y del pobre manejo político al respecto.

Con distintos matices y en diferente intensidad, esta efervescencia social se ha replicado en distintas partes del mundo, incluyendo Chile.

En términos simples y muy generales, existe descontento y frustración por el manejo de las causas de la crisis económica desatada en 2008, responsabilizándose a la empresa privada en primer lugar por haber buscado retornos desmedidos asumiendo riesgos que terminaron por fracturar la estabilidad económica, y a las autoridades, por no haber cumplido adecuadamente con su rol fiscalizador, garante de la transparencia y seguridad de los mercados.

¿Qué es lo que se demanda? Mayor justicia económica en un mundo donde las grandes empresas han demostrado su influencia en las economías



“En Latinoamérica, Costa Rica y Perú reconocen la responsabilidad penal de empresas. En Colombia, Guatemala y Argentina los cuerpos legales pertinentes se encuentran en tramitación, sin perjuicio de que se ha previsto este tipo de responsabilidad para casos particulares.

La tendencia internacional es el reconocimiento y robustecimiento de la responsabilidad penal de empresas.”

mundiales⁵. Dentro de este contexto caben dos alternativas en pro del trato igualitario: autoregulación o mayor regulación normativa.

Como explica el profesor Adán Nieto Martín en su monografía titulada *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un Modelo Legistivo, “De lo que se trata en todos estos casos...es de exigir de las empresas que, en cierto modo, asuman una tarea pública...donde a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, ésta se comprometa al cumplimiento de determinados fines públicos.”*

¿Cuál es el impacto de la responsabilidad penal de la empresa en sus metas y resultados? Nuestra postura. La Ley N°20.393 se refiere al financiamiento terrorista, lavado de dinero y cohecho. Para efectos de definir los delitos dicha norma se remite a la Ley N°19.913 relativa al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; conductas terroristas y ley

⁵ El profesor español Adán Nieto Martín, destacaba en 2008 que de las 100 economías más importantes del mundo, 51 eran empresas del tamaño de Australia, y con presupuesto que superan a países como Noruega o Finlandia. Asimismo, la revista *New York Times* en 2000 indicaba que el presupuesto de Microsoft era mayor al PIB de España (cuando España era considerada la 10° economía del mundo).

de control de armas; al Código Penal en lo referente al cohecho; a la Ley sobre Mercado de Valores; y a la Ley General de Bancos.

En este artículo nos centraremos únicamente en la Ley de Mercado de Valores pues es aplicable a una mayor cantidad de empresas.

La Ley de Mercado de Valores contempla sanciones que dicen relación con entrega y uso de información, conservación de registros y fraudes. En efecto, se refiere a la forma en que una compañía maneja su información en forma interna y cómo la hace pública al mercado y/o a la autoridad fiscalizadora, y al registro de sus actividades no sólo desde el punto de vista contable.

Cuando la ley nos remite a actividades del día a día de una empresa advertimos que el riesgo de comisión de una conducta impropia que gatille la responsabilidad penal de la empresa, y eventualmente la responsabilidad de sus directores y ejecutivos principales, es mayor al que consideramos cuando sólo pensábamos en lavado de activos proveniente del tráfico de drogas.

En este contexto, tanto la responsabilidad de la empresa como la del Directorio cobra importancia para efectos de la Ley N°20.393 y un MPD eficaz se convierte en

la única manera de salvar dicha responsabilidad. Hablamos de un modelo con indicadores que permitan hacer gestión y que permitan a los directores no depender solamente de la información que la Administración proporcione. A su vez, es del interés de la Administración contar con un MPD eficaz con el objeto de dar cuenta del adecuado desempeño de su función de gestión.

Volviendo a la pregunta planteada al inicio en cuanto al impacto de un MPD en los resultados de la compañía, nuestra opinión es que el efecto es sumamente importante pues la falta de control interno redundaría en los costos directos como son multas, comisos, honorarios de asesores externos, costas procesales, etc. como en los costos indirectos que implica la pérdida de foco en el negocio. Asimismo, la implantación del MPD fortalece la credibilidad y con ello, la reputación y sustentabilidad en el tiempo. ▀