



Centro UC
Gobierno Corporativo

DIÁLOGOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

CGC UC

WEBINAR ABIERTO

DIRECTORIOS Y NUEVA NORMATIVA DE DELITOS ECONÓMICOS Y MEDIOAMBIENTALES

Gonzalo Zañartu

Ciclo de diálogos 2023

El presente documento tiene su origen en las conversaciones sostenidas por los participantes del Webinar “DIRECTORIOS Y NUEVA NORMATIVA DE DELITOS ECONÓMICOS Y MEDIOAMBIENTALES”, realizado el día 15 de junio de 2023 y organizado por el Centro de Gobierno Corporativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, CGC UC. La presentación ha sido editada para efectos de la publicación de este documento sin necesariamente adscribir una opinión específica a un participante en particular. El presente documento ha sido desarrollado por el ayudante de investigación Gonzalo Zañartu y editado por la coordinadora de investigación Carla Meza. Todo posible error en la transcripción de la discusión es de exclusiva responsabilidad de los autores del documento y del CGC UC.

I. INTRODUCCIÓN

El Webinar “Directorios y nueva normativa de delitos económicos y medioambientales”¹ tuvo por objeto presentar y discutir cómo afectarán en la gestión de las empresas los cambios normativos introducidos por el proyecto de ley que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos (en adelante, “ley de delitos económicos y medioambientales”), el cual – a la fecha del Webinar y de edición del presente documento – se encuentra en los últimos trámites para su pronta promulgación y publicación como ley.

La nueva regulación sistematizará la normativa chilena en torno a los delitos económicos y medioambientales y establece un nuevo estatuto penal para directores, gerentes y ejecutivos y, por otra parte, para la empresa y otras organizaciones. La aplicación de esta nueva normativa presenta muchas interrogantes, principalmente respecto de su alcance, y desafíos prácticos en relación con el desempeño de labores y cargos como directores, gerentes y altos ejecutivos.

El Centro de Gobierno Corporativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile (“CGC UC”) es un referente de buenas prácticas de Gobierno Corporativo, motivado no sólo por la excelencia académica, sino por el propósito de ser un punto de encuentro en la discusión de temas de gobierno corporativo de interés para los directores y para el debate a nivel país. En este contexto, con el objetivo de reunir a directores y expertos en el área para reflexionar sobre este nuevo desafío empresarial y posibles acciones que se podrían tomar a nivel de directorio para enfrentar los alcances prácticos de la nueva normativa de delitos económicos y medioambientales cuya entrada en vigor es inminente.

La presentación del contenido del proyecto de ley estuvo a cargo del abogado penalista, doctor en Derecho Penal de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg de Alemania y profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Rodrigo Aldoney. En segundo lugar, y con el objeto de comentar el impacto de la nueva normativa en los directorios con una visión práctica, participó Verónica Morales, ingeniera comercial que se ha desempeñado como directora y gerente de numerosas empresas y de organizaciones sin fines de lucro y Rodrigo Hinzpeter, ex Ministro del Interior y Seguridad Pública de Chile, ex Ministro de Defensa de Chile y actual gerente legal del grupo empresarial Quiñenco. El webinar fue moderado por el abogado, profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile y director del Centro de Gobierno Corporativo, Roberto Guerrero.

A continuación, se resumen los principales puntos abordados por el panel.

¹ El webinar “Directorios y nueva normativa de delitos económicos y medioambientales” se encuentra disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=7Pe8bWYIKv8>.

II. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY.

Rodrigo Aldoney comenzó su exposición señalando que modernizar el derecho penal económico en Chile era necesario para el país, pues nuestro sistema era muy antiguo. El problema es cómo se llevó a cabo dicha tarea, ya que es posible identificar una serie de elementos polémicos en la nueva legislación. El mensaje mismo de la ley señala que *“pretende abordar la conmoción y rechazo social que generan los delitos de naturaleza económica y del impacto que generan en el orden público económico”*, además de indicar que busca *“hacer justicia legislativa”*, lo que presenta el tono de lo que se pretende a través del proyecto, que es básicamente endurecer las penas para los delitos económicos que se cometen al interior de la empresa. La razón de este objetivo es que existiría una sensación de que los delitos económicos no tendrían una sanción adecuada comparado con los demás delitos del sistema.

La nueva normativa incluye varios cambios. En primer lugar, se sistematizan los delitos económicos a través de 4 categorías², algunos delitos son nuevos y otros son un conjunto de delitos que, si bien ya existían en nuestro sistema, como la estafa y administración desleal, se les asigna un nuevo régimen de consecuencias jurídicas. En segundo lugar, se crea un estatuto especial de penas para los delitos económicos, en este sentido, se genera un estatuto penal nuevo para directores, gerentes y ejecutivos. En un tercer lugar, se crea un estatuto penal nuevo para empresas, no sólo aumentando cuantitativamente los delitos, sino también incorporando otras organizaciones, que anteriormente se encontraban excluidas, como los partidos políticos.

Entre los elementos polémicos de la nueva ley se encuentran la indeterminación de los conceptos y el nuevo régimen de penas. En efecto, en los nuevos delitos que se crean hay un aspecto clave, que es la indeterminación de los conceptos que se utilizan. Esta indeterminación no sólo afecta a los nuevos delitos medioambientales, sino también a nuevos delitos que aplican a los directores y ejecutivos, como el delito de acuerdos abusivos en los directorios, contenido en el nuevo artículo 134 Bis de la Ley de Sociedades Anónimas³, el cual es extremadamente indeterminado, no muy claro en su tenor literal y que criminaliza decisiones de los directorios, que genera un ámbito de incertidumbre bastante importante.

² Las cuatro categorías en que se sistematizaron los delitos económicos son: 1. Los delitos considerados como delitos económicos, en toda circunstancia, por el art. 1 de la nueva Ley de Delitos Económicos. 2. Los hechos indicados en el art. 2 de la nueva Ley de Delitos Económicos, siempre que el hecho fuere perpetrado en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa. 3. Los hechos previstos en el art. 3 de la nueva Ley de Delitos Económicos siempre que en la perpetración del hecho hubiere intervenido, como autor o cómplice, alguien en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa. 4. Receptación, lavado y blanqueo de activos.

³ El expositor hace referencia a la siguiente disposición del proyecto de ley: Artículo 51.- Modificaciones a la ley N° 18.046.

2. Introdúcese en el Título XIV el siguiente artículo 134 bis:

“Artículo 134 bis.- Los que prevaleciendo de su posición mayoritaria en el directorio de una sociedad anónima adoptaren un acuerdo abusivo, para beneficiarse o beneficiar económicamente a otro, en perjuicio de los demás socios y sin que el acuerdo reporte un beneficio a la sociedad, serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

La misma pena se impondrá a los que prevaleciendo de su condición de controlador de la sociedad indujeren el acuerdo abusivo del directorio, o con su acuerdo o decisión concurrieren a su ejecución.”.

Un segundo punto polémico de la ley son las sanciones o penas de los delitos económicos. Por un lado, se crean nuevas penas que pretenden responder a la nueva realidad económica y ser disuasivas respecto de la comisión de delitos⁴. Por otro lado, se crea un nuevo régimen de determinación y ejecución de penas, el que, a juicio del académico, es extremadamente gravoso y severo, sin muchas similitudes en la legislación comparada y al que potencialmente se pueden reprochar afectación a la proporcionalidad e igualdad ante la ley.

Dentro de los cambios que se comentaron se encuentran:

1. Se estableció un sistema de multas con proporcionalidad, atendidos los ingresos líquidos obtenidos al año anterior de la investigación, de manera que sea proporcional a la capacidad económica del que comete el delito.
2. Se genera un sistema de agravantes y atenuantes especiales para estos delitos, que difiere del régimen general establecido en la normativa sin esgrimir una razón de fondo que lo amerite. Se crean agravantes muy calificadas, las que no pueden compensarse con atenuantes. Una agravante de este tipo es la *ejecución del hecho de forma activa en una posición jerárquica superior*, que se estima se dará siempre en el caso de gerentes generales y directores, lo que en la práctica deriva en que no se podrán aplicar las penas en sus grados inferiores, eliminando la posibilidad de gozar de remitir condicionalmente la pena, aunque sea la primera vez que comete un delito.
3. Se incluye como sanción la reclusión parcial en un establecimiento especial o domiciliario. Sin embargo, para poder gozar de este beneficio, no puede estar afecto a una agravante muy calificada, lo que prácticamente excluye a los directores de la aplicación de este beneficio en su favor.

En cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, en primer lugar, la empresa pasará de responder por 20 delitos aproximadamente a cerca de 200 delitos. Parece una carga enorme, que por cierto lo es, pero la tendencia internacional de ampliar los catálogos de delitos y de exigir estructuras de integridad y cultura de cumplimiento, permite que la mayoría de las empresas puedan ajustarse a la nueva normativa chilena. Por otro lado, existe una vacancia legal de 1 año para ajustarse al nuevo catálogo de delitos económicos aplicables a la empresa. En adición, la existencia del *compliance* penal dentro de las empresas implica una preparación para prevenir la comisión de esta clase de delitos, a diferencia del director, gerente o ejecutivo, como personas naturales, que se ven expuestos a la comisión de delitos porque los tipos penales son abiertos.

En segundo lugar, el proyecto determina de distinta manera las razones por las que la persona jurídica debe responder por los delitos económicos. Anteriormente, la persona respondía por el delito económico si obtiene un beneficio por su comisión. En el nuevo régimen, se contempla la obligación de mitigar riesgos, aunque no genere un beneficio directo para la empresa. Sin embargo, Rodrigo Aldoney señaló que esta materia es un campo en el que muchos países ya han avanzado, por lo cual muchas empresas de nuestro país podrán ajustarse – si ya no lo han hecho – a esta nueva normativa.

⁴ Por ejemplo, el comiso de ganancias. Dicha sanción, que ya existía en gran parte del mundo, tiene por objeto quitar el incentivo del delito económico, para que sea confiscado incluso del tercero que lo adquiere de mala fe.

Finalmente, el académico comentó acerca de la sanción adicional de designación del interventor, ante falta o grave deficiencia de un modelo de prevención de delito en la empresa. El proyecto va más allá, pudiendo incluso determinarse como medida cautelar. El elemento clave es que puede dar instrucciones en la empresa relacionadas al modelo de prevención de delitos, lo que, de acuerdo con el expositor, abarca tantas materias que, considerando que su regulación en la ley es muy básica, podría generar problemas dentro de la compañía.

III. ¿QUÉ IMPLICA LA NUEVA NORMATIVA PARA LOS DIRECTORES?

Después de la presentación de Rodrigo Aldoney, y moderado por Roberto Guerrero, se pasó a una conversación con los invitados, Verónica Morales y Rodrigo Hinzpeter, con especial foco en cómo esta normativa afectará la forma de llevar a cabo los negocios por las empresas y cómo los directores se enfrentarán a estas nuevas responsabilidades.

Verónica Morales comenzó su exposición señalando que si bien es cierto que existía un acuerdo transversal de que en Chile se necesitan sanciones de cárcel para los delitos económicos graves, la extensión de la normativa propuesta aumenta el riesgo significativamente, pasando de un modelo de “creación de valor” a un modelo de mera “protección de valor”. La nueva normativa sanciona delitos económicos incluso más allá del dolo, lo que no parece ser correcto y podría potencialmente convertirse en un obstáculo para que los directivos y ejecutivos tomen decisiones de negocios que hagan avanzar la economía.

También se reflexionó profundamente sobre la necesidad de capacitación y correcta gestión de talento. En efecto, los directores, gerentes y ejecutivos deberán capacitarse en la nueva ley, para entender a los procesos y las penas a las que podrían sujetarse por conductas que anteriormente no serían sancionadas. Además, toda persona que pueda comprometer a la compañía y a sus directivos deberá ser capacitada, para que estos últimos puedan resguardarse de la responsabilidad penal. En este sentido, la delegación de funciones y la selección de personal se volverá aún más clave, porque incluso la acción de algún trabajador podría conllevar la responsabilidad penal del superior, si se estima que por negligencia o culpa permitió la conducta subsumida en el tipo penal.

La respuesta de las empresas dependerá del tipo de riesgo a que está afecta, sin embargo, todas las empresas estarán en mayor o menor medida afectas. Los directorios deberán revisar sus modelos de prevención de delitos, aun faltando jurisprudencia para determinar qué es lo que consideran los jueces como un modelo adecuado, pero al menos para reducir fuertemente sus riesgos. Todos estos ajustes se traducen irremediabilmente en aumentos de carga de trabajo, de costos, y mayor tiempo de preparación para las diferentes decisiones comerciales que quiera tomar la empresa. Un efecto práctico podría ser el aumento de comités y contratación de expertos, los que va a generar un costo enorme en compliance a las compañías.

Por su parte, Rodrigo Hinzpeter criticó la ley, pues podría potencialmente convertirse en un obstáculo al funcionamiento de la empresa y la toma de decisiones. Asimismo, reflexionó sobre la complejidad que implica que se permita al Poder Judicial revisar los fundamentos de las decisiones tomadas por las empresas en el marco de sus negocios. En efecto, dado que en Chile no existen normas que protejan el juicio de negocios de directores⁵, gerentes y ejecutivos, no existe claridad de cómo se tratará el tema en un proceso penal.

Un elemento muy polémico es el nuevo delito incorporado a la Ley de Sociedades Anónimas⁶ que sanciona al que “*prevaliéndose de la mayoría del directorio, tome una decisión perjudicial para los accionistas minoritarios o la sociedad*”. Al respecto, hay decisiones que generan pérdidas en el proceso intermedio, pero utilidades a largo plazo. Por tanto, ¿la decisión se considera perjudicial hasta cuándo? ¿Cómo marcamos un límite? El razonamiento establecido en la norma desconoce el proceso de toma de decisiones en un gobierno corporativo. Por este mismo riesgo es que los directores son remunerados, pues toman decisiones complejas que tienen un riesgo inherente. En otros países, existen fallos que señalan que las decisiones de los directores no pueden estar permanentemente amenazadas por el riesgo que se puedan generar a partir de ellas. Además, se debe considerar que en las decisiones corporativas es imposible eludir todo el riesgo, sino que, como mucho, se podrá mitigar, a partir de mayores insumos de información. Siempre hay un ámbito de deliberación y ambigüedad, en que se puede equivocar sin dolo o mala fe, como, por ejemplo, a partir de un juicio inadecuado.

Otro tema clave, que no fue bien previsto por la legislación, es el costo reputacional de una demanda penal para los directores. En opinión de Rodrigo Hinzpeter, comunicacionalmente la formalización podía constituirse en una “pre condena”. Por tanto, una querrela contra un director, no solo genera costos tangibles de asesoría legal o de medidas económicas para mitigar los efectos, sino que además genera un daño reputacional a la empresa y al director inconmensurable.

Frente a una pregunta del moderador de cómo podrán los directores protegerse, en primer lugar, Rodrigo Hinzpeter señaló que hoy en día no existen pólizas de seguro para demandas en sede penal, sino que dicho negocio actualmente existe solo para demandas en sede civil. Luego, señaló ciertos elementos prácticos, destacando la importancia de que las decisiones sean acompañadas de informes y de especialistas. En segundo lugar, remarcó la idea de que al directorio llegue la propuesta de decisión con los informes que fueron haciéndose en cada etapa de formación de la propuesta misma. Naturalmente, el secretario tendrá una labor más exhaustiva, pues las motivaciones y opiniones de los directores serán clave para la defensa en eventuales procesos, por lo que cada director querrá acompañar a su voto con la explicación adecuada para resguardarse.

⁵ Como existe, por ejemplo, en EE.UU. donde jurisprudencialmente se ha construido una potente Regla del Juicio de Negocios. El expositor cita por ejemplo el fallo *Gagliardi vs TriFoods International Inc*, resuelto por el Delaware Court of Chancery en 1996 y disponible en <https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1996/14725-3.html>.

⁶ El expositor hace referencia al nuevo artículo 134bis propuesto por el art. 51 de la nueva regulación, ya citado en la nota al pie de página N°2 de este documento.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo conversado en el Webinar, es posible identificar algunas conclusiones acerca de la ley y de los efectos de su entrada en vigencia.

En primer lugar, se deberá estar atento a la interpretación que los jueces realicen de su contenido, pues la forma en que las decisiones de los directorios, gerentes y ejecutivos sean evaluadas por los jueces, determinará, en gran medida, si las precauciones que se comentaron en esta instancia están o no justificadas.

Luego, también resulta importante destacar el peligro de que accionistas minoritarios utilicen la nueva normativa como un arma de negociación, tal y como se precavó por los expositores. Si bien claramente el objetivo de esta norma no fue otorgar un poder desmedido a las personas que no tienen el control de las empresas, la forma en que fue regulado puede abrir la puerta para ser utilizada de dicha forma.

En tercer lugar, hay un acuerdo en que la nueva ley de delitos económicos y medioambientales demorará la toma de decisiones dentro de las empresas, debiendo resguardarse los directores, gerentes y ejecutivos de toda decisión que puedan tomar que comprometa, no solo a la empresa, sino que a ellos mismos como personas naturales. Esta situación es especialmente relevante, al incorporar nuevos tipos penales y un catálogo de atenuantes y agravantes específicas para delitos de esta categoría.

Finalmente, se deberá realizar un seguimiento a la aplicación de la ley, pues no deberá obviarse el posible conflicto constitucional entre los ajustes de proporcionalidad e igualdad ante la ley mencionados por los expositores, y las garantías constitucionales reconocidas por la Constitución Política de la República para todos los ciudadanos. Posiblemente la discusión no se limite al ámbito penal, sino que mude a otras sedes, ya sea civiles, por indemnización de perjuicios, o constitucionales, por recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Instancias como esta conversación organizada por el CGC UC son buenas para no sólo reflexionar sobre temas contingentes sino además que los directores logren ser un agente de cambio en sus organizaciones, influenciando el debate público y promoviendo mejores prácticas en el entorno empresarial.



www.centrogobiernocorporativo.uc.cl



cgccuc@uc.cl



[centro-de-gobierno-corporativo-uc](https://www.linkedin.com/company/centro-de-gobierno-corporativo-uc)



Rosario Norte 407, Las Condes, Santiago, Chile