



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Comercial

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (RSE) EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO: ALCANCE, EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO

Javier Ignacio Bahamondes Sandoval

Florencia Andrea Vergara Reyes

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA: IGNACIO ARAYA PAREDES

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer, en primer lugar, a mi familia: mis papás; abuelos; Chuchú; Consu; y Panchito, por toda la preocupación y el apoyo que me han brindado a lo largo de mi vida. En particular a mi abuelo Totito, que no me cabe duda estaría orgulloso esté donde esté, y quien de seguro habría estado feliz de leer esta investigación, con sus siempre inteligentes comentarios y observaciones. Gracias a ustedes, por siempre creer en mí y porque con su presencia, cariño y los valores que me han inculcado soy la persona que soy ahora.

Al Clementito, parte de mi familia, por su compañía, amor incondicional y por su cariño perruno, fuente importante de mi serotonina.

A Javier, mi amigo y compañero de tesis, por querer acompañarme en este proceso y por su comprensión e infinita paciencia.

A mis amigos, al Seba y a toda la gente que me acompañó y ha acompañado desde el pregrado hasta el final de esta memoria, estén presentes actualmente en mi vida o no. Gracias a ustedes por hacer del pregrado y mis años universitarios los años más felices de mi vida.

Finalmente, al profesor Ignacio. Muchas gracias por permitirme ser parte de su equipo y por su guía y apoyo no solamente en la tesis, sino en todo momento que he necesitado de sus consejos y orientación. Muchas gracias por su paciencia, comprensión y por el desarrollo personal y profesional que he logrado gracias a usted.

Florencia

Quiero agradecer a todas aquellas personas que han sido indispensables para mí a lo largo de todo el proceso que significa mi licenciatura. En primer lugar partiré por mi familia: Agradezco infinitamente a mi mamá ,por ser mi roca infinita y una fuente de inspiración

como nadie; a mi papá, por siempre escucharme cuando lo he necesitado y ser mi primer acercamiento a la carrera; a mis hermanas Daniela y Emilia, por haberme acompañado, ayudado a crecer y permitirme desahogarme; a José, el padre de mi hermana Emilia y alguien a quién puedo llamar un gran apoyo; a mis abuelos Pedro y Manuel y abuelas Elsa y María Eugenia, por haber estado siempre pendientes de mí, enviando infinito cariño y sólo esperando que sea feliz; a mi par de abuelos extra, el Hugo y la Yolita, por su preocupación y cariño constante; a la tía Gloria, por tratarme como un familiar más y regalarme siempre.

En segundo lugar, quiero agradecer especialmente a Francisca, mi pareja, mi mejor amiga y confidente, por apoyarme incondicionalmente desde que nos conocemos, por ser la persona más graciosa que conozco sacándome siempre una sonrisa, y por ser una fuente de inspiración para hacer las cosas desde el cariño, lo mejor posible.

A mis amigas/os, que me han acompañado durante este proceso, partiendo por aquellos que me han acompañado casi toda la vida y se han vuelto como una segunda familia: Camila, Constanza, Diego M., Diego O., Macarena, Mauricio, Pía, Valeska y Tareq. También a mis amigos de la universidad, especialmente a Rafael, Guillermo, Katty, Ignacio, a todos los de la selección de basquetbol de la facultad.

A Florencia, por ser mi amiga y compañera de tesis durante estos años, por su paciencia e iniciativa constante.

Finalmente, quiero agradecer al profesor Ignacio, por su paciencia y disposición en este largo proceso, sus conocimientos, sus consejos y por haberme motivado a explorar mi potencial en el área. Estaré eternamente agradecido.

Javier

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL: PARTE GENERAL	9
1.1 Conceptos preliminares	9
1.1.1 Personas Jurídicas o Morales	10
1.1.2 Problemas de Agencia	15
1.1.3 Deberes fiduciarios e interés social	20
1.1.4 Teoría de los Gobiernos Corporativos	26
1.1.5 Regulación v/s Autorregulación	32
1.2 Responsabilidad Social Empresarial	34
1.2.1 Responsabilidad Social Empresarial: Interés social y delimitación del concepto	34
1.2.2 Responsabilidad Social Empresarial: Profundizando en el concepto	39
1.2.3 Complementos a la RSE: Factores ESG	42
2 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y SU REGULACIÓN EN CHILE	44
2.1 Generalidades	44
2.2 Factores del surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile	45
2.2.1 Globalización y economía neoliberal	45
2.2.1 Desarrollo de las teorías de interés social y gobierno corporativo	46
2.2.2 Estado subsidiario y deficiencia del aparato estatal en materia de políticas y servicios públicos	48
2.2.3 Desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTICs)	48
2.2.4 Beneficio económico	49
2.3 Evolución de la regulación de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile. Referencia a Instrumentos Internacionales y Nacionales que se refieren a la Responsabilidad Social en Chile	49

2.3.1	Normas y Guías Internacionales	50
2.3.2	Leyes	52
2.3.3	Reglamentos y Decretos	54
2.3.4	Normas Técnicas: Norma ISO 26000:2010 y la norma chilena NCh-ISO 26000-2010	58
2.3.5	Proyecto de Ley que regula la creación y funcionamiento de las empresas de beneficio e interés colectivo (Boletín N° 11.273-03)	60
2.4	Normas de Carácter General dictadas por la Superintendencia de Valores y seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero) y Responsabilidad Social Empresarial	62
2.4.1	Norma de Carácter General 341 de la ex Superintendencia de Valores y Seguros del año 2012	62
2.4.2	Norma de Carácter General 385 del año 2015.....	64
2.4.3	Norma de Carácter General 386 del año 2015.....	65
2.4.4	Críticas a la Normas de Carácter General 385 y 386	66
2.4.5	Primer proceso de consulta pública	67
2.4.6	Segundo proceso de consulta pública	69
2.4.7	Norma de Carácter General 461 del año 2021.....	72
2.4.8	Análisis NCG 461 y relación conflicto Autorregulación vs Regulación.....	75
3 MANIFESTACIONES DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN EL DERECHO SECTORIAL		78
3.1	Mercado de Valores y RSE	78
3.1.1	Modelos regulatorios “tradicionales” de la Responsabilidad Social Empresarial en el Mercado de Valores	78
3.1.2	Modelos de divulgación de información o de disclosure de la Responsabilidad Social Empresarial en el Mercado de Valores.....	86
3.1.3	Modificación al artículo 10 de la LMV, Ley 21.455 y Ley 21.521	89
3.2	Derecho Ambiental.....	92
3.2.1	Regulación.....	92

3.3	Derecho Tributario	97
3.3.1	Regulación.....	98
3.4	Derecho Penal y la Ley N°20.393	103
3.4.1	Presupuestos de la responsabilidad penal corporativa previo a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.595	104
3.4.2	Presupuestos de la responsabilidad penal corporativa a partir de la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.595	107
3.4.3	Análisis de la LRRPJ	109
3.5	Derecho del Consumidor	113
3.5.1	Regulación.....	114
3.6	Derecho del Trabajo	119
3.6.1	Regulación.....	119
3.7	Género y RSE.....	123
3.7.1	El problema de la escasa diversidad de género en la dirección de las empresas	124
3.7.2	Techo de cristal: concepto y escenario a nivel nacional.....	125
3.7.3	Regulación en Chile en materias de género y empresas.....	127
	CONCLUSIONES	138
	BIBLIOGRAFÍA	145

INTRODUCCIÓN

En los últimos años el fenómeno de la Responsabilidad Social Empresarial (en adelante, “RSE”) ha tomado una gran importancia en el mundo de los negocios tanto a nivel internacional como en nuestro propio país. Desde el masivo desarrollo que ha tenido el comercio en el siglo pasado hemos podido evidenciar que las empresas no son ajenas a su medio, todo lo contrario, su actividad es capaz de afectar éste: crisis financieras, daños a los ecosistemas y medio ambiente, huelgas laborales, escándalos corporativos y la concientización de la diversidad dentro de la empresa son sólo algunos ejemplos de que la empresa no es un mero ente jurídico-económico privado, sino que está profundamente conectada con su entorno, por lo que es evidente el interés que reviste no sólo para sus dueños, ni para quienes trabajan en ella, sino para un sinnúmero de grupos interesados en su actividad.

A raíz de lo anterior, ha nacido la idea de que las empresas deben ser responsables con su entorno al cumplir sus fines y funciones, y de esta idea surge el mecanismo objeto de esta investigación: la Responsabilidad Social Empresarial. Ésta, entendida en el presente trabajo como la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad, es una práctica relativamente reciente en el mundo empresarial. A partir de las grandes crisis económicas y ambientales en el siglo XX se comenzó a cuestionar el interés social de la empresa focalizado en los accionistas y a acrecentar la idea de que la empresa debe tener en cuenta a los demás interesados en su actividad. La tesis contractualista y la autorregulación ha comenzado una aparente decadencia, poniendo el énfasis en la tesis institucionalista y la regulación de los Gobiernos Corporativos (y de la RSE, pues como podemos anticipar ambos conceptos están estrechamente relacionados). La Responsabilidad Social Empresarial ha causado una revolución en el mundo de los negocios y hoy son cada vez más las empresas que se acogen a prácticas, códigos de conducta y estándares extralegales en materias relativas a la RSE. Sin embargo, la Responsabilidad Social Empresarial no se ha materializado únicamente a nivel interno dentro de las distintas compañías, además, ha inspirado una creciente regulación en los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, por lo que el fenómeno de la RSE es interesante no sólo en materia económica, sino también en materia jurídica. Y es por esta razón que la presente investigación nace.

La presente obra tiene por objeto, primero, dar luces acerca del panorama actual de la Responsabilidad Social Empresarial, particularmente en nuestro país, puesto que nos parece relevante identificar como

este verdadero fenómeno se ha planteado y asentado en nuestro país. Segundo, en la presente investigación nos dedicaremos a analizar la regulación de la Responsabilidad Social Empresarial en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel general como a nivel de derecho sectorial. Podemos adelantar que la proliferación normativa que se ha venido dando a nivel internacional no es un fenómeno ajeno a Chile, todo lo contrario, en nuestro ordenamiento jurídico hace un tiempo se ha tratado de regular materias propias de la Responsabilidad Social Empresarial, y consideramos de una verdadera importancia jurídica identificar la evolución normativa que se ha dado en nuestro país.

El método empleado en el presente trabajo de investigación es el método dogmático. Recurriremos, en primer lugar, a un enfoque descriptivo, que nos ayudará a explicar diversos hechos relacionados al fenómeno de la Responsabilidad Social Empresarial dentro de nuestro país y su situación normativa y regulatoria. De igual forma, se hará uso de un enfoque analítico, que nos permitirá conocer, primero, el conjunto de causas del surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial a nivel internacional y local, y segundo, centrarnos en los efectos que ha tenido ésta en nuestro ordenamiento jurídico. Por último, se recurrirá a un enfoque crítico, que nos permitirá compartir nuestras perspectivas y opiniones respecto de los hechos descritos y de las normas analizadas, de una manera fundada.

La presente investigación se encuentra dividida en tres capítulos:

Primero, en el Capítulo I se abordará la Parte General de la Responsabilidad Social Empresarial. Comenzaremos delimitando ciertos conceptos preliminares que nos ayudarán a entender la relación entre la Responsabilidad Social Empresarial con el concepto de interés social y la teoría de los Gobiernos Corporativos. Además, se analizará el origen de la RSE y su evolución, para después ahondar en el concepto propiamente tal de la RSE.

Después, en el Capítulo II se abordará de manera general la situación en la que se encuentra Chile respecto de la Responsabilidad Social Empresarial. Primero, se abordarán los factores que permitieron el surgimiento de la RSE en nuestro país. Posteriormente, se describirá y analizará la evolución de la normativa chilena relativa a la RSE y materias ambientales, sociales y de gobernanza (o ESG, por sus siglas en inglés), la cual en sus comienzos se reguló en compromisos internacionales asumidos por nuestro país para después incorporarse de manera paulatina en la legislación doméstica. Culminaremos este capítulo abordando la evolución que tuvo la regulación de la Responsabilidad Social Empresarial en las Normas de Carácter General de la ex Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero, pues no sólo ha sido la principal vía de la regulación de la RSE en Chile, sino que además presentó un importante cambio en su modelo regulatorio.

Finalmente, en el Capítulo III analizaremos en extenso la regulación de la Responsabilidad Social Empresarial en el derecho sectorial, en donde no sólo identificaremos las áreas del derecho chileno en donde la RSE se ha desarrollado mediante la dictación de normas, sino que además nombraremos y describiremos las que a nuestro juicio son las principales normativas de cada área que regulan materias relacionadas con la RSE y las analizaremos de manera crítica.

Como bien mencionamos anteriormente, el objetivo general de la presente investigación es, por una parte, abordar el panorama actual de la Responsabilidad Social Empresarial, particularmente en nuestro país, y por otra parte, analizar la regulación de la Responsabilidad Social Empresarial en nuestro ordenamiento jurídico. La discusión de la RSE se ha podido visualizar desde diversas perspectivas, y desde ya podemos adelantar que la respuesta regulatoria no ha sido unívoca. La inherente vinculación que tiene la RSE con los Gobiernos Corporativos la ha situado en la interesante disputa que existe en torno a la regulación o autorregulación, por lo que la forma en que la Responsabilidad Social Empresarial se incorpora a cada ordenamiento varía dependiendo de la postura que se tome en torno a dicha pugna. Chile, por supuesto, no ha estado exento de este debate, y a partir de la postura que ha tomado en la regulación (o autorregulación) de los Gobiernos Corporativos podemos analizar cómo han sido los avances de la regulación de la RSE.

Creemos que los avances en la materia, debido al vuelco en la técnica regulatoria, han sido positivos, puesto que responden a las necesidades actuales que tiene el mercado y nos dan cierta flexibilidad para enfrentarnos a futuros desafíos. Estamos a la espera de que estos avances sean permanentes en el tiempo.

1 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL: PARTE GENERAL

En este capítulo, revisaremos la denominada “Responsabilidad Social Empresarial” (o RSE). Este concepto se enmarca en la relación que se ha construido a partir del siglo XX entre la sociedad en su conjunto y las empresas, ya sea, gracias a su interacción en los distintos mercados, así como, los efectos que recaen en los distintos grupos o comunidades (y sus miembros), como resultado de la toma de decisiones empresariales en el ejercicio de sus actividades económicas.

Para mayor comprensión del tema, se hace necesario realizar un estudio previo de distintos conceptos que se encuentran íntimamente relacionados, y cuyo estudio ha sido instrumental en el surgimiento y desarrollo de la RSE.

1.1 Conceptos preliminares

En primer lugar, corresponde destacar que para un adecuado desarrollo de los conceptos relevantes nos abocaremos principal -aunque no exclusivamente- al análisis del ordenamiento chileno y su tratamiento a las sociedades de capital (más específicamente a las sociedades anónimas), en atención a que si bien, lo dicho puede no ser exclusivo de este tipo de figuras societarias, las problemáticas a estudiar resultan más evidentes en estas.

En segundo lugar, al hablar de empresa, algunos autores han destacado la importancia y beneficios del desarrollo del derecho de las organizaciones y de sus técnicas, en tanto su objetivo principal es estructurar dichas relaciones, delimitando los activos sobre los cuales los participantes de una actividad empresarial pueden contratar, en contraposición a ver las relaciones comerciales y en consecuencia, el derecho de las organizaciones, como simples nexos contractuales.¹

En este sentido, la creación de estas estructuras empresariales con vida y personalidad propia, con una separación clara de patrimonios² entre la empresa³ y sus dueños,⁴ ha permitido un mayor grado

¹ En este sentido Hansmann, H. & Kraakman, R. (2003). El rol esencial del Derecho de las Organizaciones. *Themis Revista de Derecho* (46), 15-45. Realizan un análisis en torno a la separación de activos.

² En este punto nos referimos a patrimonio en términos económicos, es decir, como un conjunto de activos y pasivos.

³ Entendiendo las diferencias conceptuales entre empresa, organización, compañía y sociedad, usaremos indistintamente estos conceptos para efectos de este trabajo.

⁴ Usaremos indistintamente dueños, socios y accionistas para efectos de este trabajo.

de eficiencia en el desarrollo de las actividades económicas para las cuales son creadas. Sin embargo, en la práctica, la forma en que se configuran las relaciones internas y externas no resulta tan pacífica.

Las afirmaciones anteriores dejan ver que la génesis de la problemática radica en entender que, en la actividad empresarial, existen distintos sujetos relevantes cada uno con una voluntad e intereses propios y que eventualmente pueden entrar en conflicto. Dentro de los distintos sujetos relevantes, podemos encontrar -por ejemplo- los dueños de la compañía, aquellos con quienes la empresa se relaciona, e incluso, la compañía misma.

1.1.1 Personas Jurídicas o Morales

En este primer apartado, analizaremos si acaso las compañías pueden ser considerados seres o entidades independientes, es decir, si podemos entenderlas como personas o sujetos de derecho capaces de expresar su propia voluntad y entablar sus propias relaciones jurídicas en nuestro ordenamiento.

a) Personalidad Jurídica

Entendiendo que cualquier actividad económica es eminentemente el fruto de distintas relaciones jurídicas, corresponde identificar quienes pueden ser los sujetos en estas relaciones, ya que, finalmente, serán los que, por disposición del ordenamiento, adquirirán derechos y obligaciones.

El primer concepto que viene a la cabeza cuando nos preguntamos sobre los sujetos de derecho, es el de persona, siendo conveniente distinguir entre persona en su sentido ordinario y en un sentido técnico-jurídico. La primera, en un sentido ordinario y siguiendo lo dicho por la RAE, podemos identificarla sin problemas como “individuo de la especie humana”. Sobre la segunda, Lyon Puelma (2006) señala:

“El concepto de persona da cuenta de una abstracción jurídica que expresa solamente el centro de convergencia de un conjunto de derechos y obligaciones. Por eso se define corrientemente a la persona como una entidad capaz de adquirir (centro de convergencia) derechos y obligaciones.” (p. 22).

Lo anterior, implica que quien pueda adquirir derechos y obligaciones no se encuentra restringido exclusivamente a lo que entendemos por persona en el primer sentido (esto es, un ser humano de carne y hueso), sino que más bien, será persona aquella a quién el ordenamiento jurídico le asigne la capacidad de adquirir derechos y obligaciones.

Es más, Lyon Puelma (2006, p.22) señala que la persona, entendida en su acepción técnica, es una construcción jurídica separada conceptualmente de la persona entendida como individuo de la especie

humana, y que si bien existe una fuerte relación que ha llevado a muchos autores a la confusión, nada impide que el ordenamiento otorgue dicha calificación a entidades distintas de los humanos (sobre todo entendiendo lo difícil que resulta imaginar que algo distinto a un humano pueda ser sujeto de derechos).

Con todo, la cuestión se aclara un poco al introducir el concepto de personalidad. Lyon Puelma (1993) al referirse al punto, construye el concepto de personalidad, a través de ciertos atributos de la personalidad, a los cuales considera sus elementos esenciales, y que, en definitiva, permiten identificar a un individuo determinado, otorgándole las potestades necesarias para actuar en la vida del derecho. Estos elementos son: la capacidad, el nombre, el domicilio y el patrimonio.⁵

Lo anterior, nos permite entender la personalidad como un factor jurídico que entre otras cosas, permite la atribución de derechos y obligaciones a un sujeto determinado en virtud de que el marco legal al cual se encuentra adscrito así lo permite, y como señala Lyon Puelma (2006, pp.23-25), al igual que el concepto de persona, también es una construcción eminentemente jurídica siendo entonces labor del derecho fijar este cúmulo de elementos a un determinado sustrato, ya sea, el ser humano (encontrándonos ante lo que el derecho reconoce como personas naturales), asociaciones humanas (en cuyo caso nos encontraremos ante personas jurídicas o morales) y en algunos casos a patrimonios.

Por lo demás, las formas y mecanismos a través de los cuales los distintos ordenamientos incorporan o atribuyen personalidad a entidades determinadas puede variar, e incluso, no toda asociación humana necesariamente tiene personalidad. A modo de ejemplo, como señala Jequier Lehuedé (2016a, p.42), en nuestro ordenamiento si bien se les otorga personalidad jurídica a las sociedades típicas inmediatamente luego del acto que las origina por la sola disposición de la ley⁶ (que en las sociedades mercantiles bajo el alero de la Ley 19.499, permite incluso el reconocimiento de la personalidad jurídica una vez celebrado el contrato social pese a adolecer de vicios formales), nada impide que existan formas asociativas que carezcan de ella, ya que, la Constitución Política vigente garantiza en su art. 19 N°15 la libertad de asociación,⁷ lo que en consecuencia abre la puerta a la conformación de formas asociativas humanas distintas y con características propias.

⁵ Para un estudio acabado de estos Lyon Puelma, A. (1993) *Teoría de la personalidad*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. pp. 101-144.

⁶ El inciso segundo del artículo 2053 del Código Civil dispone: “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.”.

⁷ El artículo en comento dispone en sus primeros incisos lo siguiente: “15°.- El derecho de asociarse sin permiso previo.

b) ¿Es realmente una compañía alguien distinto de quienes la conforman?

Sin perjuicio a que sobre la naturaleza de la personalidad jurídica existe extensa discusión que ha dado pie a distintas teorías y aportes⁸ y pese a que ninguna de las teorías está exenta de críticas, todas han prestado utilidad para entender la naturaleza de la persona jurídica como una entidad a la cual el ordenamiento le otorga ciertos atributos de la personalidad, que como vimos, pueden considerarse elementos esenciales. Por su parte, nuestro Código Civil en el inciso primero de su artículo 545 señala que “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.” y más allá que la redacción de la norma pueda dar pie a que sostengamos una u otra teoría, lo que para nosotros resulta relevante es que a las personas jurídicas les otorga capacidad.⁹

Con todo, Lyon Puelma (2006, p.42) señala que la base para entender a la persona jurídica como un sujeto independiente es el principio de la radical separación entre la entidad y sus miembros, el cual en nuestro ordenamiento se desprende del inciso segundo del artículo 2053 del Código Civil al señalar que “La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

Este principio se compone de dos elementos: la imputación de actos, derechos y responsabilidades; y la aplicación de las normas jurídicas con independencia del sustrato personal de las personas morales. El primer elemento resulta bastante auto explicativo, las personas jurídicas cuentan con capacidad y en consecuencia se responsabilizan con su patrimonio de los actos que realicen, siendo conveniente recalcar que “la circunstancia de que un ente colectivo goce capacidad jurídica no basta para que se entienda que un acto realizado por uno de sus miembros o por todos ellos juntos, le va a ser imputado como suyo propio y no como emanado de estos o de aquél.” (Lyon, 2006, p.43). El segundo elemento, implica que todas las normas deben aplicarse a la persona jurídica con prescindencia de quienes la compongan, es decir, deben aplicarse acudiendo a su propia individualidad.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.”

⁸ Para un análisis más acabado, véase Lyon Puelma, A. (2006) pp. 25-34. Si bien un estudio de estas excede los propósitos de esta investigación, mencionamos que dichos aportes consisten en: la teoría de la ficción de Savigny; la posición de Ihering; la teoría de los patrimonios de afectación; la teoría de Ferrara; y la teoría de Kelsen.

⁹ Si bien de la redacción pareciera que solo concede capacidad de ejercicio, lo cierto es que parece ilusorio conceder la capacidad de hacer efectivos tus derechos (la denominada capacidad de ejercicio), sin la capacidad de adquirirlos (la denominada capacidad de goce). Como señala Lyon Puelma, A. (1993, p.108), ambas no son cuestiones diferentes, sino que más bien son solo meras expresiones de la misma capacidad.

Entonces, en el entendido de que en efecto debemos concebirlas como personas independientes de quienes la conforman, con capacidad propia, corresponde preguntarse si tienen voluntad propia y, en caso afirmativo, de qué manera pueden manifestarla.

Al dilucidar el concepto de voluntad, contamos con que dentro de las distintas definiciones otorgadas por la RAE esta puede ser entendida como “la facultad de decidir y ordenar la propia conducta”, o bien, como “intención, ánimo o resolución de hacer algo”, definiciones de las cuales podemos extraer, en términos coloquiales, que la voluntad es algo inherente a las personas, ya sea, entendiéndola como una facultad propia de ellas, o bien, operando como el motor de sus acciones. Pero ¿Puede una compañía decidir y ordenar su conducta propia? ¿Puede extraerse una intención de los actos de las compañías? Y a nuestro juicio la respuesta es sí, cuestión que no solo queda patente en la vida misma de una compañía toda vez que las decisiones que se adoptan a nivel corporativo encausan su actuar, sino que además la doctrina civilista¹⁰ señala que la voluntad es un requisito de existencia para la realización de los actos jurídicos, por lo que, de no poder al menos reconstruirse una suerte de voluntad de la compañía, resulta difícil aceptar que esta pueda actuar en la vida del derecho.

Ahora, respecto a la forma en que las compañías manifiestan su voluntad, sintetizaremos lo dicho por Lyon, quien señala que existen dos teorías: la teoría de la representación y la teoría del órgano.¹¹

En primer lugar, cierto sector de la doctrina se adscribe a la denominada “teoría de la representación” y considera que la voluntad de las personas jurídicas es similar a la de los incapaces, por lo que para que sus actos tengan validez, estas deben actuar bajo una representación con ciertas características especiales, en virtud de la cual los representantes son formadores de la voluntad corporativa y en circunstancias en que siendo el representante parte de la colectividad, se subentiende que obrando en interés de todos actúa también en interés propio.

En contraposición, otro sector de la doctrina se inclina por la denominada “teoría del órgano”, la cual se subdivide en dos posturas: una primera etapa en que se considera que la persona jurídica es capaz de querer y obrar y, por tanto, el órgano entendido como individuo o conjunto de individuos que forman parte de la persona jurídica se encuentran destinados al cumplimiento de la voluntad de la colectividad; y una segunda etapa, que nace a partir de la crítica a esta primera concepción, ya que entienden que la relación de indivisibilidad que implica atribuirle a la persona jurídica los actos del órgano como propios es una ficción, lo cual, impediría la posibilidad de establecer relaciones entre ambos en circunstancias que el ordenamiento jurídico nos demuestra lo contrario, por lo que lo

¹⁰ Vial del Río, V. (2006, p. 36).

¹¹ Lyon Puelma, A. (2006, pp. 132-136).

correcto sería distinguir entre “órgano” (funciones o esferas abstractas de poder distribuidas dentro de la persona jurídica) y “portador del órgano” (individuo o colectividad distinta de la persona jurídica que ejerce el cargo o funciones del órgano y que por tanto, no excluye necesariamente la representación de la primera).

Por otra parte, como señala Alcalde Rodríguez (2013, p. 29), la responsabilidad de quien administra la sociedad (esto es, el directorio en el caso de las sociedades anónimas), no es diversa en lo sustancial de la responsabilidad civil, por lo que otra diferencia relevante, viene dada por la fuente (sea un contrato o la ley) de la responsabilidad dependiendo de la teoría que se siga. En el caso de la teoría de la representación, al ser esta una relación necesaria para que la persona jurídica pueda completar su voluntad, la fuente de la representación será el contrato celebrado y por tanto la naturaleza de la responsabilidad civil de los directores frente a la sociedad será dicho contrato. En cuanto a la teoría del órgano, como los actos realizados dentro del ámbito de las competencias de cada órgano, serán considerados como actos realizados por la sociedad, y en consecuencia al no requerir de una intermediación para la compleción de la voluntad, se entiende que “la responsabilidad civil de los directores con la sociedad tiene fuente legal, y le viene impuesta heterónomamente por el hecho de la aceptación del cargo” (Alcalde Rodríguez, 2013, p.40).

Con independencia de las corrientes anteriores, el autor señala que no puede confundirse la relación entre la persona jurídica y aquellos que obran por ella con la representación, ya que, en primer lugar, el concepto de órgano es más amplio que el concepto de representación, cuestión que queda patente en tanto no todo representante es órgano, ni todo órgano implica una relación de representación, situación que dependerá de las facultades depositadas en el órgano. En segundo lugar, el concepto de órgano es insustituible si se quiere explicar las formas en que funcionan y se administran algunas sociedades. Finalmente, señala que el órgano siempre es depositario y portador de una voluntad única de la persona jurídica, cuestión que se evidencia además en los sistemas de responsabilidad penal corporativa en los que puede atribuirse la responsabilidad a la organización extrayéndose la voluntad de ilicitud de esta a través de la conducta activa (la comisión del delito) u omisiva (ausencia de los debidos controles para evitarla o mitigar sus efectos) de ciertos órganos u altos ejecutivos.¹²

¹² Ejemplo de esto, es el art. 31 bis del Código Penal español el cual señala “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.”

Finalmente, el autor define el concepto de órgano como “aquellos cargos u oficios que por disposición de la ley o los estatutos, se encuentran autorizados para ejercer los poderes que concurren en las personas jurídicas. A saber, el deliberativo, el administrativo, el de control y eventualmente, el poder de policía correccional.”¹³ Nosotros nos quedamos con esta definición en tanto permite entender a los órganos como parte de la estructura organizacional de la persona jurídica, atribuyéndoseles distintas funciones en virtud de la ley o según establezcan sus dueños, dentro de las cuales se encuentra la determinación del camino que debe seguir la persona jurídica (recaída en el órgano deliberativo) y las actuaciones que deben realizarse en pos de dicha determinación (recaída en los órganos que ejerzan la administración, quienes en definitiva manifestaran la voluntad de la organización).

En síntesis, en este apartado buscamos establecer una identidad propia de las compañías separada de quienes la conforman para, en definitiva, constatar la existencia de una suerte de voluntad jurídica en las organizaciones que les permita a ellas autodeterminarse y actuar en la vida del derecho como individuos independientes. Para ello el primer paso fue la construcción del concepto de persona jurídica, para luego abordar el concepto de voluntad y finalmente analizar los mecanismos que tendrían para manifestar dicha voluntad, lo nos permite en primer lugar separar a los individuos de los arribar conceptualmente a la teoría del órgano.

Ahora bien, entender que existen distintas voluntades en juego en el complejo entramado de relaciones entre los distintos sujetos nos abre la puerta a otros problemas, a saber, las dificultades que se erigen al tratar de conciliar los fines perseguidos por los distintos actores. Por tanto, el siguiente paso abordar serán los denominados “problemas de agencia”.

1.1.2 Problemas de Agencia

a) Concepto

En este apartado, lo primero será referirnos a qué se entiende por agencia. La RAE define agencia como “Oficio o encargo de agente”, y a su vez, define agente como “Persona que obra con poder de otra”. En base a esas definiciones podemos hacer una homologación de conceptos, entre agencia y mandato, y agente y mandatario.¹⁴

¹³ Lyon Puelma, A. (2006. p. 136.)

¹⁴ En adelante utilizaremos ambos conceptos indistintamente, justificado esta decisión en la definición que entrega la legislación chilena del “mandato comercial”. En el artículo 233 del Código de Comercio el legislador lo define como: “...un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño”.

Corresponde referirnos entonces al concepto de “problemas de agencia”. Sobre estos, Reyes (2013) los conceptualiza como:

Aquello que los economistas clasifican como *problemas del mandato (agency problems)*, en el sentido más genérico de la expresión, corresponde a las dificultades que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el mandante (*principal*), depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el mandatario o agente (*agent*). El problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante en lugar de que aquel obre en su propio interés. (p. 41).

Podemos apreciar luces del origen del problema, el motivar al agente. En este sentido Padow (2009) establece en su análisis un interesante punto siguiendo los lineamientos de los principios de la teoría económica relativos a la toma de decisiones¹⁵, señalando que para quienes se encargan de negocios ajenos existe un *problema de incentivos*. Dado que la racionalidad económica nos dicta que quienes son propietarios de una cosa son quienes tienen mayores incentivos para cuidarla y explotarla al ser ellos los principales beneficiados, no es extraño pensar que dichos incentivos no operan de la misma forma para quién se encarga de un negocio ajeno, viéndose incluso incentivados a ser descuidados o apropiarse de los beneficios que legítimamente le corresponderían al dueño.¹⁶

Esto es relevante en tanto en el corto plazo los agentes tendrían mayores incentivos para actuar de manera temeraria, esto es, la inclinación a tomar decisiones que les generen un mayor beneficio, pero generen un mayor riesgo para el mandante, lo que a su vez puede generar una serie de problemas en el mediano y largo plazo.¹⁷ Sin embargo, el solucionar dichos problemas trae como consecuencia que los principales deben asumir “costos de agencia”, es decir, asumir mayores cargas económicas para poder mitigar o prevenir los efectos adversos que los problemas de agencia pudieran causar. Estos costos de agencia se relacionan principalmente a las problemáticas en torno a la asimetría de información que puede existir entre el principal y el agente por la cercanía que tiene quién ejecuta

¹⁵ Dentro de los principios de la economía, el cuarto principio es que las personas respondan a incentivos, como se aprecia en Mankiw, D. (2012). *Principios de Economía*. Recuperado de <http://www.jaimedv.com/eco/1c1-micro/mankiw-principios-eco-ed6.pdf>

¹⁶ Padow Lorenzo, D. (2009, pp 595-597).

¹⁷ Esto puede darse en cualquier escala, por ejemplo: Para los accionistas podría generarles que sus administradores tomaran negocios con altísima proyección de utilidades, pero alto riesgo; para los accionistas mayoritarios, tomar decisiones orientadas a asegurar la permanencia de la sociedad en vez de actuar en torno a maximizar los beneficios (cuestión que estudiaremos después a propósito del interés social); y para la empresa, tomar decisiones que les significaran un bajo costo económico pero que pudiera perjudicar a las comunidades cercanas (*stakeholders*) en materia medioambiental.

con el negocio; así como las dificultades que pueden surgir respecto a la supervigilancia de los actos realizados por el agente para asegurarse que este actúe en línea con los intereses del principal.

Para aterrizar los problemas de agencia al mundo real, es necesario referirnos a su relación con las sociedades, como estructuras jurídicas empresariales, y en definitiva de las empresas.

Producto de la evolución de las empresas y las dificultades que por sí solos pueden experimentar los dueños de estas para aprovechar de manera plena y eficiente las oportunidades de negocios, se ha hecho necesaria la delegación de funciones y facultades. Reiterando lo dicho hasta ahora, las empresas se estructuran hoy como una persona con vida propia, la cual pertenece a sus dueños, pero que sin embargo tiene voluntad propia distinta de ellos y un patrimonio propio para llevar a cabo sus fines, los cuales pueden resultar distintos de quienes administran, de quienes concurren a su formación, y de con quienes en definitiva se relaciona la entidad.

En este sentido, Armour, Hansmann, y Kraakman (2004) señalan que los problemas de agencia pueden reducirse a los problemas entre principales y agentes, los cuales en las sociedades anónimas son respectivamente: accionistas y administradores; accionistas minoritarios y accionistas mayoritarios; *stakeholders* y la sociedad.¹⁸ A continuación, nos referiremos a cada una de estas hipótesis.

b) Problemas entre Accionistas y Administradores

Los distintos ordenamientos establecen la necesidad de las sociedades de contar con una administración para el desarrollo de sus actividades -la cual puede variar dependiendo de la estructura jurídica que estas adopten- donde las personas que la conformen y cumplan con el rol de administrador, por lo que podemos observar la existencia de esa relación entre un principal (los dueños de la empresa) y un agente (quien administra el negocio).¹⁹

En las sociedades anónimas, dicha administración recae en el directorio,²⁰ el cual es un órgano colegiado conformado por distintas personas que pueden ser o no dueños de las empresas. Este

¹⁸ Armour, J., Hansmann, H. & Kraakman, R. (2017, pp. 21-22.)

¹⁹ En adelante en esta sección, al decir administración nos referiremos a esta en su conjunto (v.gr. directores y gerentes), por lo que cuando queramos referirnos a un órgano o sujeto en particular que detente facultades de administración, lo haremos expresamente.

²⁰ Ejemplo claro se puede apreciar en nuestra Ley de Sociedades Anónimas, la cual en su artículo 31 señala en su inciso primero que: “La administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas.”. También Podemos encontrar ejemplos en el *Business Corporation Law* (1890) de Nueva York, cuya *Section 701* señala que: “... *the business of a corporation shall be managed under the direction of its board of directors, each of whom shall be at least eighteen years of age. The certificate of incorporation or the*

funciona cómo agente de la sociedad, y que según hemos señalado, se encuentra encargado de la toma de decisiones de las empresas en el ejercicio de su actividad económica.

El primer problema se configura en torno a aquellos administradores que decidan optar por negocios más riesgosos o que derechamente le generen un perjuicio a la sociedad, con tal de verse beneficiados.

c) Accionistas minoritarios y accionistas mayoritarios

Entendiendo el punto anterior cabe preguntarse ¿Cuál es el rol que cumplen los dueños de la empresa si la toma de decisiones en la vida cotidiana la tienen los administradores? En las sociedades anónimas los dueños de las empresas pueden, mediante acuerdos celebrados en las denominadas “Juntas de Accionistas”, alterar cuestiones sustanciales de la sociedad, ya sea a través de la modificación de sus estatutos (v.gr. la fusión, división, aumentos o disminuciones de capital, entre otros), o la elección de sus administradores²¹.

En estas juntas de accionistas, los dueños de las empresas podrán tomar decisiones en atención a su grado de participación en la sociedad. Generalmente los acuerdos se alcanzan mediante sistemas de votación en los cuales se tiene un quorum determinado, en los que una acción²² representa un voto²³, por lo que los accionistas que representen un mayor porcentaje pueden tomar el control de la empresa. En este sentido también podríamos señalar que los accionistas minoritarios y los accionistas mayoritarios tienen una relación de principal y agente, ya que, a los primeros no les queda más que encomendar el negocio, esperando que los segundos -quienes tendrán incidencia en el desarrollo de este- no actúen en beneficio propio a costa de los demás accionistas.

d) Stakeholders y la sociedad

A su vez, como el ejercicio de una determinada actividad económica requiere de distintos recursos (capital, humano, recursos naturales, etc.), siempre habrá implicancias para los distintos grupos sociales que conviven e interactúan con la empresa (v.gr. los trabajadores de la empresa, las comunidades cercanas, el universo de compradores de un producto, entre otros).

by-laws may prescribe other qualifications for directors.” Extracto recuperado de <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/BSC/A7>

²¹ Que nuestra Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 1 define como “esencialmente revocables”.

²² Las acciones son títulos valor representativos del capital de la sociedad y que otorgan distintos derechos políticos (como el derecho a voto) y económicos a sus titulares (como el derecho a percibir las utilidades).

²³ Sin perjuicio de que nuestro ordenamiento contempla el caso de acciones preferentes sin derecho a voto o con derecho a voto limitado.

Estos distintos grupos de terceros interesados son conocidos en la terminología anglosajona como *stakeholders*, entendiendo el concepto ampliamente, podemos decir que son quienes asumen los riesgos conjuntamente a la empresa, ya sea directa o indirectamente, y por lo mismo tienen interés en su funcionamiento. Estos grupos, aunque no tengan el poder de toma de decisión que sí tienen los dueños o incluso los administradores de la sociedad, siguen siendo actores relevantes, porque en ellos se reflejan las consecuencias del comportamiento de la empresa, por lo que se entienden los *stakeholders* como mandantes en razón de que se encomienda a la sociedad el desarrollar sus actividades sin que les sea perjudicial a estos, y la sociedad debe actuar evitando el beneficio propio a costa de estos grupos.

e) Problemas de agencia como punto de partida a las demás discusiones relevantes

Por lo que hemos ido desarrollando hasta ahora, es que podemos señalar que las interacciones que se den entre los distintos intervinientes pueden complejizarse, principalmente porque las motivaciones de los distintos actores son diferentes y su grado de incidencia en las decisiones de las empresas también.

Como señalamos anteriormente, estos problemas se deben principalmente a problemas de incentivo, producto de la existencia de intereses diferentes entre principal y agente, y lógicamente, cada uno buscará maximizar el beneficio propio. Ante este escenario, lo mejor que se puede hacer es mitigar los conflictos que surjan.

Sin embargo, no en todas las estructuras societarias ocurren los mismos problemas (por ejemplo, los problemas de agencia pueden ser diferentes entre las sociedades anónimas abiertas y cerradas por los mercados en los que se interactúa para obtener financiamiento);²⁴ así como también pueden variar entre los distintos ordenamientos (en Estados Unidos la propiedad de las sociedades anónimas suele estar atomizada entre un gran número de accionistas, mientras que en ordenamientos que se siguen de la tradición francesa, la propiedad suele estar más concentrada), por lo que las acciones de mitigación, pueden ser distintas (v.gr. el establecimiento de deberes de lealtad para los directivos o socios, planes de recompensa para ejecutivos, etc.).²⁵

²⁴ En este sentido, Vásquez Palma, M.F. y Vidal Olivares A. (2016) Aplicación de los principios de gobiernos corporativos a sociedades no cotizadas en Chile. Una aproximación desde el Derecho societario europeo y comparado *Vniversitas*, 65, (133), p 392.

²⁵ Sobre esta última, la doctrina ha señalado distintos mecanismos de mitigación. En síntesis, en ordenamientos en que la propiedad de la sociedad se encuentre concentrada se destacan: la implementación de voto proporcional en la elección de administradores; limitación de los derechos de voto de los accionistas mayoritarios; presencia de miembros independientes en los órganos de administración; repartición proporcional de utilidades, establecimiento de deberes fiduciarios y prevención del abuso del derecho. En ordenamientos en

Asumir dichos costos, aunque parezca una tarea sencilla, en la práctica puede no ser tal, pudiendo resultar demasiado oneroso para el principal alcanzar el nivel de control y vigilancia requeridos para evitar todos y cada uno de los problemas, lo que incluso podría alejar a los agentes del negocio y generar nuevos conflictos intra y extra societarios.

1.1.3 Deberes fiduciarios e interés social

En síntesis, los problemas de agencia pueden entenderse como una manifestación del problema entre la separación de la propiedad de la empresa y el control (derivados de la naturaleza de las sociedades típicas como personas jurídicas con un patrimonio y voluntad distintos a los de sus dueños); los que además se estructuran en torno a la relación entre principal y agente, con las implicancias que eso tiene para efectos de la determinación de deberes y responsabilidades correspondientes.

Respecto a los deberes de la administración en nuestro ordenamiento, Araya Paredes (2018)²⁶, señala que nuestro ordenamiento consagra en la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas (LSA), el principio básico de separación entre la propiedad y la administración de estas entidades, ya que en su artículo 1° al definir a la sociedad anónima, plantea la idea de que esta será administrada no por los accionistas (quienes eventualmente pueden detentar la calidad de directores), sino que “por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”.

En atención a los problemas derivados de los conflictos de intereses entre quien finalmente administre y los propietarios que no detenten dicha función, nos lleva a plantear distintos puntos de relevancia: lo primero será la búsqueda de un estándar de conducta aplicable a los administradores para guiar la forma en que desarrollen sus funciones. Lo segundo, será determinar la forma y criterios con que se evaluará el cumplimiento de dicho estándar

a) Determinación de deberes para los administradores

Ante todo, resulta necesario entender que, como señala Boatright²⁷, las relaciones entre los administradores y los propietarios de una entidad se encuadran dentro de la denominada relación fiduciaria, la cual en su génesis se remite al *Common Law* y siendo en esencia la relación originada en casos en que una persona le confíe su propiedad u otros bienes al cuidado de otra.

que la propiedad se encuentra atomizada se destacan: la implementación de *stock options*; mercado laboral de ejecutivos principales; consagración de deberes fiduciarios de los administradores; y la competencia por el control societario. Como se señala en Reyes Villamizar, F. (2013, pp. 57-69).

²⁶ Araya Paredes, I. (2018, p. 158.)

²⁷ Boatright, J. (2015, p. 890.)

Es en el contexto de dicha relación (que se manifiesta con aún más claridad en estructuras societarias en que exista una separación entre el control y la propiedad más prominente) que uno de los mecanismos más efectivos para mitigar los problemas de agencia resulta ser el establecimiento de deberes fiduciarios a aquellos sujetos que ejerzan la administración o el control (los que en el ámbito de esta relación se denominan fiduciarios), con el fin de que estos actúen en favor de quien deposita su confianza en su gestión (llamado beneficiario).

Estos deberes pueden categorizarse en deberes de cuidado y deberes de lealtad.²⁸ Los deberes de cuidado (o diligencia) implican que el fiduciario debe actuar en todos los ámbitos relacionados al encargo con la debida diligencia (en oposición al actuar negligentemente), estándar de conducta que usualmente es el de una persona razonable.²⁹

En nuestro ordenamiento, destacamos lo dicho por Araya Paredes al señalar que:

“En términos generales, los deberes de cuidado (o diligencia) se encuentran consagrados en el artículo 41 de la LSA, según el cual ‘los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres ordinariamente emplean en sus propios negocios’ (norma aplicable a los gerentes en virtud del art. 50 LSA), y que establece un estándar de conducta para el director, en cuanto deja la precisa determinación del incumplimiento al juez, que deberá calificarlo (...)” (p. 159).

Por su parte los deberes de lealtad son aquellos que en palabras de Jequier Lehuedé (2016b) es caracterizado como “el deber de actuar fielmente de cara al interés del principal o de los beneficiarios en general y, en el caso de la sociedad anónima, de la sociedad y sus accionistas” (pp. 274). Asimismo, puede ser entendido en dos aspectos: primero, que requiere que el fiduciario actúe en interés del beneficiario; y que evite obtener cualquier beneficio personal indebido de la relación fiduciaria.³⁰

Si bien en nuestro ordenamiento no existe un reconocimiento expreso de los deberes de lealtad como tales, ni tampoco los regula con carácter exhaustivo, podemos encontrar el principal ejemplo en el artículo 42 de la LSA, en tanto establece una serie de prohibiciones para los directores, de los cuales

²⁸ Algunos autores del derecho angloamericano agregan la clasificación de deberes de candor u honestidad, en este sentido Boatright, J. (2015, p. 891), señala que estos deberes son más extensivos que los simples deberes de información que generalmente se deben entre sí los agentes en los mercados, y por tanto se traducen en que los fiduciarios tienen la obligación de revelar toda información a los beneficiarios que les pueda resultar relevantes para sus intereses o la toma de decisiones, por lo que -a modo de ejemplo- estaríamos en una infracción a dicho deber en el caso en que un director de una compañía decidiera mantenerse en silencio sobre materias críticas para la toma de una decisión en discusión.

²⁹ Boatright, J. (2015, p. 891)

³⁰ Boatright, J. (2015, p. 892)

destacamos los números 1 y 7,³¹ en tanto introducen –de manera más expresa que la consagración del deber de cuidado- la prohibición de realizar actos que sean contrarios al concepto de “interés social”.

Pero pese a que no lo define, la introducción de este concepto en la LSA no es baladí, ya que en palabras de Sánchez-Calero (2002):

Dado que la sociedad cotizada es el tipo que acoge a las grandes empresas, es en su seno en donde se advierten con mayor nitidez los intereses contrapuestos entre distintos grupos de sujetos y entre los pertenecientes a un mismo grupo (p. 8).

En consecuencia, la persona e intereses individuales de los socios dejan de tener relevancia, y pasa a tener predominio esta suerte de voluntad de la empresa -como colectividad- en torno a la cual debe estructurarse su actividad empresarial. A esto nos referimos con “interés social”.

Por tanto, la función del interés social se encuentra profundamente relacionada a los deberes de diligencia y lealtad, ya que, suele servir como el estándar sobre el cual medir la actuación de los administradores de una empresa, en tanto que sirve para “determinar si su conducta ha pretendido efectivamente conformarse con esta necesidad o interés que les es común a todos los accionistas” (Alcalde Rodríguez, 2007, p. 48)

En un sentido similar, este puede operar como una garantía para el administrador “en el sentido que para ejercer debidamente el cargo, goza de la autonomía e independencia necesaria para adoptar todas aquellas acciones, que, a su juicio, respondan a su obligación de procurar este objetivo participado por todos los socios.” (Alcalde Rodríguez, 2007, p. 48)

Además, atendido a que la regulación de los deberes fiduciarios en la práctica podría dejar lagunas en la aplicación de estos, el interés social operaría fijando deberes fiduciarios no expresamente contemplados como una suerte de “cláusula general de integración contractual” (Alcalde Rodríguez, 2007, p. 49) o -como señala en trabajos posteriores- una “cláusula general de resolución de conflictos” (Alcalde Rodríguez, 2013, p. 141).

³¹ “Art. 42. Los directores no podrán:

1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social; (...)

7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio”

Sin embargo, si bien su función es clara, determinar que comprende el concepto de interés social no es tarea fácil, y su relevancia radica en que de ello dependerá la forma en que los administradores deben cumplir con los deberes fiduciarios.

b) Desarrollo del concepto de interés social

Los administradores tienen el deber fundamental de velar por este interés. Sin embargo, como señala Sánchez-Calero, en la práctica pese a ser un tema de suma relevancia para el derecho societario, realizar una determinación del concepto no es tarea fácil (y por lo mismo, asumir las consecuencias de dicha determinación es algo que nuestro legislador ha rehusado). La doctrina nacional y comparada señala que este se encuentra dividido en torno a dos grandes corrientes: la tesis institucionalista y la contractualista.³²

Araya Paredes (2018) al referirse al problema de definir el interés social, hace una síntesis de la discusión doctrinal en torno a dichas corrientes, que señalaremos a continuación:

En primer lugar, la tesis institucionalista propone que la sociedad constituye un núcleo de diversos intereses dignos de protección, dentro de los cuales se encuentran tanto el de los accionistas en su conjunto como el de los demás grupos interesados en el funcionamiento de la sociedad (los *stakeholders*). La sociedad por ende tiene una función pública y por lo tanto lo que se debe tutelar además de los distintos intereses, es el “valor social de la empresa”.

En segundo lugar, la tesis contractualista propone que el interés social es aquel común a todos los accionistas, distinto a los intereses de estos individualmente considerados. Este interés ya no apunta a una función social de la sociedad, sino que a generar el máximo lucro posible para sus dueños (el *shareholder value*). En otras palabras, lo único que debe guiar el actuar de los administradores es la obtención de un beneficio patrimonial por parte de sus accionistas.

Como se puede observar, ambas corrientes son diametralmente opuestas ¿Por qué corriente nos inclinamos, entonces? Sin perjuicio de que la calificación de ambas posturas resulte, pareciera más fácil inclinarse por la tesis contractualista, dado que al menos su aplicación práctica resulta evidentemente más fácil, y es que tratar de esbozar una teoría donde puedan satisfacerse simultáneamente todos los intereses no tiene sentido, tanto como por la misma imposibilidad de representarlos a todos como por las dificultades de generar criterios adecuados para la toma de

³² No confundir con la discusión sobre las escuelas contractualista e institucionalista, las que se refieren a cuales son los intereses que deben privilegiar los administradores en el ejercicio de sus funciones.

decisión en esas circunstancias. En palabras de Vicent Chuliá en su libro *Introducción al Derecho Mercantil*, volumen I (como se citó en Araya Paredes, 2018):

“Una definición de ‘interés social’ que contenga *todos los intereses de la sociedad* deviene, necesariamente en un concepto inútil, pues no sirve ningún propósito como regla de solución de conflictos ni de interpretación de los deberes de administración y termina ‘oscureciendo’ la misión de la administración.”.

Además, desde una perspectiva de derecho societario, la postura del *shareholder value*, permite guiar efectivamente la actuación de la administración (y en el fondo, de la sociedad) en torno al cumplimiento de sus deberes de fidelidad para con sus propietarios.

Corresponde señalar que para la tesis del *shareholder value*, no busca solamente “excluir unos intereses en favor de otros, sino que su definición se plantea con frecuencia como el establecimiento de una jerarquía de intereses que permite tutelar unos directamente, al tiempo que los demás resultarán indirectamente favorecidos (Sanchez-Calero, 2002, p. 18). Es decir, pese a ser el interés social el único que deba guiar el actuar de los administradores como directriz, no implica la anulación o inexistencia de los demás intereses que puedan verse en juego en el desarrollo de la actividad empresarial, pudiendo estos verse beneficiados indirectamente. Es más, Sanchez-Calero (2002, pp.27-28) señala que, parte de la doctrina norteamericana y europea, acoge la idea de que, en cuanto a la satisfacción de su interés económico, los accionistas perciben su beneficio de manera residual, ya que sólo recibirían su pago una vez todos los acreedores se hayan visto satisfechos, por tanto, su posición es más la de un guardián de la creación de riqueza, actuando a su nombre como a nombre de los *stockholders*.

c) Shareholder primacy v/s Stakeholder primacy

Si bien ha existido extensa discusión a partir del siglo XX hasta ahora sobre cuál debe ser el criterio a seguir para orientar la actividad de los administradores, parece ser generalmente aceptada la idea de que la única finalidad que deben perseguir es la maximización de las utilidades para los dueños de las compañías (aunque, no por eso desconocer la existencia de otros intereses relevantes), lo cual, según señala Keay (2011), implicaría que los administradores sólo tienen metas económicas y su única responsabilidad es la generación de riqueza para sus dueños, por lo que de entrar en conflicto

los intereses de los *shareholders* con los *stakeholders*, estos deben privilegiar los primeros, cuestión que se entiende como el “*shareholder primacy*”.³³

Así, señala, la principal esfera de actividades de los administradores se define por la obligación para con los *shareholders* de modo que todas las otras responsabilidades son secundarias. No obstante, esto no significa que estos intereses catalogados como secundarios no deban ser tomados en cuenta, ya que, si bien los directores no guiarán su actuar en torno a estos, muchas veces estos pueden incidir en maximizar las ganancias de los dueños, lo que algunos autores denominan como “*enlightened share holder value*”.

Por su parte, el *stakeholder primacy* (también llamado *stakeholderism*), señala que los administradores deben actuar considerando múltiples intereses y no sólo aquellos de los dueños de las compañías, por lo que su obligación es buscar la continuidad a largo plazo de la compañía y no solamente la riqueza inmediata de los accionistas. Como señala Keay, esta corriente encuentra muchas variantes que dan predominancia a más o menos intereses, pero en su esencia más pura, el *stakeholderism* no privilegia ningún interés por sobre otro.

Si bien el *shareholder primacy* pareció dominar el siglo XX, en las últimas décadas se observaron grandes cambios en distintos aspectos. A modo de ejemplo, como señala Keay, se modifican fuertemente los estatutos de distintos Estados a efectos de permitir a los administradores considerar más intereses que la pura maximización de utilidades.³⁴ Así mismo, producto de la pandemia del COVID-19, las compañías tuvieron que modificar la forma en que toman decisiones, y empezar a incluir los intereses de los *stakeholders* en la toma de decisiones (lo que algunos pueden entender como una manifestación del *enlightened shareholder primacy* o como una muestra del cambio de paradigma y el arribo del *stakeholderism*).³⁵

Con todo, no cabe si no concluir que si bien, en la determinación de que finalidad debe perseguir la compañía, pareciera aún tener dominio la aceptación de la corriente del *shareholder value*, esta no ha estado exenta de críticas, ya que se identifica a esta con las más grandes crisis empresariales y sus

³³ En este sentido, la jurisprudencia norteamericana ha fallado en el caso *Dodge v. Ford Motor Co*: “*A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.*” Recuperado en <https://casetext.com/case/dodge-v-ford-motor-co>.

³⁴ Para un análisis más detallado véase Keay, A. (2011, pp. 8-19.)

³⁵ Como se ve en Gadinis, S., & Miazad, A. (2021). A Test of Stakeholder Governance. En SSRN Electronic Journal. Elsevier BV. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3869176>

efectos en la sociedad. Es por esto que su aceptación y rechazo (y en consecuencia, los acercamientos al *stakeholderism*) ha tenido una oscilación pendular.

Con todo, si bien el concepto de interés social funciona como criterio orientador para regular la actividad de los administradores, queda pendiente la forma en que debe estructurarse una organización y los mecanismos para regular la actividad de los administradores, para cumplir con los objetivos que se plantea. Es así como se introduce el concepto de “Gobiernos Corporativos”.

1.1.4 Teoría de los Gobiernos Corporativos

En este apartado abordaremos la teoría de los Gobiernos Corporativos y como estos buscan dar una solución a los problemas descritos. También señalaremos las tensiones existentes en su desarrollo y la utilidad de la materia para la incorporación de otras problemáticas.³⁶

a) Concepto

Llegar a un concepto no estuvo exento de discusiones. Bernet (2004) nos presenta un interesante trabajo enfocado en la influencia de las sociedades abiertas en el modelo angloamericano³⁷, en el cual, desarrolla el surgimiento del concepto de *Corporate Governance* o “Gobiernos Corporativos” como mecanismo de mitigación de conflictos.

Al respecto podemos señalar algunas definiciones que nos parecen relevantes. Lefort (2003) señala que:

“En términos simples, el gobierno corporativo consiste en el conjunto de relaciones que se establecen entre los diferentes participantes en la empresa con el fin de garantizar que cada uno reciba lo que es justo. Esto es crucial para proveer los incentivos adecuados para que se realicen las inversiones necesarias para el desarrollo de la empresa” (p.208).

Inmediatamente desprendemos de esta definición que lo que se busca con los gobiernos corporativos es mitigar o dar solución a los problemas de agencia que se presenten.

Podemos decir que el concepto de *Corporate Governance* propiamente tal surge a partir del *Cadbury Report* (1992), el que buscaba la implementación de códigos de buena conducta voluntarios para

³⁶ Nuestro análisis se enfoca principalmente en la sociedad anónima como estructura jurídica corporativa, pero dicha elección no es antojadiza, sino que por su naturaleza generalmente es la forma en que se organizan las grandes empresas. Estas suelen tener un rol activo en los distintos mercados financieros -sobre todos aquellas que transan sus valores en bolsa- y suelen ser en las que resultan más evidentes los problemas de agencia relativos a la propiedad y el control de la sociedad.

³⁷ Véase Bernet Páez, M. (2004). El gobierno de las sociedades abierta. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 16, 33-57.

corporaciones que estuviesen registradas en el Reino Unido y que ofertaran públicamente sus acciones en el *London Stock Exchange*, con el fin de mejorar la eficiencia corporativa y reducir los problemas de agencia a través del control de los directivos.³⁸

Por su parte, Garde (2012) señala en su definición: “por gobierno corporativo debe interpretarse al sistema que permite, en la organización, proteger los intereses de los diversos grupos de interés conformados por los accionistas, los empleados, los proveedores, los jubilados, la comunidad, los financistas y los demás acreedores” (p. 111).

Como se aprecia, podemos clasificar las definiciones en restringidas y amplias. Las primeras, tienden a ver los gobiernos corporativos como mecanismo de mitigación de conflictos desde la estructura interna de la empresa, principalmente en cuanto al control de los ejecutivos principales por parte de los dueños de las empresas, y a partir de ahí, mejorar los resultados financieros de la empresa para sus dueños. Las segundas, tienen una visión más omnicomprendensiva de los gobiernos corporativos, incorporando no solamente las estructuras internas, sino que además su relación con otros *stakeholders*.

En definitiva, parece relevante destacar que, de las definiciones y elementos aportados, se aprecia el carácter instrumental de los gobiernos corporativos, cuya razón de ser pareciera estar en encausar la actividad empresarial hacia la consecución de ciertos fines determinados. Además, si bien, el asunto en respuesta a los problemas de agencia (refiriéndose específicamente al control de los directivos) y a los mecanismos que deben emplear las empresas para la consecución de sus objetivos, el desarrollo de esta teoría está fuertemente ligada a la búsqueda de soluciones para una serie de otras problemáticas (por ejemplo, la relevancia de los *stakeholders* en las estructuras empresariales, la implementación de una ética corporativa, los impactos de distintas prácticas en el ámbito financiero, etc.³⁹).

b) Desarrollo de la teoría de los Gobiernos Corporativos y los modelos de *corporate governance*

³⁸ En este sentido Garde, H. (2012). Modelos de gobierno corporativo. *Enfoques: Contabilidad y Administración* (3), 111-119. En su estudio de los modelos de gobiernos corporativos señala que existen tres formas en que la implementación de estos puede afectar la eficiencia económica de la organización empresarial, los cuales sintetizamos en: el establecimiento de sistemas de incentivos y la necesidad de definir mecanismos de control; el efecto en las negociaciones sobre distribución de beneficios entre accionistas (lo que puede decantar en el fenómeno de los “free riders”); y la distribución del riesgo (siendo esencial no distribuirlo los *stakeholders* más débiles).

³⁹ Sobre el punto, puede verse lo dicho reflejado en los principios de buen gobierno corporativo en: OECD (2016), G20/OECD Principles of Corporate Governance, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/9789264259171-es>.

Es bien sabido que pese a la influencia de la globalización, el desarrollo económico y la tendencia a uniformar ciertas prácticas corporativas a nivel internacional, en principio, si bien existen similitudes en los ordenamientos entre las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas (o las *open corporations*), en la práctica existen diferencias sustanciales entre ellas, las que se ven reflejadas en los problemas que las regulaciones enfrentan y por ende, en la configuración de los modelos de gobiernos corporativos.⁴⁰

Respecto de cuáles serán las formas en que se aborden las problemáticas expuestas depende de cada ordenamiento. A modo de ejemplo: en Estados Unidos luego de cada gran crisis se ha dotado, mediante la dictación de distintos cuerpos normativos, de mayor relevancia a principios como la transparencia en la entrega de información y a las reglas de *accountability* para con los ejecutivos de las empresas.⁴¹⁴²

Por otra parte, en los sistemas de buen gobierno derivados del “modelo continental europeo”, la estructura se organiza para mitigar los posibles abusos, no necesariamente en torno a la relación entre administradores y propietarios, sino que se incorporan aquellas provenientes de conflictos entre accionistas mayoritarios (o controladores) y accionistas minoritarios (por ejemplo, en el caso español son de gran relevancia en esta materia el “Informe Olivencia” y el “Informe Aldana”) o incluso en las relaciones con otros *stakeholders* (como en el caso de Japón o Alemania).⁴³

Es así como a partir de la década pasada, comienza la elaboración y difusión exponencial de una serie de informes, guías de principios, recomendaciones y otros documentos, emitidos por organismos internacionales, los cuales van siendo incorporados a las legislaciones, aunque en muchos casos con un marcado carácter de *soft law*, es decir, normas que carecen de obligatoriedad y la única forma de hacerlas efectivas para las empresas es creando sus propios sistemas de *enforcement*, implementándose así programas de cumplimiento normativo o *compliance*.⁴⁴

⁴⁰ También pueden existir diferencias relevantes entre sociedades anónimas abiertas (o cotizadas) con aquellas entidades que no realizan oferta pública de acciones, sean participantes o no del mercado de valores.

⁴¹ Son relevantes en esta materia el *Sarbanes-Oxley Act* (2002), el cual surge luego del caso Enron, y el *Dodd-Frank Act* (2010) que surge luego de la crisis *sub-prime*.

⁴² Sobre esto Lagos Contardo, J.I. (2010). La regulación de los mercados financieros: ¿una solución o una causa del problema. *Cuadernos de Extensión Jurídica, IV* (Mercado de Valores y Derecho de la Competencia), 139-160. realiza un interesante análisis sobre la evolución del Derecho positivo en materia de la regulación de los mercados financieros (principalmente de Estados Unidos), y el rol que cumplen los sistemas financieros, el derecho y la ética en esta materia

⁴³ Garde, H. (2012, pp. 117-118).

⁴⁴ Los cuales podemos entender como sistemas de revisión sistemática de cumplimiento de estándares legales o éticos, realizado de forma interna o mediante auditorías externas. Las razones para esto son: que las empresas

Respecto a cómo se han estructurado tradicionalmente los sistemas de gobiernos corporativos, en atención a las problemáticas que enfrentan y a los fines que persigue la empresa, podemos clasificarlas en: “*shareholder models*” o modelos de “solución financiera” y los “*stakeholder models*”.⁴⁵⁴⁶

c) **Shareholder models v/s Stakeholder models**

El análisis de estos modelos considera distintos elementos todos íntimamente relacionados, como por ejemplo, el propósito que deben perseguir las compañías, quien determina los mecanismos de control a instalarse, como se evalúa su efectividad, la incidencia de la concentración de la propiedad, etc. Por tanto, en base a los análisis de los modelos de gobernanza realizados por Garde (2012, pp.113-118), Crifo y Rebérioux (2016, p.15), y Ntim (2018, pp.3-5), sintetizamos en lo siguiente:

Los *shareholder models*, siguiendo las tesis contractualistas, son propios del derecho angloamericano. En estos la propiedad de las grandes corporaciones se encuentra generalmente atomizada y por la forma en que se estructuran sus mercados financieros y su actividad, los dueños de las acciones suelen cambiar con frecuencia, por lo que el control es delegado a un directorio, recayendo la administración de la empresa sobre este órgano en conjunto a otros altos ejecutivos. Entonces, el problema de agencia que se busca solucionar es, principalmente, cómo controlar la actividad de los administradores para que este actúe guiado exclusivamente acorde a los intereses perseguidos por los dueños, es decir, la maximización de beneficios a corto plazo.

En estos modelos, la forma en que se introducen prácticas de gobernanza corporativa es a través de la implementación de códigos de buena conducta elaborados por privados, existiendo ciertos deberes de información a los mercados y primando el principio del *comply or explain* (basicamente, cumple o explica las razones de tu incumplimiento) como mecanismo de control del cumplimiento de dichas

en el cumplimiento de alguna disposición normativa deban someterse a las leyes estándares o políticas; o bien, lo hacen voluntariamente por razones éticas, motivados por un sentido de transparencia, reconociendo la obligación de sostener códigos de conducta pertinentes a su actividad económica. En otras palabras, el someterse a programas de *compliance* puede aparecer por varias razones; sea por la existencia de normas legales, o por su aplicación voluntaria por razones de ética corporativa. Para más información, véase Balmaceda Hoyos, G., Juppet Ewing, M.F., y Guerra Espinosa, R. (2019). *Compliance: una visión general desde la perspectiva penal y comercial*. Santiago, Chile: Thomson Reuters. pp. 57-93.

⁴⁵ En este sentido, en un interesante trabajo empírico sobre los modelos que siguen los países OCDE: Crifo, P. & Rebérioux, A. (2016). Corporate Governance and Corporate Social Responsibilities: A typology of OECD countries. *Journal of Governance and Regulation*, 5 (2) 14-27.

https://doi.org/10.22495/jgr_v5_i2_p2

⁴⁶ Si bien hay mucho que decir en materia de gobiernos corporativos, extendernos sobre el punto excede el propósito de este trabajo. Para más información, puede verse la síntesis realizada por Ntim, C. (2018) Defining Corporate Governance: Shareholder Versus Stakeholder Models. En A. Farazmand (eds.) *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*. Springer, Cham.

https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5_3132-1

prácticas, ya que, en definitiva, serán los mercados quienes evalúen la efectividad de implementación del modelo.

En el caso de los *stakeholder models*, provenientes de las tesis institucionalistas, generalmente son encontrados en Francia, Alemania, Japón, entre otros⁴⁷, y surgen a partir de la crítica a los *shareholder models* y la escuela contractualista⁴⁸, en tanto presuponen que los problemas de gobernanza se originan de la ausencia de participación de los *stakeholders* en la dirección de las sociedades que transen sus acciones en bolsa.⁴⁹

En estos modelos la propiedad de las corporaciones suele estar concentrada y sus mercados financieros no son tan desarrollados, por lo que no existe el mismo nivel de recambio entre los dueños, por lo que generalmente ejercen un mayor control sobre los directivos.

Lo anterior, incide en que se amplía el foco a la relación entre accionistas y a la relación entre la compañía y los *stakeholders*. Además, se estima que para tutelar los distintos intereses relevantes, la administración debe actuar como mediadora entre los dueños y los *stakeholders*, a fin de que estos puedan tener una mayor participación en la toma de decisiones. Por esta razón, en estos modelos, suele plantearse la inclusión de ciertos grupos en la dirección de las compañías (como sería la inclusión de representantes de asociaciones de trabajadores a los directorios) o en la toma de ciertas decisiones, o incluso, la creación de distintos órganos encargados de supervisar sus actuaciones.

Así, el control a la administración vendría dado ya no por la evaluación que realice el mercado, sino que por las presiones internas que realicen los distintos grupos (accionistas mayoritarios, minoritarios, trabajadores, etc).

Finalmente, en cuanto a su implementación, se afirma que, para una adecuada introducción de sistemas de gobernanza corporativa a las organizaciones, se requiere la intervención de leyes de carácter imperativo.

Sintetizamos lo dicho hasta ahora en la siguiente tabla:

Tabla 1. Modelos de Gobiernos Corporativos.

Modelos	<i>Shareholder</i>	<i>Stakeholder model</i>
----------------	---------------------------	---------------------------------

⁴⁷ Garde, H. (2012, p.9).

⁴⁸ Bernet Páez, M. (2004, p, 46-49).

⁴⁹ Ntim, C. (2018, p. 9).

Objetivo	Maximizar los beneficios para los dueños, a corto plazo.	Maximizar los beneficios de todos los stakeholders (incluidos los dueños), a mediano y largo plazo.
Propiedad	Atomizada, con amplia rotación de sus dueños.	Concentrada, con pocos cambios en sus dueños.
Problemas que enfrentan	Como los dueños pueden controlar la actividad de los administradores	Como incorporar la participación de los stakeholders
Mercados	Muy activos	Limitados
Incorporación de modelos de GGCC	Códigos de conducta elaborados privados.	Leyes de carácter imperativo.
Mecanismos de control a la administración.	Externos: A través de los mercados quienes obtienen la información mediante la implementación de principios como el <i>comply or explain</i> .	Internos: Mediante la incorporación de stakeholders a la administración u la implementación de órganos de monitoreo.

Si bien, no existe un consenso respecto al modelo idóneo a seguir, nos parece que el desarrollo de la discusión en si misma posee gran valor, en tanto ha introducido exitosamente la idea de qué en la búsqueda de la eficiencia corporativa, existen valores que son indispensables, como la transparencia y el *accountability* para quienes ejerzan el control dentro de la empresa, y también abre la puerta a la discusión de otras problemáticas, como por ejemplo, si existe espacio para una ética corporativa, el grado de relevancia de los *stakeholders* en la dirección de la compañía, etc. Cuestión que como concluyen Crifo y Reberieux (2018, p.8), pareciera acercarnos a nuevos modelos integrados en materia de gobiernos corporativos, que harmonicen estos principios, con la participación de las compañías en los mercados, que generen valor social y con diversificación en la composición de los directorios.

1.1.5 Regulación v/s Autorregulación

La última problemática que nos parece relevante tratar antes de abordar el concepto de RSE, nos permite darle un cierre a lo que hemos venido tratando hasta ahora respecto a la dirección a la que deben apuntar las compañías y el rol que debe tomar el legislador en esta materia, esto es, la pugna entre la regulación y autorregulación.

a) Escuela Contractualista v/s Escuela institucionalista

Al vernos enfrentados a los problemas de agencia, Bernet (2004), sintetiza la discusión entre las dos principales visiones: la escuela contractualista y la escuela institucionalista.

La escuela contractualista se guía bajo el “Análisis Económico del Derecho”, nos pone en el plano de que las empresas -como estructura jurídica organizada- nacen para reducir los costos de transacción en que incurrirían las personas en el ejercicio de actividades empresariales individuales. En esta corriente el rol del legislador es otorgar un marco estructural flexible siendo tarea de los empresarios el refinamiento de la técnica contractual en la búsqueda de maximizar sus utilidades. Estas legislaciones deben apuntar a generar mercados de administradores, donde a través del incentivo de mantener su fuente de trabajo, sea el mismo mercado quien se encargue de regular los costos de agencia.

Por su parte, la escuela institucionalista nace a partir de las críticas a la escuela contractualista, señalando que la visión contractualista no es suficiente para prevenir los problemas de agencia (e incluso la responsabiliza por las grandes crisis financieras) y en consecuencia, el rol de los administradores no debe abocarse exclusivamente a maximizar la utilidad de los dueños de las empresas.

Esta escuela señala que, para proteger al mercado y sus actores, se hace necesaria mayor regulación en las empresas además de la implementación de mecanismos de control intrasocietario para los administradores (en contraste al control mediante las reglas del mercado), y sus adherentes señalan que en la medida que los intereses de los accionistas y *stakeholders* se encuentren debidamente protegidos, se dotará de mayor profundidad y solidez a los mercados. Para ello resulta necesario que el rol del legislador se centrara en la creación de normas imperativas para regular la estructura corporativa, dejando al margen la autonomía de la voluntad.

b) Regulación o autorregulación ¿A dónde nos dirigimos?

Las grandes corporaciones han tenido gran incidencia en buena parte de las grandes crisis económicas del último tiempo, lo que a su turno genera en la opinión pública un alto grado de desconfianza en la actividad empresarial en su conjunto y por tanto parece despertar el clamor por más regulación, lo

que en cierta medida, no es erróneo e incluso resulta necesario para mejorar la eficiencia de los mercados.⁵⁰

Sin embargo, lo cierto es que hay que ser cuidadosos de no caer en una condena a la actividad empresarial en su conjunto, ya que, como señala Juppet (2015):

“(…) la tendencia regulatoria que podremos observar, a mi entender ha ido pasando desde una búsqueda de encauzar la actividad de la empresa, hasta poner un marcado énfasis en el derecho sancionatorio, buscando ejemplarizar conductas antijurídicas, más que dirigir la actividad de las organizaciones” (p. 162)

Por lo mismo, a nuestro criterio, si lo que se busca es simplemente imponer sanciones ejemplificadoras para evitar ilícitos o conductas riesgosas, se corre el riesgo de que se sobre regule la actividad empresarial, por lo que una de las problemáticas que enfrenta el legislador, es que este tiene que ocuparse de dar solidez a los mercados, pero sin limitar la actividad empresarial al punto de desincentivarla o sofocarla, en este sentido, Lagos (2010) señala que el rol del Estado es “dictar normas jurídicas que no impidan, obstaculicen o se contrapongan con la búsqueda de los óptimos económicos” (p.158).

Con todo, en el camino, la visión tradicional de la autorregulación se ha ido modificando, en tanto, se ha aceptado la existencia de valores que trascienden a las posturas que se tengan en la actividad empresarial, como son la responsabilidad, la transparencia y la ética corporativa. Estos valores, permiten a las compañías entender que aún si su fin último es la consecución de lucro para sus dueños, estas juegan un rol social relevante, y es en función de ese rol que como señala Juppet (2015):

“La empresa determina en forma voluntaria el establecimiento de un marco ético de conducta más allá de las exigencias de la normativa impuesta por el regulador, a través de manuales de buenas prácticas, certificaciones internacionales, códigos de conducta propuestos por asociaciones gremiales, etc.” (p.173)

A su turno, debido a la naturaleza mutable de los mercados (y que en consecuencia, el derecho llega tarde), de las dificultades de regular cada supuesto y en sentido opuesto, de crear normativa que sirva a cada una de las entidades, el rol que han aceptado paulatinamente los legisladores es el de promover

⁵⁰ Como señala Juppet Ewing, M.F. (2015): “Es así, como tradicionalmente se ha reconocido que ante la existencia de fallos de mercado, a saber: externalidades, competencia imperfecta, información asimétrica o barreras al mercado, es razonable plantear un criterio de regulación estatal que venga a mejorar el funcionamiento de dichos mercados, en defensa de consumidores, competidores que no gozan de poder de mercado y del mercado en general.” (p.161).

comportamientos éticos por la vía de la autorregulación⁵¹, pero estableciendo ciertos mínimos de protección a los stakeholders como el establecimiento de deberes de información a ciertas entidades, cuestión que como señalan algunos autores⁵², pareciera enmarcarse en un punto intermedio entre la regulación y la autorregulación.

1.2 Responsabilidad Social Empresarial

Cómo señalamos, la Responsabilidad Social Empresarial tiene íntima relación con el “interés social”. Por ello, corresponde ahora que desarrollemos qué se entiende por RSE y cómo se vincula con la actividad societaria y los deberes de fidelidad de su administración. Posteriormente haremos un breve recorrido de su evolución histórica, con el fin de profundizar en el concepto y explicar de mejor forma sus características y elementos, señalando además sus distintas clasificaciones. Finalmente, concluiremos esta sección del trabajo con una breve reflexión sobre el valor de la RSE en el desarrollo de las nuevas prácticas corporativas.

1.2.1 Responsabilidad Social Empresarial: Interés social y delimitación del concepto

a) ¿Qué relevancia tiene el interés social en esta materia?

Desde una perspectiva económica, hemos establecido que la actividad de los administradores debe guiarse en torno al interés social y por las prácticas de buen gobierno adecuadas a dicho interés. En otras palabras, las empresas en el desarrollo de su vida y ejercicio de su actividad económica deben apuntar a maximizar las utilidades y beneficios de sus propietarios.

Sin embargo, cada acto produce efectos, y decisiones tomadas en el ejercicio de la actividad empresarial no son la excepción. Aun cuando estas sean tomadas con un claro objetivo económico, tienen consecuencias sociales y viceversa, por lo que el límite entre lo económico y lo social es cada vez más difuso. En esta línea, hoy es desafiada la noción de que las empresas y sus administradores deban actuar guiados únicamente por el fin de maximizar sus beneficios.

El dogmatismo respecto al cual se desarrolla el ejercicio de la actividad empresarial pareciera desarrollar matices. Ahora se dificulta el responder con la misma facilidad de antaño si el actuar de las empresas debe enmarcarse al cumplimiento de un estándar mínimo; o si existe algo más, si es

⁵¹ Particularidades de nuestro ordenamiento podemos encontrar por ejemplo en el art. 72 del DL 3538, el cual básicamente impone a ciertas entidades financieras la obligación de autorregularse.

⁵² En este sentido, véase Jackson, G., Bartosch, J., & Avetisyan, E. (2017). Regulating Self-Regulation? The Politics and Effects of Mandatory CSR Disclosure in Comparison. En SSRN Electronic Journal. Elsevier BV. pp. 5-7

posible hablar de cierto estándar ético de actuación en torno al cual estas deban orientar sus actividades, ya no sólo en lo relativo a la estructura interna, sino que también a su relación con los *stakeholders*.

Es por esto que surge la siguiente interrogante ¿Existe para las empresas un deber de invertir en prácticas en favor de causas sociales?

En este sentido, Friedman (1970, pp. 122-126) realiza una defensa férrea de la teoría del *shareholder value*⁵³, señalando que las empresas no pueden hacerse cargo de nada más que de maximizar sus utilidades, dejando de lado cualquier “responsabilidad social”, ya que sostener lo contrario necesariamente resulta en que el administrador utiliza dinero ajeno: ya sea de los dueños (al utilizar dinero de la empresa con esos fines, reduciendo las utilidades); de los empleados (al reducir sus sueldos en pos de dichos fines sociales); o de los consumidores (al subir los precios para obtener el financiamiento de manera que no afecte a los otros dos). Los administradores, a su juicio, raramente están lo suficientemente calificados para tomar una decisión consciente y acertada la causa social en la cual invertir. En este sentido, lo que hacen los administradores es simplemente la imposición de una suerte de “impuesto”, sin tener las facultades para ello, por lo que son los individuos quienes son quienes deben decidir el cómo y cuándo invertir en causas sociales, y que el que los ejecutivos inviertan en estas mediante la empresa, no es relevantemente diferente para la causa a que lo hagan los individuos.

Ahora bien, distintos autores han criticado esta afirmación de Friedman. En primer lugar, la crítica desarrollada en torno al concepto de la ética corporativa. Según señala Carroll (1991), siguiendo la línea del campo de la filosofía moral, las empresas tienen responsabilidades éticas en su actuación, es decir, deben ir más allá del mero cumplimiento normativo si es necesario para asegurar que sus actividades se encuentren en conformidad a las expectativas de los *stakeholders*⁵⁴. En este sentido, se sostiene que el adecuarse a las normas legales no necesariamente implica actuar influenciado por un deber moral, o en virtud de una ética corporativa.

Otros, enfocados en la filantropía, señalan que es un error pensar que los objetivos económicos se encuentran reñidos con las causas sociales; y que el sostener que cuando las empresas invierten no

⁵³ Recordemos que en el modelo estadounidense donde la propiedad de la empresa se encuentra atomizada en un gran número de accionistas, son los administradores quienes finalmente dirigen su actividad empresarial

⁵⁴ Carroll, A. (1991) The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Towards the Moral Management of Organizational Stakeholders. *Bussines Horizons*. Recuperado en: https://www.researchgate.net/publication/4883660_The_Pyramid_of_Corporate_Social_Responsibility_Toward_the_Moral_Management_of_Organizational_Stakeholders/link/59dd0727aca27218a7605221/download

generan un beneficio mayor que los individuos está profundamente equivocado.⁵⁵ El que las causas sociales y los objetivos económicos no se encuentren reñidos, es debido a la creciente importancia de la filantropía (entendiéndola como la satisfacción en la generación de beneficios para terceros) y la creación de un mercado de altruismo, en el cual, independiente de la corriente doctrinal que se siga, resulta imposible negar que hoy en día los *stakeholders* demandan altruismo por parte de las empresas, y este tiene de por sí un valor propio, lo cual modifica enormemente el panorama.⁵⁶

Lo cierto es que la visión de la exclusiva creación de valor como idea subyacente en el *shareholder value*, se ha visto golpeada por quienes sostienen que las empresas tienen una responsabilidad con los *stakeholders*. Lo anterior es bastante amplio, en tanto algunos sostienen que las empresas y sus administradores tienen una cierta discrecionalidad en su actuación, mientras que otros señalan que incluso no merecerían estar dentro del juego si es que no actúan acorde a las normas y valores sociales.⁵⁷

Sin embargo, hasta ahora no ha sido fácil encontrar un concepto, y sólo hemos podido desarrollar los alcances de este. La razón de esto es que dada la multiplicidad de visiones de lo que significa la Responsabilidad Social Empresarial, y su confusión con conceptos relacionados a ésta (v.gr. prácticas de buen gobierno, interés social, filantropía, ética corporativa, sustentabilidad, entre otros), ha significado que sea muy difícil la creación de un concepto omnicomprensivo de Responsabilidad Social Empresarial, por lo que nos bastaremos de la definición de la Comisión Europea, la cual señala como “La responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”.⁵⁸

b) Evolución histórica del concepto Responsabilidad Social Empresarial

Respecto a la evolución histórica del concepto, Moura-Leite y Padgett (2011, pp. 529-535), realiza un interesante análisis dividiendo la discusión en tres periodos. En síntesis, estos tres periodos son:

i. El periodo comprendido entre la década de los 50' y los 60'

⁵⁵ Porter, M. & Kramer, M. (2002). The competitive Advantage of Corporate Philanthropy. *Harvard Business Review*, 80, (12), 56-68. Recuperado de <https://hbr.org/2002/12/the-competitive-advantage-of-corporate-philanthropy>.

⁵⁶ Henderson, M. & Malani, A. (2009). Corporate Philanthropy and the Market for Altruism. *Columbia law review*, (109), 571-628

⁵⁷ En este sentido, Rabhek, E. (2006). Making Corporate Social Responsibility (CSR) Operable: How Companies Translate Stakeholder Dialogue into Practice. *Business and Society Review*, 111, (2), 137-63.

Recuperado de http://www.crsdd.uqam.ca/pages/docs/dialoguestk_rahbek_20061.pdf

⁵⁸ Definición disponible en: https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/corporate-sustainability-and-responsibility_es

En los 50', diferentes autores señalan que Bowen con su libro *Social Responsibilities of the Bussinesman* de 1953, es el padre de la RSE. Desde un punto de vista normativo, este introduce una explicación institucional sobre la importancia de que los administradores deban ocuparse de sus responsabilidades sociales.

Su visión es compartida por muchos autores durante este periodo, y la doctrina ha resumido la significación de la RSE en tres ideas centrales: La idea de los administradores como *public trustees*⁵⁹; la idea de balancear las demandas enfrentadas con recursos corporativos; la aceptación de la filantropía como una manifestación de que el sistema apoya las causas nobles.

El foco primario de esta década estaba en las responsabilidades de la empresa con la sociedad, sin embargo, no hubo mucha discusión respecto a la relación entre RSE y beneficios de la empresa.

Los 60's estuvieron marcados por la discusión entre si existía un deber supra legal para que las corporaciones asumieran ciertas responsabilidades con la sociedad; y la corriente que se aferraba a la visión de que las empresas solamente debían preocuparse de incrementar sus utilidades (la visión del *shareholder value* de Friedman).

Finalmente, este periodo estuvo marcado por los cambios en distintas materias sociales, así como por una visión macroeconómica de la RSE cargada con un fuerte contenido ético.

ii. El periodo comprendido entre la década de los 70' y los 80'

En este periodo nos encontramos con un cambio radical de racionalidad, en tanto durante gran parte de los años 70', la discusión se centró en el "modelo del interés propio", del cual Friedman es férreo defensor, en tanto en este punto acepta acciones sociales siempre y cuando estas vayan en completo beneficio de la empresa. En este periodo muchos autores concluyeron que las prácticas de RSE, no estaban necesariamente en contraposición a la visión de la maximización de los beneficios.

La doctrina procede a señalar que la RSE comprende las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales que tiene la sociedad en algún punto determinado en el tiempo, para posteriormente hacer referencia al *Rendimiento Social Empresarial* asociado a esta.

Durante los años 80, las empresas se acercaron a los intereses sociales, siendo estas más sensibles a las necesidades y condiciones de los *stakeholders*. Se enfatiza por algunos autores que el rendimiento social empresarial puede integrar las tres orientaciones principales en el campo de la relación entre sociedad y empresa: La orientación filosófica (relacionada al componente ético); la orientación

⁵⁹ Suele traducirse como fideicomisario público, traducción que no resulta adecuada.

institucional (relacionada principalmente al proceso de recepción de la sociedad); y la orientación organizacional (relacionada principalmente a las políticas de la administración sobre problemas sociales).

iii. El periodo comprendido entre la década de los 90' y hasta la década de los 10'

Durante los años 90, ha habido una expansión explosiva del concepto producto del impulso de distintas organizaciones internacionales y mundiales (v.gr. Naciones Unidas, la Unión Europea, el Banco Mundial, la OCDE, entre otros). Lo anterior se debe a la masificación de las tecnologías de la información y comunicación gracias al internet.

El modelo de Rendimiento Social Empresarial, luego de su refinamiento doctrinario, es convertido en principios generales, lo que implicó que a partir de los 2000, la RSE se considerará como un punto estratégico importante para las empresas, dado que la sustentabilidad social y medioambiental se volvió un aspecto relevante para dotarlas de legitimidad.

iv. A partir del 2010 a la actualidad ¿En qué punto nos encontramos?

A partir del cambio de década, se ha mantenido firme la intención de impulsar las distintas prácticas relacionadas a la RSE, siendo muy relevante para ello la colaboración entre organismos internacionales y países⁶⁰. No solamente se han instaurado la necesidad del concepto de Responsabilidad Social Empresarial, y las responsabilidades filantrópicas, éticas, legales y económicas de las empresas que señalaba Carroll, sino que cada vez cobra más fuerza la visión de las empresas en un rol de generadoras de valor para ellas y para los demás.⁶¹

Actualmente, en atención a las crisis sociales y medioambientales que ha experimentado el mundo, principalmente la pandemia traída por el Covid-19, algunos autores han planteado que se ha acelerado la curva de desarrollo de la RSE. Por un lado, los gobiernos han debido prestar apoyo a distintas industrias para asegurar su funcionamiento y subsistencia; por otro, las corporaciones para

⁶⁰ Esto se manifiesta con la incorporación por parte de países de las guías de principios en esta materia emitidos a partir del 2011, dentro de los cuales destacamos a modo de ejemplo las directrices de la OECD, las cuales pueden ser revisadas en <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines>.

⁶¹ En este sentido, el PACTE francés y su “Plan de acción para el crecimiento de las empresas y su transformación”, que entró en vigencia en 2019, para más información <https://www.gouvernement.fr/en/pacte-the-action-plan-for-business-growth-and-transformation>

mantenerse operativas han debido implementar medidas para proteger a sus trabajadores y a los consumidores.⁶²

1.2.2 Responsabilidad Social Empresarial: Profundizando en el concepto

Si bien al principio de este capítulo señalábamos la dificultad de generar un concepto omnicomprendido de Responsabilidad Social Empresarial, luego de analizar su evolución al menos estamos en condiciones de referirnos a algunas de sus fuentes, características, elementos y principios inspiradores, para poder representar de mejor manera la situación en la que actualmente se encuentran.

a) Fuentes y características

Anguita (2012, pp. 220-226), identifica cuatro fuentes de Responsabilidad social empresarial, estas son: instrumentos internacionales; organizaciones no gubernamentales: códigos de conducta redactados por las propias empresas; y la legislación doméstica. En esta línea señala que hoy en día, los principios inspiradores de la Responsabilidad Social Empresarial a los que han adscrito las distintas fuentes, pueden agruparse básicamente en: Derechos Humanos; Derecho del medio ambiente; y desarrollo sustentable.

En este sentido, estamos en posición para empezar a detectar ciertas características del concepto, entre las cuales podemos destacar:

i. Voluntariedad⁶³

La principal característica de la cual no está exenta ninguna de las distintas concepciones de la Responsabilidad Social Empresarial, es su voluntariedad. Esta se manifiesta como tal en las acciones de “buen comportamiento” social y ambiental realizadas por las empresas, .

ii. Rentabilidad⁶⁴

La Responsabilidad Social Empresarial, sobre todo en empresas con fines de lucro, no es una conducta autodestructiva, esta requiere de una estructura con miras sociales, que además realice una administración eficiente de los recursos que permita asegurar la rentabilidad y continuidad de la empresa.

⁶² Hongwei, H. & Lloyd, H. (2020) The Impact of Covid-19 Pandemic on Corporate Social Responsibility and Marketing Philosophy. *Journal of Business research* 116, 176-182.

<https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2020.05.030>

⁶³ Anguita Oyarzún, C. (2012, p. 231).

⁶⁴ Sánchez-Calero Guilarte, J (2002, p. 80).

iii. Relación con la ética corporativa

Sin perjuicio a que existe una profunda relación entre Responsabilidad Social Empresarial y ética corporativa, estas no resultan sinónimos, y a su vez, no podemos desconocer la existencia de grandes empresas cuyas actuaciones puedan *a priori* enmarcarse dentro de prácticas de Responsabilidad Social, y que tras un análisis un poco más exhaustivo puedan resultar reñidas con la ética corporativa.⁶⁵

iv. Relación con la reputación corporativa

Las empresas buscan constantemente posicionarse en los distintos mercados para mejorar sus resultados financieros (después de todo, no olvidemos que buscan también asegurar su rentabilidad), y el altruismo es uno de ellos. En este sentido, siempre existirá una intención entre las empresas por difundir las prácticas de Responsabilidad Social en las que incursionen para captar la atención de los *stakeholders* (desde trabajadores, consumidores, hasta las comunidades con las que interactúan).

En este punto algunos autores han señalado mediante estudios empíricos el rol que tiene la realización de prácticas de Responsabilidad Social, siendo optimistas o manteniéndose escépticos de su influencia en el desempeño financiero de las empresas y su impacto en reducir los problemas de agencia.⁶⁶

Para concluir este apartado, señalamos que podemos señalar cinco áreas temáticas en las que impacta la Responsabilidad Social Empresarial, los cuales son: “Ética empresarial”; “Marketing responsable”; “Calidad de Vida Laboral”; “Medioambiente”; y “Compromiso con la Comunidad”.⁶⁷

b) Dimensiones de la Responsabilidad Social

En este sentido referirnos al trabajo de Anguita (2012, pp.218-219), quien señala que, del análisis de las distintas definiciones otorgados por diversas organizaciones internacionales, pueden encontrarse distintas esferas de acción de la Responsabilidad Social Empresarial, estas son:

⁶⁵ Como ejemplo, no parece del todo inverosímil imaginar el caso de grandes corporaciones que hagan grandes donaciones a la causa medioambiental, pero que sin embargo mediante el lobby empujen la agenda legislativa en esa materia que podría ser perjudicial para los fines de dichas causas.

⁶⁶ Señalan la importancia de estas prácticas en tanto permiten un mayor desempeño financiero y una mayor presencia en los mercados Valenzuela Fernández, L. Jara-Bertin, M. & Villegas Pineaur, F. (2015). Prácticas de Responsabilidad Social, reputación corporativa y desempeño financiero. *Revista de Administração de Empresas*, 55,(3),329-334. En contraste, señalan el impacto que tendrían estas prácticas para evitar la mala conducta de los trabajadores List, J. A. & Momeni, F. (2017) When Corporate Social Responsibilities Backfires: Theory and Evidence from a Natural Field Experiment. Recuperado del sitio de Internet de National Bureau of Economic Research: <https://www.nber.org/papers/w24169>

⁶⁷ Lo anterior de la lectura de Valenzuela Fernández, L. Jara-Bertin, M. & Villegas Pineaur, F. (2014)

i. Dimensión social

Esta esfera se enmarca dentro del respeto a los derechos fundamentales de las personas.

ii. Dimensión medio ambiental

Esta esfera se enmarca dentro de la promoción de la administración responsable de los recursos naturales, y a la vez la reparación a los daños ya ocasionados. Se asocia al concepto de sustentabilidad

iii. Dimensión económica

Esta esfera se enmarca en el desarrollo eficiente, manteniendo y promoviendo a su vez las condiciones para su rentabilidad maximizando el bienestar del ser humano.

En la doctrina encontramos además las dimensiones legales y éticas. Siendo las primeras quienes fijan ciertos parámetros para el actuar de las empresas; y las últimas, las que en parte sirven de motor para los cambios normativos.⁶⁸

c) Clasificación de las distintas corrientes de Responsabilidad Social Empresarial

Estas corrientes se relacionan a las teorías sobre el interés social, es decir, con la teoría del *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*. Reiteramos que si bien, en materia del interés social, resulte difícil adscribir a una teoría distinta a la del *shareholder value*, cuando hablamos de las clasificaciones de la Responsabilidad Social Empresarial, nos referimos en el foco de sus prácticas, es decir, no solo si deben o no, sino el por qué.

Con el desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial, podemos clasificar las distintas teorías relativas a Responsabilidad Social Empresarial en las siguientes corrientes principales:

i. Posición Liberal

Esta corriente se le atribuye en sus inicios a Friedmann⁶⁹, y sus seguidores señalan que la única responsabilidad de la empresa consiste en maximizar las utilidades de los dueños actuando con respeto a las normas del mercado, lo que hoy en día por lo extremo de esta visión, parece insostenible.

Ahora bien, esta teoría encuentra matices, y es el mismo Friedman (1970) quien posteriormente sostiene que las empresas pueden incurrir prácticas de Responsabilidad Social con el fin de incrementar los beneficios que recibirían (el denominado enfoque del “*self interest*”).

ii. Posición Social

⁶⁸ Carroll, A. (1991, pp. 39-41).

⁶⁹ Como se señala en Moura-Leite, R. C., & Padgett, R. C. (2011, p. 530)

Esta atiende a la relación que tiene la empresa en su organización y en el ejercicio de sus actividades económicas, con la sociedad en su conjunto. Es por esto por lo que incorpora a diversos intereses de los distintos grupos que integran el contexto social y se establece una pirámide de responsabilidades de las empresas.⁷⁰

Dentro de esta corriente, podemos incorporar el enfoque de los *Stakeholders*, el cual consiste en que la responsabilidad de la sociedad no es sólo con sus dueños y accionistas, sino que debe apuntar al beneficio de los *stakeholders* en general.⁷¹

Ahora bien, ambas corrientes encuentran matices dependiendo de los ordenamientos, y por lo mismo, siempre podremos encontrar manifestaciones de la RSE en sus distintas dimensiones, sin importar cual sea la finalidad a la que adscriban.

1.2.3 Complementos a la RSE: Factores ESG

En atención a que no existe un criterio universal para definir o delimitar la RSE, lo cierto es que para que una compañía pueda subsistir debe siempre buscar mejorar sus resultados financieros, ya que de nada sirve que incurra en una serie de práctica RSE si es que los costos asociados eclipsan a los ingresos, cuestión que significa -más temprano que tarde- el fin de la empresa. Entonces, para que la RSE pueda efectivamente permear en las compañías, han surgido distintas prácticas que permiten analizar y reformular su impacto en ciertos ámbitos clave de la actividad empresarial.

Una de ellas es la implementación de factores ESG (*Envrionmental, Social and Governance*), los que, si bien suelen confundirse con la RSE en razón del enfoque que ponen en ciertas materias, en realidad es una herramienta que permite medir resultados financieros a partir la implementación de prácticas de sostenibilidad en materias ambientales, sociales y de gobernanza corporativa.

Según Principles for a Responsible Investment (2021, p.6), la estrategia y práctica para incorporar factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ESG) en las decisiones de inversión y el ejercicio activo de la propiedad, se define como “inversión responsable”, y dentro de las razones para incurrir en una inversión responsable están: la materialidad (esto es, entender como los factores ESG pueden afectar los riesgos y rendimientos); las demandas del mercado (mayores exigencias del mercado sobre la transparencia con respecto a cómo se invierte su dinero); y regulación (mayor

⁷⁰ Carroll, A. (1991, pp. 40-43).

⁷¹ En esta materia se han desarrollado interesantes trabajos empíricos sobre cómo afectan los modelos de enfoque en los stakeholders de la administración. Desatacamos Berman, S. Wicks, A. Kotha, S. Jones, T. (1999) Does stakeholder orientation matter? The relationship between stakeholder management models and firm financial performance. *The Academy Of Management Journal*, 42 (5), 488-506.

consideración de los reguladores sobre los factores ESG como parte de los deberes de los inversores con sus clientes y beneficiarios).

Ahora bien, evaluar el desarrollo y la implementación de los factores ESG distintos académicos y organismos nacionales e internacionales, han elaborado una serie de informes y recomendaciones. Al respecto, Boffo y Patalano (2020, p.40), luego de examinar la literatura sobre su implementación, señalan que existe cierta dificultad en cuantificar el real impacto de los resultados ESG en la evaluación de los portafolios de inversión, principalmente porque no existe uniformidad en los proveedores de los estudios ni en las metodologías utilizadas.

En síntesis, si bien los factores ESG se relacionan mucho con las prácticas RSE, son fundamentalmente distintos, en tanto, los primeros buscan cuantificar el impacto de ciertas prácticas en los resultados financieros de las compañías para efectos de que el mercado pueda determinar en quienes invertir, mientras que la segunda, es más bien un concepto indeterminado de carácter voluntario, que replantea la forma en que las empresas logran sus objetivos y fines en consideración al impacto que tienen en la sociedad.

2 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y SU REGULACIÓN EN CHILE

2.1 Generalidades

Según vimos, podría decirse que históricamente se ha concebido a la voluntariedad como la principal característica de la Responsabilidad Social Empresarial. La realización de actividades de dicha índole respondía a los intereses filantrópicos particulares del dueño o ejecutivos de las distintas organizaciones provenientes de un sentido religioso o deber moral, en lugar de corresponder a estrategias de negocios diseñadas y planificadas con algún objetivo previamente establecido⁷². Esta visualización de la Responsabilidad Social Empresarial como algo voluntario, ajeno al fin último de una empresa (aceptado clásicamente como la búsqueda de la maximización de las utilidades de sus accionistas), era en un principio la visión que se tenía en Chile de la Responsabilidad Social de una empresa.

Sin embargo, a partir de las últimas décadas del Siglo XX, la doctrina económica a nivel internacional comenzó a poner en el ojo del debate la búsqueda por parte de las empresas de fines más allá de la clásica maximización de utilidades, orientados al compromiso que una empresa podía tener con el medioambiente, la sociedad, sus trabajadores y en general con el desarrollo sostenible. Este debate, como es de suponer, llegó a Chile para instalarse definitivamente. Lo que en un principio se concebía como principal característica de la Responsabilidad Social Empresarial, la voluntariedad, ha ido paulatinamente desapareciendo y cada vez son más los estados que regulan positivamente estas prácticas obligando a los directores a considerar a los otros *stakeholders* al momento de tomar decisiones.

El desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile tiene también como factor importante las presiones que el mercado, inversionistas y consumidores le imponen a una empresa. La sociedad en su conjunto ha visto que el impacto de una empresa no es ajeno a ella, sino que se traslada al medio ambiente, las comunidades, los trabajadores, la economía, y a grandes rasgos a la sociedad entera. Debido a lo anterior se explica que los consumidores e inversionistas responsables demuestren interés en apoyar a las empresas que tienen una práctica responsable y son más demandantes al momento de pedir información acerca de cómo las empresas manejan sus riesgos y oportunidades de acuerdo con asuntos sociales y medio ambientales. Resultando en que las empresas ya no sólo estén interesadas

⁷² Landaeta Millar, F., Saavedra Morales, L. y Stevens Rodríguez, O. (2015, pp. 21-22)

en cumplir los estándares mínimos a los que les obliga la Ley, sino a buscar estándares superiores que influyan de manera positiva a sus partes interesadas o *stakeholders* e incorporen sus expectativas e intereses en las tomas de decisiones de la empresa. Los recientes colapsos corporativos, por otro lado, han contribuido a una demanda para mejorar los gobiernos corporativos, contabilidad y transparencia de las compañías⁷³.

Es así como la Responsabilidad Social Empresarial se ha desarrollado e insertado en la realidad jurídica. La Responsabilidad Social Empresarial, que alguna vez fue vista sólo como voluntaria, actualmente se ha convertido en una materia que envuelve aspectos legales, y en este desarrollo, tanto el derecho internacional como el doméstico son los encargados de clarificar el concepto de responsabilidad social corporativa y establecer los mecanismos adecuados para su implementación y cumplimiento. Este punto será desarrollado en el presente capítulo, en que primero se indicará cómo la Responsabilidad Social Empresarial se ha introducido y evolucionado en Chile, para tratar a continuación ejemplos específicos en nuestro ordenamiento, mediante la enumeración y análisis de diversas disposiciones legales y reglamentarias que han tratado la materia objeto de nuestra investigación.

2.2 Factores del surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile

Como se explicará detalladamente, los factores del desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial y la evolución que ha tenido ésta -ya comentada en la primera parte de este trabajo- es similar al caso chileno. Introducimos en el punto anterior que la Responsabilidad Social Empresarial pasó de tener una recepción tímida a convertirse en la actualidad en un verdadero fenómeno a nivel doctrinal, normativo, y por supuesto en la práctica financiera, pues como ya mencionamos esta ha sido adoptada por numerosas empresas y recibida positivamente por los consumidores e inversionistas que participan hoy en el mercado.

Es por lo anterior que consideramos no sólo interesante, sino necesario, referirse primeramente a las diversas causas que puedan explicar dicho proceso de evolución en un contexto tan específico como lo es nuestro país y su propio ordenamiento jurídico. Esperamos que a partir de la descripción y análisis de los factores del surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile podamos facilitar el estudio y a la vez poner en contexto el fenómeno objeto de esta memoria.

2.2.1 Globalización y economía neoliberal

⁷³ Anguita Oyarzún, C. (2012, p. 220)

El primer factor que explica el surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile evidentemente sería la globalización. La economía mundial en las últimas décadas se ha transformado de manera veloz y dinámica, teniendo como consecuencia concreta la transnacionalización del capital y la apertura de los mercados, tanto comerciales como financieros, consecuencias que además son propias de la liberalización económica que se ha insertado a nivel mundial por la globalización. En Chile este fenómeno llegó de manera manifiesta con el modelo económico que se implantó en dictadura. En 1975 la Junta Militar apoyó el programa económico neoliberal impulsado por los “Chicago Boys”, transformando al sector privado en el principal gestor del desarrollo económico y a las leyes del mercado en los parámetros para la distribución de bienes y servicios. La economía chilena en este periodo se abrió al extranjero mediante las llamadas “exportaciones no tradicionales”: se incrementaron las exportaciones frutícolas, madereras y pesqueras para disminuir la dependencia del cobre y ampliar las bases del desarrollo económico del país. Hasta el día de hoy mantenemos el modelo económico neoliberal, con la salvedad de que se han agregado en las últimas décadas a las exportaciones el sector de los servicios.

Los cambios económicos propios de la globalización han tenido consecuencias tanto positivas como negativas. Mientras se escucha las expresiones del “milagro chileno” y “jaguar de América Latina”, vemos que la economía chilena sigue siendo dependiente de los países desarrollados y sigue centrandose sus exportaciones en materias primas y sus recursos naturales. Además, ya es de conocimiento público las consecuencias negativas que el modelo económico neoliberal ha tenido en los estándares laborales (jornadas de trabajo, salarios, seguridad social), en el medio ambiente y acceso al agua, y en general en el acceso y ejercicio de derechos sociales. Si bien es cierto, la globalización ha significado una verdadera proliferación y reforzamiento de procesos de apertura comercial y de integración regional, que apuntan a derribar los obstáculos hasta ahora existentes al libre comercio entre los diferentes países, favoreciendo el intercambio de bienes y servicios y la libre circulación del capital, también la globalización de la economía importa contradicciones evidentes, como las ya mencionadas. Es en estos casos que nace la urgencia de idear soluciones desde los diversos sectores de la sociedad, teniendo una importante ventaja las empresas con el capital y medios que disponen. Como bien dice Osvaldo Segovia Zúñiga, “los impactos negativos de la globalización en grandes sectores de trabajadores y de la población en general, interpelan a los distintos sectores de la sociedad (gobiernos, ciudadanía, empresariado) a respetar y hacer respetar los derechos [...] fundamentales. En ello la RSC tiene un gran aporte que realizar” (Segovia Zúñiga, O., 2017, p. 66).

2.2.1 Desarrollo de las teorías de interés social y gobierno corporativo

El segundo factor importante del desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile tiene su origen en el desarrollo de las teorías del interés social y gobierno corporativo. Como se vio en la primera parte de este trabajo, los conceptos de interés social y gobierno corporativo han ido evolucionando con el tiempo. Desde sus inicios, siguiendo a autores clásicos como Friedman (profesor de la Universidad de Chicago, quien influenció en gran medida el modelo económico chileno neoliberal en relación con lo señalado anteriormente) se pensaba en los accionistas o *stockholders* como centro de estos conceptos: el interés social de una empresa tenía siempre por fin la maximización de las utilidades de sus accionistas, mientras que el gobierno corporativo según las primeras teorías consistiría en el conjunto de relaciones que se establecen entre los diferentes participantes en la empresa. Estas teorías con el tiempo han evolucionado en ya no verlas en relación a los accionistas únicamente, sino en tener además en cuenta a otras partes interesadas o grupos de interés que, como se señaló anteriormente, pueden ser afectados por las actividades de una empresa. La evolución dice relación con una visión sistémica “empresa-entorno”, la cual apunta a la necesidad de establecer una relación transparente de la empresa con grupos y organizaciones de la sociedad y con los llamados *stakeholders*, llevando a la empresa necesariamente a incorporar las preocupaciones e intereses de la sociedad a sus decisiones diarias y a sus estrategias. Las diversas teorías de interés social y gobiernos corporativos se enseñan en Chile hace ya años en las universidades y centros de formación de carreras de ciencias sociales y económicas, por lo que mientras crece el interés por los *stakeholders* crece también el conocimiento e investigación de la Responsabilidad Social Empresarial, pues esta beneficiaría a los diversos grupos de interés⁷⁴. Además, la relación entre estas teorías, la consideración de ellas por los *stakeholders* y la Responsabilidad Social Empresarial la explica de la siguiente manera Osvaldo Segovia Zúñiga:

“En el quehacer de la empresa, la estrategia para la obtención de sus metas y objetivos debe estar en consonancia con los valores e intereses de la sociedad. En efecto, en el entorno de la empresa hay muchos observadores que miran la forma en que ésta es gestionada y permanentemente evalúan si esta forma de gestionar responde o está en concordancia con los códigos que ellos valoran. Los clientes, los socios y la competencia, como también los propios trabajadores, están atentos a cómo se producen los bienes y servicios y a cómo se conducen los negocios. Asimismo, la opinión pública está interesándose fuertemente en el tema de la calidad de vida en el trabajo.”

⁷⁴ Un ejemplo de cómo afecta el desarrollo de la teoría de los Gobiernos Corporativos en el surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile sería la historia fidedigna de la Ley N° 20.382 de 2009, en donde se refleja la preocupación por la promoción de políticas de Responsabilidad Social Empresarial en nuestro país, como se verá en el próximo ítem.

*Las empresas deben estar permanentemente entonces, auscultando los intereses de la sociedad y sus grupos organizados y readecuando su accionar y sus estrategias a los intereses y valores de su entorno y de su grupo o clientes internos, sus trabajadores. Una mayor preocupación por ellos y sus condiciones de trabajo, son hoy necesarias para la inserción de la empresa en la sociedad y en el mercado, cuestión que ha dado un gran impulso al tema de la Responsabilidad Social Corporativa”.*⁷⁵

2.2.2 Estado subsidiario y deficiencia del aparato estatal en materia de políticas y servicios públicos

El tercer factor importante para el surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial es la deficiencia del aparato estatal en materia de políticas públicas. Como se mencionó anteriormente, el modelo económico neoliberal redujo el rol del Estado, pasando de tener un rol benefactor a uno subsidiario. En la Constitución Política de 1980 se establece como uno de los principios rectores de la nación la subsidiariedad estatal, el cual consiste en relegar los servicios sociales al sector privado, interviniendo el estado sólo si fuere necesario. Lo anterior tiene como consecuencia que exista una desigual calidad entre los servicios privados y públicos, y se profundicen las asimetrías o brechas ya existentes. Este problema se ha manifestado en las movilizaciones sociales por la educación, salud, vivienda, y en general las demandas por una vida digna para todas y todos, en igualdad de condiciones. Las empresas, en parte por la presión de los diversos actores sociales y en parte por el creciente interés de contribuir en las diversas demandas sociales (independiente si el interés está en maximizar utilidades mediante la publicidad positiva o por un genuino interés filantrópico), han visto a la Responsabilidad Social Empresarial como una vía para ayudar al aparataje estatal en los casos donde es incapaz de dar abasto por el rol subsidiario que tiene éste.

2.2.3 Desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTICs)

El cuarto factor para poder explicar el surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile es el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTICs). Con la irrupción de la Comunicación Digital y sus NTICs en las décadas de los 70 y 80 se ha visto un *boom* tecnológico y comunicacional que no ha parado hasta la actualidad. El desarrollo de las NTICs en Chile comenzó a finales de la década de los 80 y ya entrando a la década de los 90, época donde se insertaron en el país la televisión por cable y el internet. Este desarrollo provocó el acceso de la población a múltiples fuentes de información gracias los medios de comunicación, cuyas funciones se han entendido que son las de informar, educar y entretener. El acceso de la población a la

⁷⁵ Segovia Zúñiga, O. (2017, pp. 69-70)

información ha resultado en que los consumidores ahora son más conscientes de los actos de las empresas y de sus impactos. El desarrollo de las NTICs mejoró el poder de las instituciones y diversos grupos de interés para presionar a las empresas y fomentar la Responsabilidad Social Empresarial, a su vez de que este desarrollo, desde el punto de vista de la empresa, creó en ellas activos intangibles como la reputación, la buena voluntad y el capital humano⁷⁶. Un error o impacto negativo de una empresa en el entorno y sociedad será sin ninguna duda altamente masificado por los medios y las NTICs al resto de la población, generando así rechazo, presiones y boicots. En orden de cuidar estos activos intangibles, se explica que las empresas han preferido sumarse a las actividades de Responsabilidad Social Empresarial.

2.2.4 Beneficio económico

Por último, la Responsabilidad Social Empresarial ha surgido en Chile netamente por un beneficio económico. Las empresas al incluir en sus actividades y estrategias de negocio a la Responsabilidad Social Empresarial se benefician de la creación de nuevos mercados, productos y servicios orientados a la sustentabilidad. Por ejemplo, el hecho de reducir sus costos por adoptar eficiencia energética implica alcanzar el llamado “win-win” para ambas partes (organización y entorno)⁷⁷. En palabras simples, los buenos negocios éticos, son a su vez buenos negocios para sus utilidades.

2.3 Evolución de la regulación de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile.

Referencia a Instrumentos Internacionales y Nacionales que se refieren a la Responsabilidad Social en Chile

Luego de analizar los diversos factores del surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile, podemos decir que la regulación chilena en la materia también ha tenido una clara evolución. De pasar en un primer estadio a estar regulada en compromisos internacionales ha ido incorporándose paulatinamente la materia en la legislación doméstica. A continuación, para evidenciar lo dicho anteriormente, se mencionarán cronológicamente los instrumentos internacionales y nacionales más importantes respecto a la Responsabilidad Social Empresarial, pues así intentaremos evidenciar esta evolución en Chile que ha tenido la materia objeto de esta memoria a nivel normativo. Además, nos referiremos en el último punto de este subcapítulo a un caso que, si bien consideramos parte de la evolución de la Responsabilidad Social en el ordenamiento jurídico chileno, permanece como tema pendiente en el ámbito legislativo.

⁷⁶ Moura-Leite, R. C., & Padgett, R. C. (2011, p. 534)

⁷⁷ Guerra Toro, F., Higuera Fernández, K., Molina Araya, F. y Villagrán Duhalde, P. (2015, p. 13)

2.3.1 Normas y Guías Internacionales

a) Pacto Global de Naciones Unidas

El Pacto Global de Naciones Unidas es la iniciativa de sostenibilidad y responsabilidad social empresarial más grande del mundo, contando actualmente con más de 12.000 organizaciones adheridas conformadas por empresas y otros grupos de interés en 162 países⁷⁸. El Pacto Global nace oficialmente el año 2000, previo llamado del entonces secretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan, en el Foro Económico de Davos en Suiza, en 1999. En esta iniciativa voluntaria las empresas se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones, trabajando sobre la base de 10 principios fundamentales, abarcando 4 áreas esenciales del mundo empresarial: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anticorrupción. Los 10 principios mencionados son⁷⁹:

DERECHOS HUMANOS	
Principio N° 1	Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente dentro de su esfera de influencia.
Principio N° 2	Deben Asegurarse de no actuar como cómplices de abusos a los derechos humanos.
RELACIONES LABORALES	
Principio N° 3	Apoyar los principios de la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
Principio N° 4	Eliminar el trabajo forzoso y obligatorio.
Principio N° 5	Abolir cualquier forma de trabajo infantil.
Principio N° 6	Eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación.
MEDIO AMBIENTE	
Principio N° 7	Apoyar el enfoque preventivo frente a los retos medioambientales.
Principio N° 8	Promover mayor responsabilidad medioambiental.
Principio N° 9	Fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas del medioambiente.
ANTI - CORRUPCIÓN	
Principio N° 10	Deberán trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y criminalidad.

⁷⁸ <https://pactoglobal.cl/nosotros/que-es-pacto-global/>.

⁷⁹ Aldunate Levirini, L. y Peirano Vásquez, F. (2008, pp. 15-16)

El Pacto es un marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de los negocios y los mercados. Aquellas empresas que se adhieren al Pacto Mundial comparten la convicción de que las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de un mercado global más estable, equitativo e incluyente que fomenta sociedades más prósperas⁸⁰.

b) Lineamientos para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

Los Lineamientos para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), revisados en 2000, son recomendaciones que elaboraron los gobiernos para las empresas multinacionales. Enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable, compatible con las legislaciones aplicables. Los lineamientos fueron firmados por los 30 países miembros de OCDE, además de Argentina, Brasil, Chile, Egipto, Estonia, Israel, Letonia, Lituania, Rumania y Eslovenia, como países adyacentes. A su vez, el texto de las Directrices fue acordado en un proceso multistakeholders, en el cual participaron los gobiernos, sindicatos, empresas y algunas organizaciones no gubernamentales, dentro del contexto de la OCDE.

Los Lineamientos de la OCDE que deben seguir las empresas multinacionales firmantes son⁸¹:

- i) Contribuir al progreso económico, social y medioambiental, con vistas a lograr un desarrollo sostenible.
- ii) Respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades, en conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales del gobierno de acogida.
- iii) Estimular la generación de capacidades locales mediante una cooperación estrecha con la comunidad local, incluidos los sectores empresariales locales, desarrollando al mismo tiempo las actividades de la empresa en los mercados interiores y exteriores de una manera compatible con la necesidad de prácticas comerciales saludables.
- iv) Fomentar la formación del capital humano, particularmente mediante la creación de oportunidades de empleo y el ofrecimiento de formación a los empleados.

⁸⁰ Desde 2006, la Red Chilena de Pacto Global, se encuentra alojada en dependencias de la Universidad Andrés Bello, institución que le ha entregado su apoyo para la operación y funcionamiento.

⁸¹ Calderón Alzate, B. (2009, pp. 43-44)

- v) Abstenerse de buscar o aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o reglamentario, relacionadas con el medioambiente, la salud, la seguridad e higiene, el trabajo, la fiscalidad, los incentivos financieros u otras cuestiones varias.
- vi) Apoyar y defender unos correctos principios de gobierno empresarial y desarrollar y aplicar unas buenas prácticas de gobierno empresarial.
- vii) Desarrollar y aplicar prácticas autodisciplinarias y sistemas de gestión eficaces que promuevan una relación de confianza recíproca entre las empresas y las sociedades en las que ejercen su actividad.
- viii) Promover el conocimiento por los empleados de las políticas empresariales y su conformidad con ellas, mediante una difusión adecuada de las mismas, incluso a través de programas de formación.
- ix) Abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores que elaboren, de buena fe, informes para la dirección o, en su caso, para las autoridades públicas competentes acerca de prácticas contrarias a la ley, a las Directrices o a las políticas de la empresa.
- x) Alentar, cuando sea factible, a los socios empresariales, incluidos proveedores y subcontratistas, para que apliquen principios de conducta empresarial compatibles con las Directrices.
- xi) Abstenerse de cualquier injerencia indebida en actividades políticas locales.

2.3.2 Leyes

a) Nueva Ley de Gobiernos Corporativos (Ley N° 20.382)

En octubre de 2009 se publicó la Ley N° 20.382, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. Este cuerpo legal modifica la Ley 18.045 (Ley de Mercado de Valores) y la Ley 18.046 (Ley sobre Sociedades Anónimas). Esta nueva regulación, que comenzó a regir el 1 de enero del 2010, se enmarca en el contexto del ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En este escenario, la Ley N°20.382 busca incrementar los estándares de los Gobiernos Corporativos de las empresas privadas, mejorar su eficiencia y aumentar la confianza del mercado.

Sin duda esta norma tiene una importancia enorme debido a las modificaciones que realizó en las materias de Sociedades Anónimas y de Gobiernos Corporativos. Pero, es en la historia fidedigna de

la Ley N° 20.382 en donde se refleja la preocupación por la promoción de políticas de Responsabilidad Social Empresarial en Chile, como se verá en la siguiente cita:

“Importancia de los gobiernos corporativos.

(...) (En segundo término), el gobierno corporativo utiliza mecanismos que estructuran de manera óptima los objetivos de las empresas, determinando los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y supervisar su cumplimiento. En ese contexto, mejores gobiernos corporativos son indispensables para el surgimiento de empresas más eficientes y que alcanzan sus resultados de manera sustentable, teniendo presente no solamente los intereses de determinados accionistas, sino de todos los actores involucrados, incluidos sus clientes, proveedores y las comunidades con que las empresas se relacionan.

En concreto, la existencia de un gobierno societario eficaz, que se ajuste a los estándares internacionales de gobierno corporativo y a los niveles de cumplimiento de los países desarrollados, genera beneficios económicos relevantes. A modo ilustrativo, un buen gobierno corporativo mejora sustancialmente tanto la gestión de las propias empresas como la percepción y confianza de los accionistas y del mercado, lo que se refleja en menores costos de capital y mayor dinamismo del mercado de capitales. Ello redundará, en definitiva, en un mayor crecimiento de la economía del país. (p. 5)⁸²”.

b) Ley 20.670 de 2013 que crea el sistema Elige Vivir Sano

La Ley 20.670 crea el sistema Elige vivir sano, el cual consiste en un sistema para el fomento de la vida saludable, que se impulsa como una política de Estado, con la perspectiva de otorgarle sustentabilidad en el largo plazo. Se desarrolla a través de políticas, planes y programas elaborados y ejecutados por distintos organismos oficiales. También participan del sistema entidades privadas y empresas en convenio. Esta Ley es muy relevante para el objeto de estudio por dos motivos: en primer lugar, porque le exige a las empresas y entes privados que, para poder celebrar convenios con el Ministerio de Desarrollo Social y otros organismos públicos para participar de las iniciativas relacionadas con el Sistema Elige Vivir Sano y utilizar sus símbolos, deberán cumplir con ciertos estándares en materias de Responsabilidad Social Empresarial que serán fijados mediante acto administrativo. Esto significa que estamos en presencia del primer ejemplo de exigibilidad de Responsabilidad Social Empresarial en la legislación doméstica. Es verdad que ninguna empresa está obligada a participar de este programa, por lo que se mantiene de cierta manera la esencia de la

⁸² Historia de la Ley N° 20.382 de 2009 en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile* (2009).

Responsabilidad Social Empresarial de ser voluntaria, pero vemos nosotros la exigibilidad al ser el Ejecutivo en virtud de su potestad reglamentaria quién fijará los estándares de Responsabilidad Social Empresarial mediante acto administrativo y evaluará si las empresas cumplen con dichos estándares. Además, no sólo está la exigibilidad en el poder de discernimiento y evaluación que tiene el Ejecutivo con respecto a la Responsabilidad Social Empresarial, también lo está en la consecuencia disuasiva al incumplir con dicho estándar, la cual será o no formar parte del convenio o dejar de ser parte de este en caso de ya no cumplir con los estándares fijados. Por lo tanto, independiente del interés que tenga la empresa para formar parte del sistema Elige Vivir Sano, deberá obligatoriamente cumplir con los estándares exigidos de Responsabilidad Social Empresarial por el Ejecutivo para ingresar y permanecer en dicho sistema. En segundo lugar, vemos cómo se aplica lo mencionado en el ítem anterior con respecto a los roles que tienen tanto el Estado como las empresas y entes privados en materia de políticas públicas, siendo esta Ley un claro ejemplo de cómo cooperan el mundo privado y público para alcanzar fines benéficos para la sociedad.

2.3.3 Reglamentos y Decretos

a) Decreto N° 194 de la Subsecretaría del Trabajo que establece el Premio a las relaciones laborales y la calidad de vida de las personas al interior de la empresa y fija un procedimiento de postulación y selección, de 2004

Este premio establecido en el año 2004 tiene como finalidad reconocer a las empresas del Estado que apliquen innovaciones relevantes en sus sistemas de gestión y marquen un liderazgo claro en materia de mejores prácticas de desarrollo humano, compatibilizando de la mejor manera los desafíos de competitividad del negocio con el desarrollo y calidad de vida de las personas, garantizando la continuidad de las políticas dentro de un marco de relaciones laborales participativas. Este Decreto tiene una gran importancia: es la primera vez que en una norma chilena se define e incluye el concepto de “Responsabilidad Social Empresarial”, que dicho Decreto lo hace en su artículo 7° letra d) al referirse que en el momento en que el Consejo creado para asignar el premio le corresponda evaluar su decisión deberá considerar los factores y subfactores establecidos en dicho artículo, donde uno de ellos es precisamente el ámbito de la Responsabilidad Social Empresarial, teniendo como subfactores: la Gestión ambiental; la Política de dotación externa y subcontratación; y el Aporte al desarrollo de la comunidad.

b) Decreto N° 60 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que crea el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, de 2013

En abril del año 2013 se crea el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, organismo gubernamental dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, cuya función es asesorar en la elaboración de las políticas públicas relacionadas con la Responsabilidad Social para el desarrollo sostenible del país. Este Consejo es creado con la finalidad de alcanzar el desarrollo sostenible, concepto en el cual se ha insistido internacionalmente durante décadas, y por el cual se han establecido programas y metas desde su formalización en la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas del año 1987. En la parte considerativa del Decreto N° 60 se menciona que el objetivo de alcanzar el desarrollo sostenible es tarea de todos, y en este sentido, es fundamental el comportamiento socialmente responsable que pueden asumir las organizaciones de la sociedad, organizaciones que como bien sabemos se encuentran incluidas en ellas las empresas. A modo de antecedente del Decreto N° 60 se puede decir que, en el año 2012, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo convocó a distintos actores relevantes del sector público, privado y de la sociedad civil, vinculados a la temática del desarrollo sostenible, para generar un espacio de discusión y debate en torno a la formulación de políticas, programas e instrumentos que integren las dimensiones económica, social y medioambiental. Por lo anterior, se constituyó una mesa de trabajo multisectorial, la que se abocó a redactar un documento base destinado a proponer una política nacional sobre Responsabilidad Social para el desarrollo sostenible de Chile. Una de las propuestas de esta mesa de trabajo fue la creación de una institucionalidad permanente que contribuya a la construcción de una política pública de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible de Chile, naciendo así el proyecto de crear el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible.

En la parte considerativa del decreto se menciona también haber tenido presente a diversas normas internacionales sobre Responsabilidad Social, las cuales son los Principios del Pacto Global de Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Norma ISO 26000 Guía de Responsabilidad Social, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, y los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (normas ya mencionadas en su oportunidad). De esta manera vemos la importancia que ha tenido el Derecho Internacional y los Derechos Humanos en esta materia, pues la legislación nacional que existe en materia de Responsabilidad Social Empresarial encuentra su inspiración en estas normas, y a su vez, de esta manera las normas internacionales sobre Responsabilidad Social Empresarial se “cristalizan” en el ordenamiento jurídico chileno, dando solidez y materialidad a lo que comúnmente se le llama “soft law”. Además, en este Decreto se materializan los acuerdos suscritos por Chile en instancias internacionales como la Cumbre Rio+20 en el año 2012 y Cumbre CELAC UE de enero del año 2013 .

En el artículo 2° del Decreto N° 60 que crea el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible se señalan las funciones de dicho Consejo, las cuales son las siguientes:

- i) Servir de instancia coordinadora entre los distintos órganos de la Administración del Estado, el sector privado y la sociedad civil en temas vinculados a la elaboración de políticas públicas de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible de Chile.
- ii) Identificar e informar al Ministro de Economía, Fomento y Turismo acerca de políticas, buenas prácticas e iniciativas en el campo de la Responsabilidad Social que se estén generando en el ámbito nacional o internacional.
- iii) Proponer al Ministro de Economía, Fomento y Turismo medidas y acciones de política pública en materia de Responsabilidad Social.

Por último, en el artículo 3° del Decreto N° 60 que crea el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible la manera en que se conformará dicho Consejo⁸³.

c) Decreto N° 67 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba reglamento del artículo 3° de la Ley N° 20.670, que crea el sistema elige vivir sano, de 2014

El 17 de febrero del año 2014 se publica en el Diario Oficial este Decreto con el fin de complementar lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 20.670⁸⁴. Este Decreto es importante porque, en primer

⁸³ El Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible está integrado por los siguientes: a) Director de Medio Ambiente del Ministerio de Relaciones Exteriores; b) Director General de Relaciones Económicas Internacionales; c) Jefe División Recursos Naturales y Residuos y Evaluación de Riesgo del Ministerio de Medio Ambiente; d) Director de ChileCompra; e) Director del Instituto de Derechos Humanos; f) Director Ejecutivo Pacto Global Chile; g) La persona designada como Punto Nacional de Contacto para las líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales; h) Un representante del ministro del Trabajo y Previsión Social; i) Un representante del ministro de Economía Fomento y Turismo; j) Tres representantes de asociaciones empresariales; k) Dos representantes de asociaciones que agrupen a empresas de menor tamaño y emprendedores; l) Dos representantes de organizaciones no gubernamentales; m) Un representante de organizaciones sindicales; n) Dos representantes del/sector académico; y finalmente o) Secretario Ejecutivo del Consejo designado en conformidad al artículo 8° de este Decreto.

⁸⁴ “Artículo 3°: Créase el Sistema Elige Vivir Sano, en adelante "el Sistema", el cual será un modelo de gestión constituido por políticas, planes y programas elaborados y ejecutados por distintos organismos del Estado, destinados a contribuir a generar hábitos y estilos de vida saludables y a prevenir y disminuir los factores y conductas de riesgo asociados a las enfermedades no transmisibles, establecidas en la resolución a que se refiere el artículo anterior.

El Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Secretaría Ejecutiva Elige Vivir Sano dependiente de la Subsecretaría de Servicios Sociales, tendrá a su cargo la administración, coordinación y supervisión del Sistema. Por su parte, a través de la Subsecretaría de Evaluación Social, tendrá a su cargo la evaluación de la implementación del Sistema. Un reglamento determinará el funcionamiento de la Secretaría Ejecutiva y establecerá las normas necesarias para la administración, coordinación, supervisión y evaluación del Sistema”.

lugar, define en su artículo 2° N° 7 a la Responsabilidad Social Empresarial⁸⁵. Y, en segundo lugar, relacionado con lo señalado en el párrafo anterior, establece en su artículo 13° los Criterios Generales para el Establecimiento de Estándares en Materia de Publicidad, Promoción y, lo que nos concierne, Responsabilidad Social Empresarial. Estos estándares según el artículo 3° se deberán determinar considerando:

- i) Indicadores de cumplimiento de las normas que regulen las relaciones laborales, valorándose especialmente el cumplimiento oportuno de las obligaciones en este ámbito y el establecimiento de mejoras voluntarias de las condiciones de trabajo de sus dependientes.
- ii) Indicadores de cumplimiento de la normativa sanitaria y de regulación de los alimentos.
- iii) Indicadores que permitan acreditar acciones de responsabilidad social empresarial en el ámbito de sus funciones o actividades principales, en especial las realizadas en el contexto de la ley N°20.670.
- iv) Indicadores que permitan acreditar que las acciones de promoción y publicidad referida a bienes y servicios ofertados o prestados por las entidades sean coherentes con los objetivos del Sistema.

d) Decreto Supremo N° 169 del Ministerio de Relaciones Exteriores que crea Comité para el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, de 2018

En 9 de abril del año 2018 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 169 del Ministerio de Relaciones Exteriores que crea el Comité Interministerial -presidido en un principio por el Relaciones Exteriores, y posteriormente con la modificación de fecha 25 de julio de 2019⁸⁶ presidido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- responsable de asesorar al Presidente de la República en materia de políticas y acciones para dar cumplimiento al Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas. Este Plan consiste en una estrategia política en constante evolución elaborada por el Estado para proteger los impactos negativos en los derechos humanos generados por las empresas en conformidad con los Principios Rectores de Naciones Unidas⁸⁷, teniendo por

⁸⁵ “Artículo 2.- Para los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 7. Responsabilidad Social Empresarial: Contribución activa y voluntaria al desarrollo humano saludable, a través del compromiso y la confianza, que se implementa directamente por una entidad privada, y que tiene por sujetos beneficiarios a los dependientes de dicha entidad, sus familias, y la sociedad en su conjunto o a un segmento de ésta, considerando como ámbito de acción preferente la comunidad local, y que tiene por finalidad mejorar la salud, los hábitos y la calidad de vida de las personas”.

⁸⁶ Decreto Supremo N° 28 que modifica Decreto Supremo N° 169, de 2017, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que crea el Comité para el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, publicado con fecha 25 de julio de 2019.

⁸⁷ Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores. (2017, p. 11)

principal objetivo fortalecer la protección de los Derechos Humanos por parte del Estado de Chile en relación con la actuación de las empresas, entendiendo esto como base fundamental del desarrollo sostenible.

Para la consecución de dicho objetivo, el Plan comprende 158 compromisos específicos de 17 instituciones públicas, además de acciones comprometidas por empresas públicas y otras instituciones. Si bien es algo sumamente positivo que la legislación nacional avance para implementar los principios y compromisos internacionales en la materia de Responsabilidad Social Empresarial, y vincule a las Empresas Privadas al rol de protección de los Derechos Humanos actualmente no está claro cuáles han sido las acciones impulsadas por el Comité creado por este Decreto Supremo. Lo anterior porque en el sitio web del Ministerio, que coordina este Comité, no hay información alguna respecto a su labor. Criticamos entonces la creación de normas sin una correcta aplicación o preocupación por su seguimiento, en especial en una materia tan importante como son los Derechos Humanos y su vinculación con las Empresas.

2.3.4 Normas Técnicas: Norma ISO 26000:2010 y la norma chilena NCh-ISO 26000-2010

La ISO 26000 define a la Responsabilidad Social⁸⁸ e identifica siete materias fundamentales que toda organización debería considerar en su estrategia de integración de la Responsabilidad Social, las cuales serán explicadas a continuación tomando como referencia la tesis de pregrado “Estudio comparativo sobre responsabilidad social entre empresas y países” de Felipe Guerra Toro; Karla Higuera Fernández; Fabián Molina Araya y Pablo Villagrán Duhalde, tesis que a su vez toma como referencia la guía de ISO 26000 de Antonio Argandoña y Ricardo Isea Silva⁸⁹:

- i) **Gobernanza de la Organización:** corresponde al sistema por el cual una organización toma e implementa decisiones para lograr sus objetivos. La norma considera a la gobernanza de la organización como el factor más importante para hacer posible que una organización se responsabilice de los impactos de sus decisiones y actividades, y para integrar la Responsabilidad Social en toda la organización, debido a que es a través de la toma de decisiones de una organización donde ésta puede hacer posible un cambio hacia una conducta socialmente más responsable. Entre las acciones más destacables se encuentran:

⁸⁸ Definida por la Norma Chilena ISO 26000 como “la responsabilidad de una organización respecto de los impactos de sus decisiones y actividades en la sociedad y el medio ambiente, por medio de un comportamiento transparente y ético que sea consistente con el desarrollo sostenible, incluyendo la salud y el bienestar general de la sociedad; que considere las expectativas de sus partes interesadas; que esté en cumplimiento con la legislación aplicable y sea consistente con normas internacionales de comportamiento; y que esté integrada a través de toda la organización y practicada en sus relaciones”.

⁸⁹ Guerra Toro, F., Higuera Fernández, K., Molina Araya, F. y Villagrán Duhalde, P. (2015, p. 21-24)

impulsar estrategias y objetivos de Responsabilidad Social, crear una cultura de Responsabilidad Social, hacer un uso eficiente de los recursos y hacer una revisión continua de la gobernanza de la organización.

- ii) Derechos Humanos: en esta materia la Norma ISO 26000 tiene dos ejes. En primer lugar, se debe considerar el respeto de los Derechos Humanos como uno de los principios de la Responsabilidad Social, y en segundo lugar dentro de este punto se propone incorporar los derechos humanos en los diversos asuntos de la organización.
- iii) Prácticas Laborales: son un eje fundamental desde el cual una organización puede influir en el contexto social. Por ello, se trata de que la empresa maximice su contribución a la sociedad a través de unas prácticas laborales adecuadas como, por ejemplo, la creación de empleo, el respeto de la jornada laboral y el pago de un salario justo. Estas políticas y prácticas se recogen en las normas laborales internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- iv) Medio Ambiente: la Norma ISO 26000 aconseja adoptar un enfoque holístico para abordar el tema del medio ambiente que, además de reconocer la importancia de los factores económicos, sociales, de salubridad y ambientales que se derivan de sus acciones, tenga en cuenta la ineludible interrelación que existe entre ellos. La responsabilidad medioambiental (asumir las consecuencias de sus actos), el enfoque precautorio (no desarrollar actividades si no se sabe con certeza qué impactos puede acarrear en el medio ambiente o en la salud), la gestión de riesgos (minimizar posibles impactos negativos) y la aplicación del principio “quien contamina paga” (asumir el costo de la contaminación generada por sus actividades)
- v) Prácticas Justas de Operación: hacen referencia a la necesidad de que la organización tenga un comportamiento ético en sus relaciones con otras organizaciones, así como con sus partes interesadas. Para la Norma ISO 26000, pueden ser una útil herramienta para generar resultados socialmente favorables, por ejemplo, proporcionando liderazgo y promoviendo conductas de responsabilidad social en la esfera de influencia de la organización. Los asuntos relacionados con esta materia fundamental que se identifica son: Anticorrupción, Participación política responsable Competencia justa, Promover la responsabilidad social en la cadena de valor, Respeto a los derechos de propiedad.
- vi) Asunto de Consumidores: la Norma ISO 26000 destaca la importancia de que la organización asuma ciertas responsabilidades con sus consumidores, brindándoles educación e información veraz sobre las estrategias de marketing y contratación, fomentando el consumo responsable y sostenible, y elaborando bienes y prestando servicios

que estén al alcance de todas las personas, incluyendo las más vulnerables, entre otras posibles acciones que toda organización debería considerar.

- vii) Participación Activa y Desarrollo de la Comunidad: la Norma a ISO 26000 propone desarrollar políticas y procesos que contribuyan al desarrollo político, económico y social de las comunidades que estén dentro de su esfera de influencia. Así, la Guía invita a la organización a involucrarse en asuntos de participación activa en la comunidad; educación y cultura; creación de empleo y desarrollo de habilidades; desarrollo y acceso a tecnología; generación de riqueza e ingresos; y salud e inversión social.

Finalizamos agregando que la norma chilena NCh-ISO 26000 es idéntica en su contenido a la versión en español de la Norma Internacional ISO 26000:2010 Guía de responsabilidad social.

2.3.5 Proyecto de Ley que regula la creación y funcionamiento de las empresas de beneficio e interés colectivo (Boletín N° 11.273-03)

El 13 de junio de 2017 se ingresó por moción de los diputados Maya Fernández Allende (Partido Socialista de Chile) y Felipe Kast Sommerhoff (Evolución Política) este proyecto de Ley que pretende regular el creciente fenómeno de lo que se denomina como “empresas B”. Las empresas B son aquellas que redefinen el sentido del éxito empresarial, usando la fuerza del mercado para dar solución a problemas sociales y ambientales. Este nuevo tipo de empresa amplía el deber fiduciario de sus accionistas y gestores para incorporar intereses no financieros, cumpliendo un compromiso a generar impactos positivos socioambientales, operando con altos estándares de desempeño y transparencia⁹⁰. Es decir, son empresas que además de generar utilidades, son responsables con todos sus stakeholders, ya sea con el medio ambiente, con sus trabajadores, con los mismos accionistas, la comunidad, sus accionistas, etc.

Las empresas B combinan el lucro con la solución a problemas sociales o ambientales, aspirando ser no solo las mejores empresas del mundo, sino que las mejores para el mundo. Como vemos, notamos que el concepto de empresas B va íntimamente relacionado a lo que se ha definido a lo largo de este trabajo como “Responsabilidad Social Empresarial”, por lo que se evidencia por qué consideramos relevante este proyecto. Además de interesarnos este proyecto de Ley por tener la finalidad de darle a este tipo de empresas una mayor regulación en los doce artículos que lo componen, nos interesa por la relevancia misma que tienen las empresas B en Chile.

⁹⁰ Valdivia San Martín, G. (2015, p. 26)

Según Jaime Alcalde Silva, Chile es el quinto país en el mundo con mayor número de empresas B certificadas, contando al mes de septiembre de 2018 con ciento treinta. Pese a la recepción que este tipo de empresas ha tenido en el mercado chileno, con volúmenes de operación considerables y en alza, hasta el momento los proyectos para regular la figura no han tenido resultados⁹¹.

En el proyecto de Ley se explica en sus fundamentos que la finalidad que persigue es regular este tipo de empresas con el fin de darles credibilidad y certeza jurídica frente a la sociedad e inversionistas, no reconocidas por nuestra legislación. Las principales razones para entregar esta certeza regulatoria son dos. Primero, reconocer que hay agentes económicos cuya génesis y continuidad se basa en una misión social, y segundo, entregar mecanismos, a quienes decidan formar este tipo de sociedades, para que esta misión e impacto se mantenga en el tiempo. Algo que debemos señalar y que se relaciona ya no sólo con nuestro trabajo sino con la cátedra entera es que, de la manera en que señala el proyecto de Ley, es que según Jaime Alcalde Silva “hay indicios que sugieren que se trata de una figura nueva definida de manera similar a las sociedades anónimas (artículo 3°), lo que explica que su texto concluya con una modificación al deber de los directores de proponer modificaciones a los estatutos que sean contrarias al interés social recogido en el artículo 42° núm. 1 de la LSA (artículo 12°). De ahí que el artículo 4° señale que la calidad de empresa de beneficio e interés colectivo se adquiere mediante su constitución conforme a las disposiciones de la ley propuesta o mediante la reforma de sus estatutos y el cumplimiento de las demás formalidades previstas por el proyecto”⁹². Sin embargo, y pese a esta similitud, las empresas de beneficio e interés colectivo se registrarán por su ley especial, y de manera supletoria por aquellas normas que regulen su respectivo tipo societario, las cuales nunca priman sobre su derecho propio (artículo 2°). Concluyendo con los artículos relevantes del proyecto de Ley, el artículo 5° señala los contenidos que deberán tener los estatutos, los cuales son:

- i) El nombre y domicilio de la sociedad;
- ii) La enunciación la o las finalidades, compromisos, objetivos, obligaciones y principios para alcanzar el impacto positivo o la reducción de algún efecto negativo en la comunidad y el medio ambiente;
- iii) La obligación de quienes conforman la sociedad de que en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de dichos objetivos;
- iv) La manera en qué se dará cuenta al resto de los miembros de la sociedad el monitoreo y evaluación del impacto de la empresa.

⁹¹ Alcalde Silva, J. (2018, p. 382)

⁹² Alcalde Silva, J. (2018, p. 410)

Actualmente el proyecto de Ley se encuentra en la etapa de primer trámite constitucional.

2.4 Normas de Carácter General dictadas por la Superintendencia de Valores y seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero) y Responsabilidad Social Empresarial

Si bien en el subcapítulo anterior se mencionaron y analizaron diversas normas del ordenamiento jurídico referidas a la Responsabilidad Social Empresarial, creemos que es además necesario mencionar y analizar de manera separada las Normas de Carácter General de la Superintendencia de Valores y Seguros, y hoy Comisión para el Mercado Financiero, pertinentes a la materia objeto de esta memoria. Lo anterior debido a que por mucho tiempo se estimó que el ente regulador del mercado fuera el encargado de regular además las prácticas de Responsabilidad Social Empresarial, esto debido a la potente relación que existe entre ésta y Gobiernos Corporativos. La Superintendencia de Valores y Seguros/Comisión para el Mercado Financiero, a través de las diversas Normas de Carácter General que mencionaremos a continuación, ha señalado la importancia para los diversos actores en el mercado y para la economía en general de que las entidades que participan en el mercado cuenten con una estructura y funcionamiento eficaz; los problemas que puedan tener estas entidades en su gobierno corporativo o gestión de riesgos pueden terminar produciendo externalidades negativas que afecten a esos actores y economía en su totalidad y, por ende, al propio interés social que dicho gobierno corporativo está llamado a proteger. Para evitar esto, la Superintendencia de Valores y Seguros/Comisión para el Mercado Financiero ha propulsado en su normativa el fortalecimiento de los estándares de Gobierno Corporativo, incluyendo en estos a las prácticas de Responsabilidad Social Empresarial, para así no sólo tener entidades que funcionen de manera eficaz, sino que también puedan responder a las necesidades de los *stakeholders*.

A continuación, se nombrarán las diversas Normas de Carácter General en donde la Superintendencia de Valores y Seguros/Comisión para el Mercado Financiero ha tratado y regulado a la Responsabilidad Social Empresarial, y analizaremos de manera crítica cada una de ellas.

2.4.1 Norma de Carácter General 341 de la ex Superintendencia de Valores y Seguros del año 2012

El año 2012 la Superintendencia de Valores y Seguros emitió el primer marco normativo que pretendía elevar los estándares de gobierno corporativo de las sociedades anónimas abiertas en Chile. Como dice el profesor Pfeffer, esta norma fue el primer paso que dio la SVS en la idea de orientar al mercado en la necesidad de informar para luego fiscalizar criterios que no fueran sólo de carácter

financiero⁹³. Según el informe de la normativa que deroga esta norma (la cual será explicada más adelante), esta nació por la necesidad de que las entidades que participan y dan soporte a los mercados cuenten con buenas prácticas de gobierno corporativo y que éstas sean aplicadas de manera eficiente y efectiva. Todo ello, para preservar los principios que deben tener los mercados, promover el desarrollo sostenible de las economías y fortalecer la confianza de los inversionistas tanto locales como extranjeros⁹⁴, evidenciando así la relevancia de la teoría de los *stakeholders* en la teoría de los Gobiernos Corporativos, en la concepción de interés social y en la regulación del mercado⁹⁵, relevancia de la que ya se ha hablado en este trabajo. Esta Norma además es importante por ser el primer intento de la Superintendencia de Valores y Seguros de imponer autorregulación, pues dicho organismo reconocía que las soluciones regulatorias reflejadas en la legislación suelen ser más rígidas y, en algunos casos menores, que las que se podrían voluntariamente imponer los propios agentes del mercado, necesitando así complementar y fortalecer la regulación pública mediante la autorregulación privada⁹⁶. La Norma se enfocó en fortalecer en las sociedades la figura del directorio como el principal órgano de gobierno en su calidad de supervisor de la gestión, pasando de tener tradicionalmente como labor estratégica la de crear valor para la sociedad, a tener ahora una mirada esencialmente controladora y de supervisión⁹⁷. El directorio, con esta norma, tendría la responsabilidad de divulgar la información requerida por ésta respecto a prácticas de Gobierno Corporativo, prácticas que consistían en estándares mínimos de actuación que tuvieron como objetivo mitigar los casos de conflictos de intereses y mejorar el funcionamiento de las empresas a largo plazo. Los directores entonces, con esta Norma, se vieron expuestos a plantearse responsabilidades no contempladas en la Ley.

Otro aspecto importante de esta normativa es que estableció obligaciones para la difusión de información bajo la modalidad de *comply or explain*, modalidad que junto con la autorregulación incentivan a formalizar públicamente diversas prácticas que probablemente ya se adoptaban con anterioridad. Dicha técnica regulatoria consistía en definir en un anexo las prácticas internacionales

⁹³ Pfeffer Urquiaga, F. (2018, p. 323)

⁹⁴ Chile. Superintendencia de Valores y Seguros. (2015, p. 3)

⁹⁵ En el mismo informe citado, la Superintendencia señala que “la forma en que la entidad se estructura, funciona y dirige sus negocios impacta a una serie de actores que interactúan con la entidad como lo son sus empleados, proveedores, clientes, accionistas, gobiernos y a la comunidad como un todo, razón por la que problemas en su gobierno corporativo o gestión de riesgos pueden terminar produciendo externalidades negativas que afecten a esos actores, a la economía en su totalidad y, por ende, al propio interés social que dicho gobierno corporativo está llamado a proteger”.

⁹⁶ Chile. Superintendencia de Valores y Seguros. (2015, p. 4)

⁹⁷ Godoy Uson, M.P., Walker Hitschfeld, E., y Zegers Ruiz-Tagle, M. (2018, p. 185)

más reconocidas sobre gobiernos corporativos, debiendo las sociedades anónimas informar si adoptaron una de ellas; si habían seguido otras no indicadas en el anexo; la forma en que se han cumplido e implementado y las razones que se han tenido para no cumplirlas o seguirlas⁹⁸.

Para finalizar con el análisis de esta Norma debemos agregar que no estuvo exenta de críticas. En primer lugar, se consideraba que la Norma no establecía de manera concreta cuál era el deber del directorio o cuál era la diligencia debida por este, teniendo la poca certeza la consecuencia de llevar al incumplimiento de los mismos deberes que pretendía imponer la Norma. Y, en segundo lugar, no se entiende muy bien que lo que hizo esta Norma fuese “autorregulación”, puesto que en realidad La Norma exigió a todos los emisores informar sobre la adopción de prácticas establecidas por ella misma, lo que implica que lo desarrollado por la Superintendencia fue regulación propiamente tal⁹⁹.

2.4.2 Norma de Carácter General 385 del año 2015

Frente a las críticas mencionadas anteriormente, En junio de 2015 la Superintendencia de Valores y Seguros derogó la Norma de Carácter General 341 y emitió la Norma de Carácter General N°385. La entonces nueva normativa consideró necesario ampliar de 19 a 99 las prácticas de gobierno corporativo que las sociedades anónimas abiertas estaban obligadas a informar, con especial énfasis en el rol de control por parte del directorio y en la incorporación de estándares en materia de responsabilidad social y sustentabilidad¹⁰⁰. La norma entendía que una práctica determinada era adoptada cuando ella contaba con las políticas aprobadas y los procedimientos, mecanismos y sistemas completamente implementados y en funcionamiento, para todos los elementos descritos en la respectiva práctica. En caso contrario, debía entenderse que no adoptaba la práctica, sin perjuicio que, si la sociedad tenía la intención de adoptar una práctica, pero todavía estaba en vías de hacerlo, ello contaba en la explicación correspondiente¹⁰¹. El directorio, por lo tanto, estaba obligado con esta Norma de Carácter General a exponer de manera fundada las prácticas que voluntariamente adoptaba y la manera en que lo hacía, y en caso de que no, fundamentar las razones por las que el órgano

⁹⁸ Pfeffer Urquiaga, F. (2018, p. 323)

⁹⁹ Godoy Uson, M.P., Walker Hitschfeld, E., y Zegers Ruiz-Tagle, M. (2018, p. 187)

¹⁰⁰ Las políticas, indicadores y formato de reporte que contemplaba la normativa fueron definidos siguiendo estándares internacionales tales como la ISO 26000:2010, los Principios y Estándares de Reportes y Difusión de la “Global Reporting Initiative” o del “International Integrated Reporting Council”, como señala el informe final de esta Norma de Carácter General disponible en el siguiente link: https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=368a3c2505c87dfb861e1c7890281dacVFdwQmVFOUVRVEZOUkVFMFRXcEpkMDVuUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1662754408

¹⁰¹ Pfeffer Urquiaga, F. (2018, pp. 324-325)

prefirió desistirse de hacerlo¹⁰². Por lo tanto, al igual que la norma anterior, se mantuvo el sistema de *comply or explain* al imponerse únicamente la obligación de informar si se cumplía o no con las prácticas y recomendaciones señaladas en la norma.

Ente los principales objetivos que la Norma pretendía alcanzar podemos señalar los siguientes:

- i) Fomentar la adopción de políticas en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible, referido en particular a la diversidad en la composición del directorio y en la designación de ejecutivos principales de la sociedad.
- ii) Fomentar la difusión de información a los accionistas y público en general respecto de las políticas, prácticas y efectividad de las mismas, en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible.
- iii) Mejorar la calidad y confiabilidad de la información contenida en la autoevaluación de los directorios mediante la evaluación de un tercero ajeno a la sociedad.
- iv) Promover la adopción de principios, directrices y recomendaciones nacionales e internacionales como, por ejemplo, los desarrollados por The Committee of Sponsoring Organizations (COSO, por sus siglas en inglés) o los contenidos en el Control Objectives for Information and Related Technology (COBIT, por sus siglas en inglés) creados por ISACA o la ISO 31000:2009 e ISO 31004:2013.
- v) Explicitar el tratamiento de los conflictos de interés y los procedimientos de actualización del Código de Conducta del directorio.

Pese a lo anterior, esta normativa fue derogada en noviembre del año 2021 por la Norma de Carácter General 461 de la Comisión para el Mercado Financiero, como se verá más adelante.

2.4.3 Norma de Carácter General 386 del año 2015

En la misma fecha que la Norma anterior, la Superintendencia de Valores emitió la Norma de Carácter General N°386 modificando mediante ésta la Norma de Carácter General N° 30 (que establece normas de inscripción de emisores y valores de oferta pública en el registro de valores, su difusión, colocación y obligaciones de información consiguientes).

¹⁰² El Dictamen N°7482 de la Superintendencia de Valores y Seguros, emitido con fecha 28 de marzo 2016 refuerza que la obligación de seguir la NCG 385 es del directorio y no de otros órganos de la sociedad, pues señala expresamente que “conforme ya ha sostenido el Servicio en el Oficio Ordinario N° 24.843 de 2015, en relación a las prácticas de las letras d) a g) del N°1 del Anexo de la NCG N° 385, éstas sólo puede entenderse cumplidas en la medida que sea el directorio de la sociedad quien desarrolle dichas actividades y no un ejecutivo principal, gerente, subgerente, abogado de la sociedad o un director o comisión de directores realicen las funciones a que se refiere la citada norma”.

La relevancia de esta Norma recae en que las modificaciones a la NGC N°30 reflejadas en la nueva norma en comento contemplan la incorporación, en la memoria anual de la sociedad, de información relativa a materias de responsabilidad social y desarrollo sostenible en los siguientes aspectos:

- i) Diversidad en el directorio (género, nacionalidad, edad y antigüedad).
- ii) Diversidad en la gerencia general y demás gerencias que reportan a esta gerencia o al directorio.
- iii) Diversidad en la organización (género, nacionalidad, edad, antigüedad)
- iv) Brecha salarial por género.

Como se puede apreciar, esta Norma de Carácter General tuvo como objetivo detallar los criterios de diversidad que debían cumplir las empresas, solicitándole a éstas una serie de información referida a las personas que integran el directorio, gerencias y trabajadores que integran la empresa, como es el número de personas por género, nacionalidad, rango etario, y además una serie de información para vislumbrar la brecha salarial que podía tener una empresa, como la proporción que representa el sueldo bruto promedio por tipo de cargo, responsabilidad y función desempeñada de las ejecutivas y trabajadoras respecto de los ejecutivos y trabajadores¹⁰³, complementando así las materias medioambientales, sociales y de gobernanza que abordaba la Norma de Carácter General N° 385.

2.4.4 Críticas a la Normas de Carácter General 385 y 386

Como vimos en este ítem, la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero, cada vez va incorporando prácticas de Gobierno Corporativo que buscan incentivar áreas de la responsabilidad social y el desarrollo sustentable. De esta manera, e inspirada por los impactos que las tomas de decisiones pueden tener en diversos grupos de interés, la Superintendencia busca regular el mercado mediante la potestad normativa que posee. Siendo o no autorregulación, no pierde de vista el objetivo de incorporar una mirada social al mercado, que gracias al dinamismo y globalización hoy en día no sólo se toma en cuenta a la hora de invertir la rentabilidad de una empresa, sino también el impacto social o medioambiental.

Sin embargo, fue necesario preguntarse acerca de la eficiencia de dicha regulación. El 2017, 3 años después de las reformas de la Superintendencia ya mencionadas, Deloitte Chile publicó un estudio acerca de 200 Sociedades Anónimas y sus gobiernos corporativos para analizar su madurez respecto a la materia, a la luz de las Normas de Carácter General analizadas. Dicho estudio concluyó que, en los años posteriores a las Normas, no hubo ningún avance sustancial ni en la forma de operar ni en

¹⁰³ Pfeffer Urquiaga, F. (2018, pp. 326-327)

reducir las brechas salariales. El estudio contempló a 200 sociedades anónimas abiertas y englobó en 4 ámbitos las 99 prácticas contenidas en la NCG 385: funcionamiento y composición del directorio; relación Sociedad, accionistas y público en general; gestión y control de riesgos; y certificación por un tercero.

El mayor grado de cumplimiento se observó en la categoría sobre gestión y control de riesgos con el 40% de respuestas afirmativas. De las 99 prácticas evaluadas la que menor porcentaje de cumplimiento registró con solo 3% fue la "Divulgación Salarial" de difusión de estructuras salariales e incentivos. La segunda práctica peor evaluada con solo 10% de cumplimiento fue la de "Diversidad e Inclusión" referida a que las empresas cuenten con políticas específicas e identifiquen barreras. Los datos mostraron que en 3 años la presencia de mujeres en las empresas se mantuvo sin cambios, representando el 29% de la planta, aunque solo el 13% de las gerencias. Lo mismo sucedió con la existencia de extranjeros en las compañías que no llegaron ni al 7% del total de trabajadores, incluso bajo el margen de la ley que permite hasta el 15% de la planta no chilena. Los sectores con más presencia fueron Consumo, Retail e Industrial con 30%, en promedio¹⁰⁴.

2.4.5 Primer proceso de consulta pública

Debido a lo anterior, la Comisión para el Mercado Financiero, entre el 2 de diciembre del 2019 y el 31 de enero del 2020, publicó en consulta pública una propuesta de cambios a la Norma de Carácter General N° 386, que amplía y perfecciona la información exigida en el Reporte de Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible que los emisores de valores deben incluir anualmente en sus memorias. Esto con el fin de proveer al mercado, particularmente a los inversionistas, de un conjunto de información en materia medioambiental y social para que puedan considerarla en sus decisiones de inversión, en el contexto de un proceso de revisión amplia de los requisitos de entrega de información en temas medio ambientales, sociales y de gobernanza.

De acuerdo con la propuesta, el reporte de Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible quedaría organizado en tres conjuntos de indicadores que, a nivel internacional, son utilizados en reportes de sostenibilidad. Además, salvo algunas dimensiones en las que no resulte pertinente, se requeriría que las entidades señalen qué políticas se han establecido, qué metas se han definido y cómo han ido evolucionando ciertas métricas que permiten al inversor conocer el impacto que la entidad podría tener en su entorno.

¹⁰⁴ Leiva, M. (2019, 15 de febrero). Estudio de Deloitte: empresas no "han madurado" en gobiernos corporativos. *PULSO*. Recuperado de <https://www.latercera.com/pulso/noticia/estudio-deloitte-empresas-no-madurado-gobiernos-corporativos/529525/>

Las tres dimensiones de indicadores se agruparon de la siguiente manera:

- i) **Indicadores Económicos:** incluye indicadores respecto a la relación de la entidad con sus proveedores, específicamente las condiciones de pago y si en la selección de aquellos se tuviere en cuenta criterios ambientales y/o sociales, así como también el compromiso y los esfuerzos que la entidad tuviere en materia de prevención de la corrupción, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y competencia desleal.
- ii) **Indicadores Medioambientales:** corresponde a información que permita a los inversionistas evaluar los impactos que la entidad genera en el medio ambiente. Por ello se incorporan políticas, programas e indicadores que dan cuenta de iniciativas, inversiones y metas relacionadas con el consumo y la producción de materiales, insumos y energías, renovables y no renovables, reciclables y reciclados, que tengan un impacto medioambiental generado por la entidad.
- iii) **Indicadores Sociales:** se refieren a indicadores de diversidad, derechos, seguridad y beneficios de las personas que trabajan en la entidad, así como también a los esfuerzos que la entidad hubiere efectuado para colaborar en el desarrollo de terceros.

Del proceso de consulta pública, se recibieron 62 comentarios de representantes de distintas entidades públicas y privadas, además de personas naturales¹⁰⁵. En general, la mayoría de quienes comentaron la primera propuesta consideraron que la información requerida es valiosa dada la necesidad creciente de contar con información ESG de los emisores de oferta pública. Sin embargo, otros señalaron como aspectos a ser mejorados, entre otros: la necesidad de clarificar la forma en que se debe reportar cada indicador; la inclusión de definiciones cuando sea pertinente y de nuevos indicadores que son relevantes y que no estarían contenidos en la propuesta normativa¹⁰⁶; la definición por parte de la nueva normativa de qué información es material, qué indicadores debería necesariamente reportar cada entidad, y además que se defina un conjunto de indicadores básicos o transversales a todas las industrias y otros indicadores específicos según tipo de industria (aunque, por el contrario, hubo quienes mencionaron que sería apropiado que fuera la propia entidad que reporta la que debiera determinar cuáles de los indicadores son materiales para su negocio); explicitar lo que se entenderá por política, sobre todo teniendo en consideración que algunas de las materias sobre las que la normativa requiere información, podrían estar reguladas por las entidades en una documentación

¹⁰⁵ Emisores de valores, estudios de abogados, bancos, administradoras de fondos de pensiones, ministerios del estado de Chile, y organizaciones y profesionales expertos en temáticas ESG, entre otros.

¹⁰⁶ Por ejemplo, derechos humanos, acoso laboral, entre otros.

denominada de otra forma, y; mejorar la información de sanciones. Otros comentarios interesantes realizados en esta consulta dicen relación con lo pertinente de extender el alcance del reporte de sostenibilidad a materias de gobierno corporativo. Es más, hubo quienes sugirieron refundir la propuesta normativa con la NCG N°385 sobre prácticas de gobierno corporativo, dado que podría reducir los costos de las entidades al tener que preparar un solo reporte sobre materias similares y que, además, sería beneficioso para los inversionistas contar con una sola fuente de información.¹⁰⁷

2.4.6 Segundo proceso de consulta pública

Posteriormente, la Comisión para el Mercado Financiero, entre el 22 de marzo y el 16 de abril del 2021, publicó en consulta pública una propuesta de norma que incorporaría temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual. Dicha propuesta tendría como objeto modernizar y perfeccionar la información en materia medioambiental, social y de gobernanza (ESG), que deben remitir los emisores de valores de oferta pública inscritos en el Registro de Valores, cambios que buscarían proveer de mayor información al mercado, para que los inversionistas y el público en general puedan evaluar y seleccionar aquellas alternativas de inversión que representen de mejor manera sus intereses.

Esta propuesta establecía¹⁰⁸:

- i) Reestructurar la actual Memoria Anual, incorporando las temáticas ESG de manera integral a lo largo de dicho reporte, además de incluir las materias de gobierno corporativo a que se refiere la Norma de Carácter General N°385.
- ii) Esta nueva propuesta de Memoria Anual estaría estructurada en base a un enfoque que parte por la gobernanza de la entidad, su estrategia, sistema de gestión de riesgos, y que se complementa con la divulgación de indicadores y metas específicas.
- iii) Además, la nueva Memoria permitiría dar a conocer la forma en que la entidad estructura su gobierno corporativo; define la estrategia que le permite alcanzar sus objetivos; y determina, identifica y gestiona los riesgos que le son materialmente relevantes.
- iv) Los cambios mencionados, entonces, perseguirían compatibilizar la necesidad de contar con más información respecto a las políticas, prácticas y metas que en materia ESG adoptan los

¹⁰⁷ Chile. Comisión para el Mercado Financiero. *INFORME FINAL: Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual*. (2021, pp. 41-43)

¹⁰⁸ Chile. Comisión para el Mercado Financiero. *INFORME FINAL: Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual*. (2021, pp. 43-44)

emisores de valores de oferta pública, con las dificultades o costos adicionales que podría implicar el reportar este tipo de información.

En mayor detalle, lo que pretendía la nueva normativa era el cambio del contenido mínimo de la Memoria Anual, integrándose a dicho instrumento los siguientes¹⁰⁹:

- i) Perfil de la entidad: información histórica, misión, visión, valores, principales riesgos, situación de control, accionistas mayoritarios, características de las acciones.
- ii) Gobierno Corporativo: estructura de gobernanza, particularmente del directorio, comité de directores y ejecutivos principales, así como prácticas de gobierno corporativo.
- iii) Estrategia: objetivos estratégicos y planes de inversión.
- iv) Personas: aspectos de diversidad, condiciones laborales, beneficios y salarios del personal de la entidad.
- v) Modelo de negocios: sector industrial, negocios, propiedades e instalaciones e información sobre subsidiarias e inversiones en otras sociedades.
- vi) Gestión de proveedores: información sobre las políticas y plazos de pago a proveedores y sobre la evaluación que la entidad realice de los mismos.
- vii) Indicadores: indicadores de consumo de energía y agua, y cumplimiento legal y normativo que resultarán transversales para todos los emisores de valores. Además, se contempla un requerimiento de información sobre indicadores ESG materiales de acuerdo con el tipo de industria que le corresponda a la entidad, para lo cual se estará al estándar Sustainability Accounting Standards Board (SASB) o Task Force on Climate-related Financial Disclosure (TCFD).
- viii) Resumen de los hechos relevantes o esenciales acaecidos durante el periodo.
- ix) Resumen de los comentarios formulados por los accionistas y el comité de directores.
- x) Informes financieros.
- xi) Declaración de responsabilidad respecto de la veracidad de la información.

¹⁰⁹ Chile. Comisión para el Mercado Financiero. *Proyecto Normativo: Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual (INFOGRAFÍA)*. (2021, p. 5)

En este proceso de consulta pública se recibieron comentarios de 51 entidades y personas naturales. La mayoría de quienes comentaron esta nueva propuesta señalaron que ésta contribuiría a satisfacer de mejor manera las necesidades actuales de información por parte de los inversionistas sobre temáticas ESG, principalmente de extranjeros y, en ese sentido, que era un avance importante para el mercado local. Y, respecto a la incorporación de materias de cambio climático en la Memoria Anual, se señaló que es algo positivo y que se ajusta a los esfuerzos globales en la materia. Además, hubo quienes señalaron que esta nueva propuesta era significativamente mejor a la propuesta anterior y que la Comisión fue capaz de recoger las observaciones, propuestas e inquietudes planteadas en el primer proceso de consulta pública, destacando el enfoque integral que contiene la propuesta, y la unificación con la NCG N°385. Otros participantes señalaron que la nueva propuesta, al permitir la coexistencia de indicadores generales de carácter obligatorios con otros indicadores por tipo de industria (SASB), proporciona una solución razonable y costo efectiva para el mercado de capitales de Chile, al hacerse cargo de la necesidad de contar con información pertinente y material para organizaciones en distintos tipos de industria, aunque mencionaron la necesidad de contar con una base de información que sea comparable.

Sin perjuicio de los buenos comentarios señalados anteriormente, hubo quienes señalaron que todavía existirían espacios a mejorar en cuanto a la inclusión de nuevos indicadores o al perfeccionamiento de las definiciones de aquellos ya existentes. En esa línea, sugieren incorporar indicadores sobre residuos, huella de carbono, clima laboral, rotación de trabajadores, movilidad interna, sindicalización, porcentaje de teletrabajo, entre otras. Además, se sugirió incorporar otras temáticas relevantes como son los casos de derechos humanos, derechos de pueblos indígenas, acciones concretas realizadas con las comunidades, servicio de calidad y avances en ciberseguridad. Otros comentarios señalaron que, si bien se destaca que la utilización del estándar SASB proporcionaría claridad y comparabilidad entre empresas, también limitaría la utilización de otros estándares complementarios. Se sugirió que el regulador tomase un rol activo en la creación de guías de reporte para empresas para el uso complementario de estándares. En este sentido, se sugiere que la Comisión, por ejemplo, proporcione un cuadro comparativo donde se asocie cada uno de los indicadores solicitados en la normativa versus el estándar internacional (Global Reporting Initiative o GRI, SASB o similar), a efectos de facilitar la reportabilidad y evitar duplicar información. Hubo, además, quienes señalaron que es importante perfeccionar la propuesta en atención a que habría duplicidad en algunos requerimientos de información. Por ejemplo, consumo de energía, agua, diversidad, seguridad laboral que ya estarían contenidos en otros estándares internacionales (incluido SASB). No obstante que, por el contrario, hubo quienes manifestaron que ciertos indicadores obligatorios contenidos en la

normativa no serían materiales para todos los emisores de valores, y que esto quedaría mejor abordado por SASB.

Finalmente, se sugirió incorporar definiciones o un glosario a efectos de clarificar lo que se debe informar. Por ejemplo, qué se entiende por misión, visión, valores, grupos de interés, políticas, corto, mediano y largo plazo, principales riesgos, oportunidades, innovación, entre otros. Además, se sugirieron cambios específicos a diversas secciones de la Memoria, a objeto de precisar el alcance de cada disposición o a efectos de incorporar nuevos requerimientos de información, y dar mayor plazo para implementar los cambios necesarios para poder cumplir con la normativa¹¹⁰.

2.4.7 Norma de Carácter General 461 del año 2021

Una vez finalizados los procesos de consulta mencionados anteriormente, y habiendo incorporado los cambios motivados por los comentarios recibidos, el 12 de noviembre del año 2021 la Comisión para el Mercado Financiero publicó la Norma de Carácter General 461 que modifica la estructura y contenido de la memoria anual de emisores de valores de oferta pública inscritos en el Registro de Valores de la CMF en materias ambientales, sociales y de gobierno corporativo o, como ya hemos mencionado anteriormente, factores ESG. Esta norma obedece a un fenómeno creciente que se ha manifestado tanto en Chile como el mundo en donde son cada vez más los inversionistas que elevan sus exigencias a las compañías para que estas transparenten, mediante estándares ampliamente reconocidos y aceptados, la gestión de sus impactos ambientales, sociales y de gobernanza. El inversionista moderno hoy en día requiere como factor decisivo al momento de elegir aquellos instrumentos financieros que se ajustan en mejor medida a sus políticas de inversión contar con información relativa a los criterios mencionados anteriormente, por ejemplo, el hecho de saber cómo dichos criterios son asumidos en la estrategia del negocio, es para el inversionista un signo de rentabilidad y sostenibilidad, por lo que la rigurosidad de las cifras que respaldan los índices ESG debe mejorar sustancialmente, y si hay externalidades negativas sostenidas y mal gestionadas, no hay salud financiera posible para la empresa.

Es por lo anterior y siguiendo además un comunicado que en enero del 2019 publicó la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO, por su sigla en inglés) en donde no sólo se señala la relevancia de divulgar información referente a aspectos ESG, sino que también plantea que los

¹¹⁰ Chile. Comisión para el Mercado Financiero. *INFORME FINAL: Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual*. (2021, pp. 43-44)

reguladores debieran requerir que emisores divulguen todos los aspectos materialmente relevantes para una determinada entidad relacionadas con materias ESG¹¹¹, que la Comisión para el Mercado Financiero estimó que es el regulador quien no sólo debe requerir la información relevante de los emisores en materias ESG sino que además esta debe exigirse siguiendo estándares internacionales. La Comisión, si bien entiende que esta exigencia puede tener un alto costo inicial de adopción para las empresas, compensa el costo contemplando en la NCG 461 un esquema de transitoriedad bastante holgado¹¹². Además, la Comisión para el Mercado Financiero califica esta exigencia de estándares avalados internacionalmente como un “círculo virtuoso”, ya que aumentaría la visibilidad y el atractivo del mercado local, mejora la resiliencia de la empresa y permite a inversionistas adoptar decisiones mejor informados.¹¹³

La Norma de Carácter General 461 tiene por objeto reestructurar el contenido de la Memoria Anual de las compañías, incorporando temáticas ESG de manera integral. Lo novedoso que trae esta normativa es que, a diferencia de las Normas mencionadas anteriormente, se exige que la información sea integrada y recogida en la Memoria Anual, la cual es considerada como el conducto oficial de comunicación desde la alta dirección a la empresa y a sus propietarios y desde la corporación a los inversionistas y al público en general¹¹⁴. En línea con lo anterior, que se exija incluir en un instrumento tan importante como lo es la Memoria Anual información respecto a las prácticas y políticas ESG que existan en una empresa, acarrea consecuencias jurídicas en el caso de que no se

¹¹¹ IOSCO. (19 de enero 2019). *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers* [Comunicado de prensa]. <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD619.pdf>

¹¹² Respecto a la vigencia de la NCG 461, si bien las distintas entidades podrán de manera voluntaria reportar su Memoria Anual en conformidad a la nueva normativa desde el ejercicio 2022 (memoria que se reporta el 2023), la nueva normativa será obligatoria según el siguiente calendario:

- a) A partir del 31 de diciembre de 2022: aquellas sociedades anónimas abiertas que superen el equivalente a 20 millones de UF en activos totales consolidados calculados a la fecha de inicio del ejercicio a que se refiere la Memoria.
- b) A partir del 31 de diciembre de 2023: aquellas sociedades anónimas abiertas que superen el equivalente a un millón de UF en activos totales consolidados calculados a la fecha de inicio del ejercicio a que se refiere la Memoria.
- c) A partir del 31 de diciembre de 2024: para las sociedades anónimas especiales inscritas en el Registro de Valores de la CMF, o que conforme a la Norma de Carácter General 431 o Circular 991 deban remitir su memoria anual conforme a lo establecido en la Norma de Carácter General 30, y los demás emisores de valores no contemplados en los dos puntos anteriores.

¹¹³ Cortez, J. (2021, 30 de noviembre). *ESG y su Importancia en la Regulación y el Gobierno Corporativo de las Empresas* [Sesión de conferencia]. XI Jornada de Gobierno Corporativo del CGCUC, Santiago, Chile. <https://centrogobiernocorporativo.uc.cl/noticias/327-a-dias-de-la-reciente-publicacion-de-la-nueva-ncg-461-se-realizo-la-xi-jornada-de-gobierno-corporativo-del-cgcuc-esg-y-su-importancia-en-la-regulacion-y-el-gobierno-corporativo-de-las-empresas>

¹¹⁴ Pfeffer Urquiaga, F. (2018, p. 321)

incluya dicha información o se divulgue de manera incompleta (nos referiremos a esto en específico más adelante). Además, la Norma de Carácter General en comento está alineada a estándares internacionales como el GRI, SASB y TCFD.

El impacto que se espera con esta nueva normativa es amplio. Primero, se pretende que inversionistas tengan mayor información para optimizar sus decisiones de información. Además, se espera que la nueva normativa contribuya a fomentar la adopción de mejores prácticas en materias ESG. Por último, la nueva Norma de Carácter General aspira a que se promueva la integración de riesgos ESG, lo que traerá como consecuencia a organizaciones más resilientes y sostenibles y dará mayor visibilidad al mercado local.

Por último, dejamos a continuación la nueva estructura de la Memoria Anual:

Perfil de la entidad: Misión, visión y propósito corporativo
Gobierno Corporativo: Marco de gobernanza y gestión de riesgos
<ul style="list-style-type: none"> Incluye la composición y rol de directorio o equivalente Hace referencia a riesgos de sostenibilidad y particularmente de cambio climático
Estrategia: Objetivos estratégicos, horizontes de tiempo, planes de inversión
Personas: Indicadores y políticas relacionadas con el personal
<ul style="list-style-type: none"> Entre otros aspectos, diversidad, brecha salarial por sexo, seguridad laboral, acoso laboral y sexual, capacitaciones y beneficios
Modelo de negocios: Sector industrial, grupos de interés, propiedades, subsidiarias y asociadas
Gestión de proveedores: Políticas e indicadores de pago y evaluación de proveedores
Indicadores: Cumplimiento regulatorio y métricas por industria
<ul style="list-style-type: none"> Cumplimiento en materias relacionadas a clientes, trabajadores, medioambiente, libre competencia y otros Métricas por industria según estándar SASB (estándar que divide a la economía en 77 industrias, requiriendo diferente información según las características de la empresa)

Debemos agregar que estos contenidos actualizados de la Memoria Anual se condicen con estándares internacionales que la Comisión para el Mercado Financiero tuvo en vista tanto en las propuestas normativas como en el resultado final, concretado éste con la dictación de la Norma de Carácter

General 461. Los apartados de Perfil de la entidad, Gobierno Corporativo, Estrategia, Personas, Modelo de negocios y Gestión de proveedores se guían en base a los estándares GRI, Value Reporting Foundation y TCFD, mientras que el apartado de Indicadores se guía por los estándares Value Reporting Foundation y SASB.

2.4.8 Análisis NCG 461 y relación conflicto Autorregulación vs Regulación

La Comisión para el Mercado Financiero, a través de su presidente Joaquín Cortez, se refirió a esta nueva normativa en la XI Jornada de Gobierno Corporativo organizada por el Centro de Gobierno Corporativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En esta Jornada, además de analizar y explicar la NCG 461 recientemente publicada, mencionó cuales eran las disyuntivas del Mercado Local con respecto a las temáticas ESG, siendo una de éstas el modelo imperante hasta ahora de autorregulación, admitiendo, a nuestro juicio correctamente, que no resultaba claro que dicho modelo fuese idóneo para el mercado local por los siguientes motivos:

- i) Primero, el mercado local se caracteriza por una alta concentración de la propiedad, donde el inversionista controlador ya tiene acceso a este tipo de información por lo cual tiene menos incentivo para exigir información relativa a criterios ESG, además de que podría pensarse por parte de este tipo de inversionistas que se estaría revelando alguna información estratégica a los competidores.
- ii) Seguido de lo anterior, el mercado local se caracteriza por tener pocos inversionistas, de elevados activos bajo gestión (AUM), necesariamente obligados a invertir en el mercado local.
- iii) Y, por último, incluso en los mercados de mayor sofisticación este modelo no ha funcionado, mencionando como ejemplo a Estados Unidos, en donde aproximadamente el 95% de las grandes empresas estadounidenses cuentan con certificación ESG, pero, de igual manera sus inversionistas son críticos de la información que se les proporciona. Muestra de esto es que los inversionistas han comenzado a requerirle al regulador (SEC en el caso estadounidense) exigir divulgación de información ESG a emisores (2018)

Lo anterior llevó a la Comisión para el Mercado Financiero a dejar de lado sus normas anteriores (sobre todo la NCG 385, ya mencionada detalladamente en su respectivo subcapítulo) para pasar a exigir derechamente este tipo de información a través de la Memoria Anual, llevando a dejar de lado el modelo de *comply or explain*.

A raíz de lo mencionado, ha surgido la duda acerca de si efectivamente esta norma deja de lado el modelo de autorregulación antes imperante en la regulación de la Superintendencia de Valores y Seguros/Comisión para el Mercado Financiero. Lo anterior porque si bien ahora es obligatorio para las entidades antes indicadas informar mediante su memoria acerca de sus prácticas relativas a criterios ESG, esto no implicaría una obligación de incorporar a sus prácticas dicha materia, lo que se pensaría como el ejemplo más claro de regulación. Cabe hacerse entonces la pregunta de si una obligación de informar (o *reporting/disclosure obligation* en inglés) es un ejemplo de autorregulación o regulación. Nosotros creemos que sí estamos ante una norma de regulación propiamente tal en virtud de las siguientes razones:

- i) La obligación de ponderar e informar el impacto medioambiental y social de las decisiones que adopte la corporación se entiende formar parte del cumplimiento de los deberes fiduciarios. Como se mencionó anteriormente, la memoria anual se entiende como el conducto oficial de comunicación de la sociedad para con los accionistas, el mercado y la agencia estatal de control. Es de tal importancia la información contenida en la memoria anual que la misma ley ha establecido consecuencias jurídicas en caso de que los directores y ejecutivos incumplan sus deberes de información¹¹⁵. La no inclusión de dicha información en la memoria anual de la compañía se deberá considerar como un incumplimiento de los deberes fiduciarios de quienes administren la empresa, y que consecuentemente acarrearán responsabilidad para ellos¹¹⁶.
- ii) La obligatoriedad y carácter de regulación propiamente tal de la norma se manifiesta además en la imposición de deberes y obligaciones a una serie de actores regulados por la Comisión para el Mercado Financiero, por su normativa aplicable y por la Ley. Para cumplir con su mandato legal, la CMF tiene la capacidad de aplicar sanciones a los individuos y entidades fiscalizadas que corresponde a un perímetro amplio que cubre el mercado bancario, de valores y seguros, por las infracciones en que incurran a las leyes o normas sujetas a su fiscalización. Dichas sanciones son de carácter administrativo, incluyendo amonestación o censura, la aplicación de multas monetarias y sanciones de suspensión o revocación de autorizaciones para operar (artículos 36 y 37 de la Ley Orgánica de la CMF).

¹¹⁵ Esto se puede apreciar en los artículos 41, 42 N°4, 46 y 74 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas (LSA). Además, podemos agregar dentro del marco normativo de la obligación de informar a la Ley 18.045 de Mercado de Valores, la cual en sus artículos 9° y 10 exige que los emisores de valores de oferta pública proporcionen al público en general, con la periodicidad, publicidad y en la forma que la Comisión lo determine por norma de carácter general, toda información esencial.

¹¹⁶ Pfeffer Urquiaga, F. (2018, p. 321-322)

Asimismo, la Ley de Mercado de Valores establece conductas ilícitas que, además de configurarse como infracciones administrativas que pueden ser sancionadas por la CMF, pueden configurar infracciones de carácter penal (como por ejemplo los artículos 59, 60, 61 y 61 bis de la Ley de Mercado de Valores). Entonces, quienes omitan la entrega de información o divulguen información incompleta que pueda inducir a errores a quienes operan en el mercado, además de lo mencionado en el punto anterior pueden ser responsables en sede administrativa y penal.

- iii) Los directores y gerentes están además sometidos al control de los accionistas. Sabemos que el directorio tiene como función esencial el de administrar a la sociedad, pero dicha función y las facultades de administración que tienen los directores se encuentran limitadas por las facultades de administración que la ley o los estatutos confíen a la junta de accionistas, según lo señala el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas. De las facultades privativas de la junta de accionistas¹¹⁷ se desprende que se refieren a un verdadero control interno por parte de los accionistas al directorio. En caso de incumplimiento de las obligaciones que establece esta norma, además de las distintas responsabilidades que acarrea según lo visto anteriormente, no hay duda de que será objeto de reproche por parte de los accionistas dicha infracción a la diligencia debida y serán revocados de sus funciones.
- iv) El incumplimiento de las obligaciones de información que establece la Norma de Carácter General en comento se someterá, además, al control del mercado y al eventual reproche de los inversionistas. Como ya lo hemos dicho, la inversión focalizada en criterios ESG es un mercado en constante crecimiento, con más de 649.000 millones de dólares fluyendo hacia fondos centrados en ESG en todo el mundo en 2021, por encima de los 542.000 y 285.000 millones de dólares en 2020 y 2019, respectivamente¹¹⁸. Dado lo anterior, aquellas sociedades que no logren informar de manera clara o del todo incluso sus prácticas y políticas en materias ESG recibirán como castigo por parte del mercado no ser opciones llamativas para recibir financiamiento por parte de este nuevo perfil de inversionistas.

¹¹⁷ Como lo son, entre otras, designar y remover a los directores; designar y remover a los contralores permanentes de la administración: inspectores de cuentas y auditores externos; autorizar la distribución o capitalización de utilidades; fijar la remuneración de los directores; el artículo 57 N°4 en relación con el artículo 67 N°9 (enajenación del 50% o más del activo sociedad).

¹¹⁸ Pettingale, H., de Maupeou, S. y Reilly, P. (4 de abril, 2022). EU Taxonomy and the Future of Reporting [Publicación en un foro online]. Artículo publicado en <https://www.corpgov.law.harvard.edu/2022/04/04/eu-taxonomy-and-the-future-of-reporting/>

3 MANIFESTACIONES DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN EL DERECHO SECTORIAL

En el presente capítulo, nos abocaremos a hacer un estudio sobre la forma en que las prácticas de RSE han permeado nuestro ordenamiento, para ello, realizaremos un breve análisis de aquellas normas que a nuestro juicio resultan más relevantes para entender como el legislador ha incorporado en el derecho sectorial sus distintos, elementos, principios y prácticas.

3.1 Mercado de Valores y RSE

Como se ha adelantado en los capítulos anteriores, los entes reguladores del mercado se han encargado principalmente de la regulación en materia de RSE tanto en Chile como en el mundo. Esto hace sentido cuando sabemos que la regulación a los gobiernos corporativos, y en consecuencia de las materias ESG y de Responsabilidad Social Empresarial, han nacido como respuesta a crisis financieras y económicas. La respuesta regulatoria no ha sido de una única solución, por lo tanto, a lo largo de los años se han desarrollado varios tipos de sistemas de gobiernos corporativos para reducir la incidencia de las crisis empresariales y renovar la confianza de los inversionistas.

En este apartado nos dedicaremos, primero, a nombrar y describir brevemente los tipos de modelos regulatorios de la RSE. Si bien algo adelantamos de aquello en el capítulo anterior, creemos pertinente volver a ahondar en ciertos aspectos para comprender en que punto nos encontramos, lo que nos servirá para comprender de mejor forma la evolución que hemos enfrentado al pasar de las NCG 341 de 2012 y NCG 385 de 2015 de la SVS, las cuales fueron de carácter autorregulatorio, para llegar finalmente a la NCG 461 de 2021 dictada por la CMF, que como vimos en el capítulo anterior, cambió el modelo de gobierno corporativo de uno de autorregulación a uno de regulación, centrado en la divulgación de información.

Posteriormente, finalizaremos este subcapítulo refiriéndonos en concreto a las últimas modificaciones del artículo 10 de la Ley N° 18.046 de Mercado de Valores (LMV), en específico a la derogación de los avances en obligaciones de información en materia ambiental ocasionada por la Ley N° 21.521 que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros (Ley FINTECH).

3.1.1 Modelos regulatorios “tradicionales” de la Responsabilidad Social Empresarial en el Mercado de Valores

Para comenzar este apartado nos remitiremos una vez más a la pugna entre autorregulación y regulación. Esta pugna, como se explicó anteriormente, se relaciona con las tesis contractualista e institucionalista en materia de gobiernos corporativos. Habiendo ya explicado brevemente las tesis en el capítulo primero, nos corresponde señalar ahora que la autorregulación y la regulación se relacionan con dichas tesis siendo la respuesta que dan éstas a cómo se debe regular a los gobiernos corporativos: mientras la tesis contractualista pone en manos de los empresarios la tarea de estructurar y definir sus propios gobiernos corporativos (cumpliendo con las leyes que el derecho y sobre todo el mercado les imponen), la tesis institucionalista, bajo su supuesto de que la autorregulación de la empresa no es suficiente para evitar crisis financieras y solucionar el problema de agencia existente entre los *shareholders* y *stakeholders*, cree en la necesidad de que haya además intervención y una respuesta regulatoria por parte del Estado. Lo anterior se aplica a la RSE por la inherente relación que según hemos estudiado, guarda con la teoría de gobiernos corporativos y las normas de buen gobierno. En este apartado profundizaremos sobre los modelos de autorregulación y regulación ya mencionados, para posteriormente mencionar y analizar un tercer modelo regulatorio basado en la divulgación de información (en inglés, modelos de *disclosure*).

a) Normativa obligatoria (Regulación o *command-and-control*)

Generalmente, se suele asociar a la regulación en materias ESG y en la RSE directamente con la escuela institucionalista y la visión que tiene ésta de que los mercados evolucionados y fuertes son aquellos con fuertes regulaciones. El desarrollo de los gobiernos corporativos y de la protección de todos los stakeholders con el mercado surge como consecuencia de crisis y escándalos financieros que tuvieron como consecuencia en muchos ordenamientos el desarrollo legislativo para prevenir su repetición. Como señala Anand (2005, pp. 7-8), en este modelo normativo el incentivo principal en el cumplimiento es el temor de las consecuencias que acarrea el “no cumplimiento”, por lo que es importante en este modelo, como se verá en el siguiente punto, que las penas del no cumplimiento sean onerosas y que exista un nivel adecuado de monitoreo, entre otras cosas.

b) Regímenes voluntarios (Autorregulación)

Los regímenes voluntarios en materias ESG se relacionan directamente con la escuela contractualista y con la visión tradicional de la inherente voluntariedad en la responsabilidad social empresarial, que ya hemos comentado. Cuando hablamos de autorregulación creemos que Vásquez la define apropiadamente como “aquella construcción de normas realizada por entidades privadas, dentro del ámbito de su libertad, con el objetivo de regular ciertos aspectos vinculados a su funcionamiento, que pueden incidir en su seguridad, solvencia, control de riesgos u otros elementos que se estimen relevantes” (2022, pp. 207-208). En el ámbito de la Responsabilidad Social Empresarial, entonces,

sería aquella decisión de una empresa de crear y/o adoptar prácticas o normas de gobierno corporativo y materias ESG y/o propias de responsabilidad social empresarial, agregando nosotros como elemento necesario que no exista una obligación legal (de carácter coercitiva) de hacerlo. La autorregulación puede efectuarse de varias maneras, pues si bien se centra en el marco de acción y las posibilidades de la empresa misma, el Estado puede intervenir en mayor o menor grado dependiendo de la manera utilizada. En ese sentido, nuestro trabajo divide la autorregulación en autorregulación propiamente tal (en inglés, *self-regulation*) y el modelo comentado ya varias veces en esta investigación llamado *comply or explain*.

Por un lado, el modelo de autorregulación propiamente tal o *self-regulation* es, en simple, la regulación que hace la empresa por su propia iniciativa y llevada a cabo por ella misma. No existe intervención del Estado ni en obligar a la empresa a implementar políticas o en incentivarla, incluso en este modelo el Estado puede no intervenir en el diseño de los estándares a considerar a la hora de diseñar las políticas u fijar los objetivos¹¹⁹, por lo que las empresas tenderán a mirar estándares internacionales o de organizaciones privadas que promuevan la RSE. En este modelo la empresa tiene total libertad y flexibilidad en la creación de normas o políticas, en la implementación de éstas, en el seguimiento y en su cumplimiento.

Por otra parte, como señala Wu (2021, p. 26), la autorregulación también puede manifestarse acorde al principio *comply or explain*. Este principio fue introducido por el *Cadbury Report* (1992) como una alternativa a la regulación de gobiernos corporativos mediante normas legales. Este principio se caracteriza a grandes rasgos por el cumplimiento voluntario por parte de las empresas de las disposiciones de una normativa o código recomendado y en caso de decidir no cumplir con éstas dar las explicaciones necesarias de dicho no cumplimiento. Como vemos, aunque sigue habiendo discernimiento para las empresas de si cumplir o no una norma o código de buenas prácticas, el no cumplimiento trae como consecuencia para la empresa divulgar la razón de por qué no se cumple. Es una forma de autorregulación con matices porque en este modelo será el ente regulador del mercado quien elaborará el cuestionario/código y analizará el cumplimiento de éste y las razones del no cumplimiento, pudiendo haber consecuencias en caso de que se informe el no cumplimiento con razones vagas, insuficientes o incluso si no se informara éste.¹²⁰

¹¹⁹ Sin embargo, es perfectamente posible que bajo este modelo el Estado pueda entregar a las empresas guías o códigos de buenas prácticas que ellas voluntariamente decidirán si cumplir o no con dichas normas.

¹²⁰ Sin perjuicio a ser un modelo que potencialmente puede prestar mucha utilidad, reiteramos lo señalado en el capítulo anterior, respecto a los deficientes resultados obtenidos en la implementación de un modelo de *comply or explain* por parte del regulador chileno en la implementación de las NCG 341 y 385 de la SVS.

c) Ventajas y desventajas de la regulación y autorregulación

Como se puede apreciar según lo dicho a lo largo de esta obra, la regulación de los gobiernos corporativos y, por ende, la implementación de prácticas de RSE puede variar según el modelo a utilizar. Sin perjuicio que estos regímenes no se encuentran en estado puro en ningún ordenamiento jurídico (y más bien, suele optarse por modelos híbridos que tenderán hacia un extremo u otro), de todas formas, surge la pregunta sobre cuál de estos dos modelos seguir.

La respuesta a dicha pregunta, por supuesto, dependerá de la visión seguida por el legislador en materia de gobiernos corporativos (los países que tienden a una visión contractualista preferirán la autorregulación versus los países que tienden a una visión institucionalista preferirán la técnica del *command-and-control*), pero también dependerá la respuesta del participante del mercado a quien se pretenda dar prioridad a la hora de otorgarle protección: mientras ciertos inversionistas y stakeholders preferirán un régimen de *command-and-control* porque la autorregulación no les garantiza que las empresas en su totalidad implementen las reformas necesarias que les aseguren un control adecuado de la administración y la actividad empresarial; otros inversionistas o controladores de las compañías podrían preferir un régimen de autorregulación, en el entendido de que si la mejora de sus prácticas de gobierno corporativo es beneficiosa y deseada, las empresas que compiten por financiamiento o un espacio en el mercado, las aplicarán voluntariamente, resultando ser innecesaria la respuesta regulatoria. Dado que la respuesta a qué régimen es mejor o más recomendable tiene una significativa carga no sólo política sino derechamente subjetiva, podemos analizar cuáles son las ventajas y desventajas de cada régimen, que es lo que haremos en este punto.

i. Ventajas de la regulación

- i) Estándares mínimos: Una gran ventaja de los regímenes de *command-and-control* es que le permite a los Estados establecer estándares mínimos a los que deben adherir las empresas. Sin una regulación prescriptiva, los directores y gerentes pueden apartarse de las normas de las mejores prácticas de gobierno corporativo debido a una preferencia por transacciones y acuerdos más adecuados a sus propios intereses. Si bien los inversionistas no están inequívocamente mejor protegidos por un sistema de regulación, el Estado con esta técnica normativa será capaz de lograr los objetivos de protección a inversionistas que se proponga de manera directa porque los participantes del mercado estarán compelidos a cumplir y en caso de no hacerlo deberán enfrentarse a las penas reguladas por el ordenamiento jurídico. Al contrario, los regímenes puramente autorregulatorios no ofrecen garantías de que se cumplirán los estándares mínimos de gobierno corporativo que los Estados pretenden que

se implementen, por ejemplo, a través de códigos de buenas prácticas, directrices, guías de implementación o cualquier otro ejemplo de normas voluntarias y de soft-law.

- ii) Nivel de cumplimiento: Como se dio a entender anteriormente, una de las mayores ventajas de la regulación vía *command-and-control* son los niveles de cumplimiento que puede alcanzarse. Al respecto, es importante comenzar mencionando que mientras más onerosas sean las sanciones por el no cumplimiento, mayor será el cumplimiento, pues el temor de las consecuencias que conlleve el no cumplimiento es el principal incentivo en este régimen¹²¹. Además, si el régimen lleva varios años implementado y los participantes en el mercado conocen las "reglas del juego", incluidas las sanciones en caso de incumplimiento, el régimen mostrará consistencia. Debido a este amplio cumplimiento, el régimen jurídico también tiene cierta previsibilidad.
- iii) El argumento de este régimen es que una vez implantado, el número de participantes del mercado que se desvíen del mismo será mucho menor que el de los que lo cumplan. Por lo tanto, los índices de cumplimiento a lo largo del tiempo en un régimen obligatorio son tanto coherentes como predecibles.
- iv) No sólo el nivel de cumplimiento es la mayor ventaja de este régimen, además, es una de las mayores desventajas en los regímenes de autorregulación. Si el Estado establece una serie de directrices o buenas prácticas que deben seguirse, no hay garantía de que los participantes del mercado las respeten, ya que no son obligatorias y no se impone ninguna sanción a quienes no las cumplan. Además, los índices de cumplimiento son inconsistentes. Esto puede ocasionar otros costos asociados a un sistema voluntario, incluidos los costos de información en que incurren los inversionistas para determinar las prácticas de gobernanza de la empresa y evaluarlas en relación con las prácticas de otras empresas. Como se ha señalado, las normas obligatorias alcanzan su objetivo de forma más directa: Si el Estado quiere alcanzar un determinado objetivo, sólo tiene que establecer las normas legales y la población en general las seguirá, con pocas desviaciones. Además, las recientes crisis de grandes empresas en todo el mundo han demostrado que la autorregulación no es suficiente, que se ha "abusado" de ella y que puede ser necesaria una regulación más estricta¹²². Pero ¿es necesariamente la respuesta aumentar la regulación? Realmente no es del todo preciso afirmar que el cumplimiento sea bajo, o que no aumente, bajo un régimen voluntario. Aunque los regímenes voluntarios son menos directos, sí pueden fomentar el cumplimiento,

¹²¹ Anand, A.I. (2005, pp. 7-8)

¹²² Zadkovich, J. (2007, p. 32)

eso sí a largo plazo. A medida que más y más empresas adopten prácticas de gobierno corporativo con el tiempo, estas prácticas voluntarias se convertirán en la norma entre la mayoría de las empresas. Esto se conoce como el "efecto bola de nieve".

- v) Costo a inversionistas: Las normas obligatorias no son algo ajeno al derecho corporativo, al contrario, en la regulación del derecho corporativo existen normas de materias esenciales a regular en los distintos ordenamientos jurídicos tales como aquellas relacionadas a los proceso de constitución y modificación de una sociedad, los quórum de aprobación en juntas de accionistas y sesiones de directorio y las facultades de los representantes legales para actuar y contratar en nombre de la compañía. Este tipo de normas obligatorias tienen por objeto proteger a los inversionistas y mantener un proceso discernible y aparentemente justo para la toma de decisiones corporativas.
- vi) Las normas obligatorias relativas a la divulgación de información pueden ser especialmente útiles para los inversionistas desinformados y poco sofisticados, y servirán de escudo para estos inversionistas contra las asimetrías de información a las que están sujetos. Es por lo anterior que una ventaja de los regímenes obligatorios es que disminuye los costos de información a los inversionistas, principalmente al momento de evaluar la fuerza y solidez de la gobernanza en una empresa, pues esta labor será más sencilla en la medida que las prácticas se basen en los mismos parámetros de referencia. Por el contrario, en un sistema de autorregulación, las empresas son libres de establecer sus propios parámetros de referencia y los inversionistas tienen menos certeza de que la empresa esté cumpliendo con las directrices.

ii. Ventajas de la autorregulación

Por su parte, las ventajas de la regulación se encuentran principalmente enfocadas en la flexibilidad a la hora de definir las políticas más adecuadas en torno al desarrollo de la actividad de la compañía, la reducción de costos al Estado en atención a dejar esto a la autonomía de privados y la reducción de costos a las empresas.

- i) Flexibilidad para las empresas: Una de las principales características de los regímenes de autorregulación es su flexibilidad. Los mercados de capitales y valores están constituidos por empresas de diferentes tamaños y tipos. Debido a esto, las distintas empresas preferirán regímenes de gobernanza que se adapten a sus propias características individuales. La flexibilidad en el diseño e implementación de las prácticas de gobierno corporativo de una empresa es importante y debe ser considerada al momento de regular para analizar si es razonable la normativa a implementar atendiendo el tamaño de las empresas y sus tipos

societarios. No cabe duda de que las empresas tratarán de establecer un régimen de gobernanza eficiente para sus propias realidades. Esto no significa que no adoptarán ninguna medida de gobernanza, sino que permitirán que el mercado dicte las prácticas de gobernanza según sea necesario. Se dejarán llevar por la demanda de los inversionistas, y, posiblemente, por la presión de su competencia, más que por las normas legales prescritas. Esta es una de las razones por las que los reguladores deben centrarse no sólo en la protección de los inversionistas, sino también en la eficiencia que puede lograrse mediante una regulación que sea rentable. En consecuencia, la flexibilidad de un régimen de gobierno corporativo es importante tanto para las empresas como para los reguladores, ya que a ambos les interesa un régimen que sea rentable. A la inversa, los regímenes obligatorios tienen como desventaja ser inflexibles, pues el Estado establece no sólo el objetivo que debe alcanzarse, sino también los medios para lograrlo. Ya se ha mencionado que una de las ventajas de los regímenes de estilo *command-and-control* es el nivel de cumplimiento que pueden alcanzar. Sin embargo, incluso bajo los regímenes obligatorios las empresas pueden optar por absorber los costos de su incumplimiento en vez de cumplir la ley. Por supuesto, la decisión de una empresa de absorber los costos del incumplimiento estará relacionada con el tipo de sanciones que se impongan en caso de infracción, así como con la rigurosidad en que se apliquen dichas sanciones. Si las sanciones legales son bajas o la aplicación de sanciones es laxa, el incumplimiento es una opción viable. Por todo lo expuesto es que la eficacia de las sanciones en un régimen obligatorio es algo cuestionable. En consecuencia, si un régimen menos rígido puede lograr un nivel equivalente de protección de los inversionistas a un costo menor para las empresas, esta alternativa debería explorarse.

- ii) Costo a Estado: Una gran desventaja de los regímenes obligatorios es que, si bien pueden ser muy rentables para los inversionistas, pueden a su vez ser bastantes costosos para el Estado. Al aplicar un régimen de gobernanza, el Estado asumirá los costos de diseño del régimen, los costos de aplicación y los costos de ejecución. Los costos de aplicación incluyen los costos de monitoreo del mercado para detectar abusos. Si bien muchos de estos costos, aunque no todos, existirían también en un régimen voluntario, dos costos en particular se reducirán (aunque no necesariamente se eliminarán) en la estructura voluntaria. El primero de estos son los costos de ejecución/*enforcement* del Estado (el segundo son los costos para las empresas y emisores que se tratarán a continuación). Sin duda, en cualquier sistema de regulación los costos de aplicación pueden ser significativos (por ejemplo, respecto al Estado sería cuánto de su presupuesto gastará en la aplicación y ejecución). Pero, si existe un código puramente voluntario, el Estado asumirá los costos de diseño y de

implementación de la política, mas no los costos de ejecución y vigilancia del mercado, además de que éstos no serán tan elevados. Es cierto que el regulador seguiría teniendo la función de garantizar que las empresas divulguen de forma completa, veraz y clara todos los hechos materiales señalados en la política. Sin embargo, cuando no exista un mandato para la implementación de prácticas de gobernanza y no exista el correspondiente remedio para el incumplimiento de las prácticas de gobernanza per se, los costos de ejecución serán menores que si existiera el mandato y el remedio correspondiente.

- iii) Costo a empresas: El segundo costo asociado a un régimen obligatorio que se reduce en un régimen voluntario es el costo a las empresas. Los costos para las empresas surgen de la supervisión y evaluación de sus propias prácticas (por ejemplo, revisiones de control interno); la implementación de nuevas estructuras de gobierno; la producción de reportes y documentos cuya información deba divulgarse; y, la distribución de la divulgación. Puede haber costos ocultos que surjan ex post de la implementación de la estructura obligatoria, como el aumento de las primas de seguros para los directores o funcionarios que están obligados a certificar los estados financieros. Los costos que ciertamente disminuirían bajo un régimen voluntario incluyen los costos internos de la administración, o los costos internos que una empresa soportaría para organizarse a fin de cumplir con una norma legal. La administración de una empresa también incurrirá en costos significativos no sólo para establecer y mantener los controles internos, sino también para redactar y publicar la información adecuada. Estos costos no se producirían necesariamente en una estructura voluntaria, ya que las empresas deciden en qué costos desean incurrir y cuándo.

En general, es probable que los costos para las empresas en un régimen voluntario sean menores que los costos en un régimen obligatorio, principalmente debido a la reducción de los costos de cumplimiento ya mencionados. Las ventajas de un sistema obligatorio, como vimos antes, son el establecimiento de normas y estándares mínimos, mayores niveles de cumplimiento y la reducción de los costos de información para los inversionistas. Sin embargo, éstas también podrían ser ventajas en un régimen voluntario. Por ejemplo, los costos de información pueden ser relativamente bajos para los inversionistas cuando existe una lista recomendada de mejores prácticas. En este caso, el código voluntario puede desempeñar la misma función que una normativa obligatoria estándar al establecer lo que las autoridades reguladoras considerarán como normas mínimas de "buen comportamiento". Además, incluso en un régimen voluntario no estaría asegurado completamente el cumplimiento, ya que las empresas pueden básicamente no temer a las sanciones por incumplimiento. Más bien, podrían simplemente ignorar la ley y absorber los costos del incumplimiento. Si la empresa funciona bien, los

inversionistas estarán satisfechos con el precio de las acciones, y las desviaciones de las normas de gobierno corporativo probablemente tendrán una importancia secundaria para ellos. A menos que la sanción sea estricta, el incumplimiento es una opción real para las empresas que están obteniendo buenos resultados.

No obstante lo anterior, y en atención a las notables ventajas ofrecidas por cada uno de los modelos, que de todas maneras, se encuentran lejos de ser perfectos, es que nace una suerte de tercera vía, la de los modelos de divulgación de información o modelos de *disclosure*.

3.1.2 Modelos de divulgación de información o de disclosure de la Responsabilidad Social Empresarial en el Mercado de Valores

Como hemos desarrollado a lo largo de esta investigación y en el punto anterior, tanto los regímenes voluntarios como los obligatorios tienen sus pros y sus contras, ante lo cual, otra alternativa que ha ayudado a zanjar la discusión es optar por una “tercera vía”, una tercera técnica regulatoria por la cual se ha optado principalmente en razón de su costo-eficiencia, pues reduce tanto los costos de un régimen obligatorio como un régimen voluntario.

Esta técnica regulatoria, según señala Fasterling (2012, p. 73), consiste en modelos de divulgación de información o *disclosure*. El *compliance disclosure* es una técnica regulatoria relativamente reciente en la que, en general, se obliga a las empresas a divulgar en qué medida cumplen códigos, "normas de buenas prácticas" u otros textos extralegales que contengan normas o normas prospectivas. Sin embargo, podemos también identificar como parte de esta técnica a toda divulgación, ya sea de manera voluntaria o por requerimiento del ordenamiento jurídico, que sea de interés para los *stakeholders* y el mercado en general.

Es en este ámbito donde nos interesa esta alternativa regulatoria, pues, como señala Fasterling (2012, p. 73) las materias en donde podemos ver su mayor aplicación y uso son justamente en la legislación sobre valores y en el derecho corporativo, donde por supuesto se incluye la regulación de los gobiernos corporativos y las materias de RSE y ESG. A continuación, explicaremos brevemente las formas en la que se presenta esta normativa.

a) Divulgación voluntaria (*voluntary disclosure*)

La divulgación voluntaria es aquella realizada por la empresa sin que exista una norma que la requiera a hacerlo. Puede parecer extraño que una empresa elija publicar su información sin haber una obligación legal, y la explicación a esta voluntad de una empresa de hacer pública su información y hechos relevantes obedece principalmente a la figura del inversionista.

A nivel general, el deseo de las empresas de disuadir a los inversionistas de devaluarlas supone un importante incentivo para revelar información voluntariamente. Los directores y administradores pueden llegar a pensar que en caso de ocultar información los inversionistas concluyan que se trata de malas noticias (esto se conoce como la hipótesis de "ninguna noticia es una mala noticia") y que aumente el "ruido" o sospechas del mercado. Como resultado, el costo esperado de que los inversionistas deprecien el valor de la empresa es tan alto que llevará al directorio a concluir que conviene más revelar la información. Por lo tanto, la divulgación ayuda a evitar la devaluación de la empresa por parte del mercado.

Siguiendo el análisis realizado por Anand (2005, pp. 22-23) respecto a si la omisión de información en materia de gobiernos corporativos puede devaluar el valor de la empresa es también una gran posibilidad. Los inversionistas pueden llegar a pensar que la falta de información del gobierno corporativo de una empresa tiene que ver con una mala estructura o calidad de su gobierno, sobre todo si la empresa ha sido objeto de investigaciones relacionadas con su gobierno corporativo en el pasado o si ha tendido a no revelar al mercado sus acontecimientos internos. Sin embargo, no podemos obviar que una gran preocupación del inversionista es financiera, por lo que probablemente habrá un menor incentivo a preocuparse de información relevante en materias de gobierno corporativo o de sustentabilidad si la empresa tiene un buen rendimiento y un gran porcentaje de retorno en la inversión.

Señala que otro gran desincentivo de estos regímenes es que los emisores siempre tienen un incentivo para revelar sólo la cantidad mínima de información que están obligados a revelar y serán reacios a revelar información que pueda ser vista por el mercado como "malas noticias". La presión del mercado para divulgar será débil si la competencia de un emisor decide no divulgar tal información. Por lo tanto, es posible que los inversionistas no puedan confiar en el comportamiento voluntario con respecto a estas noticias (a menudo cruciales).

Existe a la vez un problema de credibilidad con la información divulgada por la probabilidad de que los directores hagan declaraciones voluntarias autocomplacientes, y revelen únicamente la información que más les favorezca.

b) Divulgación obligatoria (mandatory disclosure)

La divulgación obligatoria consiste en que la adopción de normas o prácticas de gobernanza es opcional, pero la divulgación de información es obligatoria, en específico, de si se implementan o no dichas normas/prácticas o de información/hechos relevantes de la empresa en la cual puedan tener interés los inversionistas y/o el mercado en general.

Primero, este régimen pese a tener su elemento de voluntariedad en el cumplimiento puede incluso fomentarlo: si una empresa sabe que el mercado vigila sus prácticas de gobierno corporativo, tendrá un mayor incentivo para cumplir las directrices voluntarias que los inversionistas consideran deseables. Además, la divulgación obligatoria también aporta a los inversionistas una cierta cantidad mínima de información en la que puedan basar sus decisiones de inversión, atacando el problema clásico de la asimetría de información entre el inversionista y el emisor.

Según Anand (2005, pp. 38-39), la divulgación obligatoria sirve para reducir el impacto adverso de la asimetría de la información en los mercados de capitales. También controla otras variables, como el momento, el lugar y la forma de la divulgación. En otras palabras, garantiza que la información se transmitirá a los inversionistas de forma estandarizada. De hecho, la divulgación obligatoria de información es, quizás, uno de los aspectos más importantes del desarrollo del gobierno corporativo porque proporciona transparencia y, por lo tanto, permite a los inversionistas tomar decisiones plenamente informados.

Respecto a la disputa planteada en esta investigación entre la regulación y la autorregulación, se podría argumentar que la obligación a revelar información, cuando no se hace, debe conllevar sanciones y que, por lo tanto, el sistema sería obligatorio. Y si bien es cierto que la obligación de informar requiere algún tipo de acción pública, los costos para el Estado (o el regulador) de garantizar que la divulgación sea adecuada son, sin duda, menores que los costos de monitorear si una empresa ha cumplido con las normas de gobierno corporativo en todos los ámbitos. El regulador sigue teniendo un papel que desempeñar a la hora de garantizar que la información divulgada es exacta, pero los costos de este proceso son probablemente menores que los costos de examinar los regímenes de gobierno de las empresas en su conjunto.

Así pues, lo que aquí sostenemos es que una estructura parcialmente obligatoria reduce, pero no elimina, la necesidad de que los reguladores lleven a cabo actividades de supervisión y aplicación. Ahora bien, en este tipo de normativa se repite una de las problemáticas de la regulación obligatoria, relativa a la posibilidad de que no se cumpla con la obligación de informar y de cómo lograr que el Estado pueda asegurar el cumplimiento.

Para empezar, se trata de un problema que afecta no sólo a los regímenes con aspectos obligatorios, sino a la regulación de los mercados de capitales en general: ¿Cómo garantizará el Estado que quienes no cumplen la ley sean sancionados por los abusos de mercado que cometen? El problema no radica sólo en el aspecto obligatorio de la divulgación de información del régimen de gobernanza, sino además en la aplicación de las infracciones del mercado de valores en general. Además, la cuestión está relacionada con la severidad de las sanciones por incumplimiento. Si las empresas no cumplen

porque les resulta más rentable asumir la sanción por incumplimiento, es evidente que la sanción en sí no es lo suficientemente severa.

En cualquier caso, siguiendo lo dicho por Anand (2005, p. 42) cada vez son más las empresas que cumplen con la obligación de divulgar información relativa a las prácticas de gobierno corporativo. Por lo tanto, la amenaza de incumplimiento de la obligación de divulgación no parece ser un inconveniente importante para su aplicación.

En síntesis, estimamos que, dentro de las diversas maneras de regular el mercado de valores, y en específico a los gobiernos corporativos y las materias relativas a la RSE, el modelo de divulgación obligatoria se erige como un mecanismo óptimo al momento de decidir qué técnica normativa utilizar. Partiendo desde lo básico, el modelo de divulgación obligatoria surge desde la creencia de que no basta con la “mano invisible”, la propia regulación del mercado o incluso la autorregulación (tal como pudimos ver en el segundo capítulo, que en nuestro ordenamiento fue un fracaso y no logró su cometido) para fomentar el cumplimiento de un código voluntario de prácticas de gobierno corporativo, debido a la probabilidad de que las empresas sólo divulguen información positiva si la divulgación no es obligatoria (el ya mencionado “problema de la credibilidad”).

Creemos que la divulgación obligatoria proporciona transparencia, creando igualdad de condiciones entre los inversionistas en cuanto a la información que tienen sobre las prácticas de gobiernos corporativos y de la empresa. Así pues, el escaso cumplimiento combinado con el problema de la credibilidad constituye un inconveniente importante de un sistema voluntario, mientras que los diversos costos de un régimen obligatorio son una desventaja significativa de dicho tipo de régimen.

Un régimen óptimo, según Anand (2005, p. 44), sería aquel que reconociera la necesidad de protección de los inversionistas, por un lado, y la necesidad de flexibilidad de los emisores, por otro. La estructura parcialmente obligatoria (o de divulgación obligatoria) responde a estas dos problemáticas, y a su vez disminuye la necesidad de sanciones por incumplimiento (una característica principal del sistema obligatorio) porque la propia divulgación es obligatoria, obligando a las empresas a cumplir las directrices voluntarias o sufrir el rechazo de los inversionistas. No tenemos dudas, entonces, de que las ventajas de este sistema fueron tomadas en cuenta por nuestra Comisión para el Mercado Financiero al momento de dictar la Norma de Carácter General número 461 y decidir superar el régimen de autorregulación antes imperante para instaurar un modelo de divulgación obligatoria.

3.1.3 Modificación al artículo 10 de la LMV, Ley 21.455 y Ley 21.521

En este subcapítulo analizaremos una de las mayores modificaciones que se han hecho en la regulación del mercado de valores chileno respecto a la RSE y materias ESG. El artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, relativo a la obligación de informar de las entidades inscritas en el Registro de Valores, gracias a la Ley N° 21.455 denominada “Ley Marco de Cambio Climático”, publicada con fecha 13 de junio del año 2022, pasó a hacer expresa referencia a la necesidad de las entidades inscritas de proporcionar a la Comisión para el Mercado Financiero y al público en general información referida a los impactos ambientales y de cambio climático de dichas entidades¹²³. Esta modificación fue incluida en el proyecto de ley vía indicación del expresidente Sebastián Piñera en Primer Trámite Constitucional y desde entonces contó con el apoyo unánime de ambas cámaras. Nos parece que haber incluido una obligación de información de manera expresa ya no en las Normativas de Carácter General sino directamente en una norma de rango legal demuestra el creciente interés de incorporar a las materias ESG en el ámbito financiero y dotarlo de un componente sustentable, además de ser una muestra de que dicho compromiso es transversal entre las instituciones. Podemos una vez más apreciar con esta modificación la evolución que ha tenido la regulación de la RSE en Chile, en donde sostenemos en esta investigación que de la autorregulación se pasa a regular mediante

¹²³ El texto modificado por la Ley N° 21.455 del Artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores señalaba que: “Las entidades inscritas en el Registro de Valores quedarán sujetas a esta ley y a sus normas complementarias y deberán proporcionar a la Comisión y al público en general, la información exigida por esta ley y por la Comisión, de conformidad a una norma de carácter general emitida por esta última. Dicha norma deberá exigir, a lo menos, información referida a los impactos ambientales y de cambio climático de las entidades inscritas, incluyendo la identificación, evaluación y gestión de los riesgos relacionados con esos factores, junto a las correspondientes métricas. La Comisión deberá especificar la forma, la publicidad y la periodicidad de la información a entregar por parte de las entidades inscritas, la que al menos será anual. En la elaboración de la citada normativa, la Comisión considerará estándares o recomendaciones nacionales o internacionales sobre la materia.

Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, las entidades comprendidas en él deberán divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna todo hecho o información esencial respecto de ellas mismas y de sus negocios en el momento en que éste ocurra o llegue a su conocimiento.

El directorio o administrador de cada entidad deberá implementar políticas, procedimientos, sistemas y controles con el objeto de asegurar dicha divulgación y evitar que se filtre información esencial mientras no haya ocurrido la referida divulgación.

La Comisión, mediante norma de carácter general, establecerá los requisitos y condiciones que deberán cumplir las políticas, procedimientos, sistemas y controles a que se refiere el inciso anterior.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio podrá darse el carácter de reservado a ciertos hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social. Tratándose de emisores no administrados por un directorio u otro órgano colegiado, la decisión de reserva debe ser tomada por todos los administradores.

Las decisiones y acuerdos a que se refiere el inciso anterior deberán ser comunicados a la Comisión al día siguiente a su adopción por los medios tecnológicos que habilite la Comisión.

Los que dolosa o culpablemente califiquen o concurran con su voto favorable a declarar como reservado un hecho o antecedente, de aquellos a que se refiere el inciso tercero de este artículo, responderán en la forma y términos establecidos en el artículo 55 de esta ley”.

obligaciones de información. Por todo lo dicho anteriormente es que consideramos un hito muy importante para la regulación del mercado de valores esta modificación. O al menos así pensábamos antes del suceso que explicaremos a continuación.

Con fecha 4 de enero de 2023, fue realizada la última modificación al artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores con motivo de la dictación de la Ley N° 21.521 que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros (Ley FINTECH). Esta modificación trae un problema enorme, pues no considera la modificación realizada al inciso primero artículo 10 de la Ley 18.045 por la Ley Marco de Cambio Climático mencionada anteriormente. En efecto, el nuevo texto legal omite toda referencia a la obligación de informar los impactos ambientales y de cambio climático¹²⁴, omisión que no fue tomada en cuenta durante todo el proceso legislativo teniendo por resultado la derogación de las obligaciones señaladas en la Ley Marco de Cambio Climático. Sin embargo, esta modificación es de aquellas disposiciones que, según la Ley FINTECH, requieren normas de implementación de la Comisión para el Mercado Financiero, por lo tanto, comenzará a regir desde la entrada en vigencia de dicha normativa de implementación, la cuales hasta la fecha de esta investigación no se han dictado.

¹²⁴ El más reciente texto del Artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, modificado por la Ley FINTECH, señala que: “Las entidades cuyos valores se encuentren inscritos en el Registro de Valores quedarán sujetas a esta ley y a sus normas complementarias y deberán proporcionar la información que establece la ley a la Comisión y al público en general con la periodicidad, publicidad y en la forma que la Comisión determine por norma de carácter general.

Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, dichas entidades deberán divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna, todo hecho o información esencial respecto de ellas mismas y de sus negocios al momento que él ocurra o llegue a su conocimiento.

El directorio o administrador de cada entidad deberá implementar políticas, procedimientos, sistemas y controles con el objeto de asegurar dicha divulgación y evitar que se filtre información esencial mientras no haya ocurrido la referida divulgación.

La Comisión, mediante norma de carácter general, establecerá los requisitos y condiciones que deberán cumplir las políticas, procedimientos, sistemas y controles a que se refiere el inciso anterior.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio podrá darse el carácter de reservado a ciertos hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social. Tratándose de emisores no administrados por un directorio u otro órgano colegiado, la decisión de reserva debe ser tomada por la unanimidad de los administradores.

Las decisiones y acuerdos a que se refiere el inciso anterior deberán ser comunicados a la Comisión al día hábil siguiente a su adopción por los medios tecnológicos que habilite la Comisión.

Los que dolosa o culpablemente califiquen o concurran con su voto favorable a declarar como reservado un hecho o antecedente, de aquellos a que se refiere el inciso tercero de este artículo, responderán en la forma y términos establecidos en el artículo 55”.

Habiendo perdido el legislador la oportunidad de subsanar este error en el proceso legislativo de la Ley FINTECH, esperamos que, la todavía vigente al momento de esta investigación, modificación al Artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores signifique un aumento en la información disponible al mercado de impactos ambientales y mayor transparencia en dicho ámbito. También esperamos que la Norma de Carácter General 461 de la CMF sea exitosa en su pretensión de divulgación de información relativa al medioambiente, pues de no ser así, estimamos necesario volver a elevar a rango de ley dicha obligación de informar.

3.2 Derecho Ambiental

La RSE tiene un papel fundamental en la protección del medio ambiente. Las empresas son actores clave en la economía y, por lo tanto, tienen un impacto significativo en el entorno. Por lo mismo, las empresas pueden contribuir a la conservación de los recursos naturales y a la mitigación del cambio climático.

En el ámbito medioambiental, la RSE se centra principalmente en la realización de planes de prevención, mitigación, reparación y compensación de los impactos ambientales negativos que las empresas puedan generar.

3.2.1 Regulación.

Como hemos apreciado en este capítulo, ha habido una evolución en cuanto a extender a la regulación de distintas áreas del derecho normas relativas a materias ESG. Naturalmente, este fenómeno ocurre también en el Derecho Ambiental.

Siendo los asuntos ambientales una de las grandes preocupaciones de la responsabilidad social empresarial, por el daño ambiental que puede causar su actividad económica, el legislador ha dictado normativas que, por un lado, les permitan a las empresas asumir compromisos supraliberales, y por otro, extender su responsabilidad en daños ambientales provocados por éstas. A continuación, mencionaremos aquellas normas que nos parecen ser las más importantes a la hora de vislumbrar el fenómeno regulatorio de la responsabilidad social empresarial en el Derecho Ambiental.

a) Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente

La LBGMA fue promulgada el 1 de marzo de 1994, en respuesta a la necesidad de desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente en cumplimiento de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República (en adelante “CPR”).¹²⁵

En principio, estas normas no resultaron suficientes para dar una protección efectiva al medioambiente, por lo que dicha norma fue modificada por la Ley N°20.417 que crea el Ministerio, el Servicio De Evaluación Ambiental (en adelante el “SEA”) y la Superintendencia del Medio Ambiente, con el fin de robustecer el sistema de protección mediante de la creación de instituciones con potestades de fiscalización claras.¹²⁶

De acuerdo a la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, para que un EIA sea aprobado, además de dar cumplimiento a la normativa de carácter ambiental, debe hacerse cargo de los impactos significativos que éste genere o presente, a través de medidas de mitigación, reparación y/o compensación apropiadas¹²⁷.

Luego, la normativa ambiental distingue entre tipos de medidas, en función de su alcance y objetivos. Así, el Reglamento del SEIA define, en primer lugar, las medidas de mitigación, como aquellas que “tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución”. En tal sentido, el Reglamento del SEIA agrega que pueden referirse a: i) medidas que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, mediante una adecuada limitación o reducción de la extensión, magnitud o duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes; ii) medidas que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo mediante medidas tecnológicas y/o de gestión consideradas en el diseño, o; iii) medidas que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo mediante medidas tecnológicas y/o de gestión consideradas en el diseño. Las medidas de reparación, por su parte, “tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al impacto

¹²⁵ Art. 19 N° 8 de la CPR: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;”

¹²⁶ En el Mensaje Presidencial N°352-356 de la Presidenta Michelle Bachelet que da inicio a dicho proyecto, se advierte que es necesario rediseñar el sistema vigente hasta esa fecha, y se recalca como una de las deficiencias de este, la falta de participación ciudadana.

¹²⁷ La normativa establece la obligación de presentar medidas solamente respecto de los proyectos que deben someterse al SEIA vía EIA. En consecuencia, el artículo 18°, letra i), del Reglamento del SEIA dispone que dentro del contenido mínimo de los EIA, se debe incluir un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación, el que describirá y justificará las medidas que se adoptarán para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos del proyecto o actividad.

sobre dicho componente o elemento o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”. Finalmente, las medidas de compensación son aquellas que “tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar”, y que pueden incluir, entre otras, “la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función”.

El contenido de responsabilidad social empresarial en esta normativa es la propuesta que hace el titular del proyecto respecto a estas, pues si bien la Ley N°19.300 y el Reglamento del SEIA establecen el lugar donde deben ejecutarse, no especifican qué medidas específicas de mitigación, compensación y reparación deberán aplicarse, teniendo esta obligación un fuerte carácter discrecional entre la medida específica a utilizar, generalmente propuesta por el titular del proyecto y que ésta sea apropiada para el impacto, que será definido por la autoridad. Además, la normativa ambiental respecto a estos planes y medidas dota a las empresas de un componente de participación con los *stakeholders*. Primero, respecto a la legitimación y oportunidad de la presentación de estas, pues si bien las ofrece el titular, y la autoridad las puede definir en varios momentos de la evaluación del impacto ambiental, la comunidad puede proponerlas al formular observaciones dentro del procedimiento (aunque no las puede imponer). Segundo, al permitirle a las empresas establecer negociaciones con los interesados respecto a estas medidas. Si bien no serán vinculante estas negociaciones para la calificación ambiental del proyecto o actividad, creemos que la oportunidad de establecer negociaciones con los interesados en el proyecto permite satisfacer la necesidad de adecuación de las medidas al tomar en cuenta el criterio de éstos.

b) Ley N°21.595 sobre Delitos Económicos y Medioambientales

La Ley N°21.595 sobre Delitos Económicos y Medioambientales (en adelante la LDEyMA), fue publicada el 17 de agosto de 2023, y tuvo su origen en mociones refundidas correspondientes a los boletines 13.204-07 y 13.205-07.

Si bien en esta norma podremos encontrar muchísimas manifestaciones en materia medioambiental y en otras ramas del derecho sectorial, que podrían considerarse manifestaciones de RSE, nos detendremos en este punto, en el enfoque de la reparación.

En este sentido, la LDEyMA a través de su artículo 48, modifica diversos cuerpos legales, entre ellos, el Código Penal al incorporar el artículo 311 ter. Esta norma dispone que “(...) el tribunal podrá apreciar la concurrencia de una atenuante muy calificada conforme al artículo 68 bis cuando el hechor repare el daño ambiental causado por el hecho”, con la excepción de aquellas circunstancias consideradas en el artículo 310 del Código Penal.

Estas circunstancias comprenden a aquellos que afectaren “(...) gravemente uno o más de los componentes ambientales de una reserva de región virgen, un parque nacional, un monumento natural, una reserva nacional o un humedal de importancia internacional (...)”. Adicionalmente, tampoco podrán optar por esta atenuante muy calificada aquellos que “(...) infringiendo una resolución de calificación ambiental o sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental estando obligado a ello, afectare gravemente un glaciar.”.

c) Gastos en materia ambiental

Según señala el SII en su Circular N° 53 de 2020, luego de la modificación de la LIR a partir de la Ley N°21.210, el artículo 31 permite en su número 13 inciso 4° deducir los “gastos o desembolsos incurridos con motivo de exigencias, medidas o condiciones medioambientales impuestas para la ejecución de un proyecto o actividad, contenidas en la resolución dictada por la autoridad competente que apruebe dicho proyecto o actividad de acuerdo a la legislación vigente sobre medio ambiente”. Es decir, se refiere a los casos de gastos o desembolsos obligatorios en conformidad a la legislación en materia medioambiental.

Por otra parte, el párrafo segundo del N° 13, consagra las siguientes dos hipótesis adicionales de gastos o desembolsos tributariamente aceptados, que recogen situaciones de desembolsos voluntarios, en el sentido que van más allá de las exigencias medidas o condiciones impuestas por la legislación en materia ambiental.

- i) En primer lugar, están aquellos en que el titular incurra con ocasión de compromisos ambientales incluidos en el estudio o en la declaración de impacto ambiental, respecto de un proyecto o actividad que cuente o deba contar, de acuerdo con la legislación vigente sobre medio ambiente, con una resolución dictada por la autoridad competente que apruebe dicho proyecto o actividad.
- ii) En segundo lugar, están aquellos efectuados en favor de la comunidad y que supongan un beneficio de carácter permanente, tales como gastos asociados a la construcción de obras o infraestructuras de uso comunitario, su equipamiento o mejora, el financiamiento de proyectos educativos o culturales específicos y otros aportes de similar naturaleza.

En ambos casos, señala el SII, que la Ley exige que los gastos o desembolsos deban constar en un contrato o convenio suscrito con un órgano de la administración del Estado.

En el primer caso, los gastos o desembolsos (además de constar en un contrato o convenio suscrito con un órgano de la administración del Estado) deben cumplir las siguientes exigencias:

El primero, es que el contribuyente debe ser titular de un proyecto o actividad aprobada mediante resolución dictada por la autoridad competente; y,

El segundo, es que el gasto o desembolso debe efectuarse con ocasión de compromisos ambientales incluidos en el estudio o en la declaración de impacto ambiental del proyecto o actividad que cumpla el requisito anterior.

Como se aprecia, los gastos o desembolsos forman parte de compromisos ambientales incluidos en la evaluación que realiza la autoridad competente para el respectivo proyecto o actividad, y no solo un acuerdo suscrito con el órgano de la administración del Estado que el contribuyente determine.

Por otra parte, en el caso ii) precedente, estos gastos o desembolsos (además de constar en un contrato o convenio suscrito con un órgano de la administración del Estado) deben efectuarse “en favor de la comunidad”; y deben suponer un beneficio de carácter “permanente”, tales como gastos asociados a la construcción de obras o infraestructuras de uso comunitario, su equipamiento o mejora, el financiamiento de proyectos educativos o culturales específicos y otros aportes de similar naturaleza.

En este caso, la norma es suficientemente exigente en cuanto al destino de los gastos o desembolsos (la comunidad) y la forma de materializarlos (beneficios que perduren en el tiempo mediante obras, infraestructuras o programas específicos). Esto es, los gastos o desembolsos deben efectuarse a través de aportes que otorguen valor a la comunidad, que dicho valor sea conmensurable (objetivo) y concreto, y que, por las mismas razones, puedan ser constatados por los órganos competentes o la propia comunidad.

El párrafo segundo del N° 13 parte disponiendo que también se pueden deducir los gastos o desembolsos signados con las letras a) y b), disponiendo en otra parte que “[e]n ambos casos”, los gastos o desembolsos deben constar en un contrato o convenio suscrito con un órgano de la administración del Estado.

El SII ha dicho ha dicho que en dicho contexto, la exigencia que los gastos o desembolsos deban constar en un contrato o convenio suscrito con un órgano de la administración del Estado tiene como propósito, por una parte, evitar que se realicen aportes en forma inorgánica o inconsistente con los intereses de las comunidades locales; y, por otra, la intervención de un órgano de la administración del Estado, sujeto al principio de probidad, que ofrezca los debidos resguardos y garantías sobre el buen uso y destino de los recursos. Lo señalado precedentemente, por lo demás, resultaría consistente con lo dispuesto en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que confiere a los municipios y gobiernos locales, entre otras atribuciones, la posibilidad de señalar si los proyectos o

actividades se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y con los planes de desarrollo comunal, respectivamente.

De este modo, si bien los gastos o desembolsos deben constar en un contrato o convenio suscrito con un órgano de la administración del Estado, nada impide que, en definitiva, los gastos o desembolsos sean destinados a las organizaciones comunitarias que el propio órgano de la administración del Estado determine en función de sus planes, políticas y programas.

Asimismo, el SII señala que en cuanto a su vigencia, si bien el citado N° 13 se aplica a los gastos pagados o adeudados a contar del 1 de enero de 2020, anteriormente resolvió que los desembolsos destinados a las medidas de mitigación, reparación o compensación ambiental que obedezcan a condiciones o exigencias para la ejecución de proyectos o actividades o a medidas de mitigación, compensación y reparación incluidas en una resolución de calificación ambiental son obligatorios e inevitables para la generación de la renta afecta al impuesto de primera categoría (en adelante “IDPC”) por el proyecto o actividad aprobado deducibles como gasto necesario en la determinación de la renta líquida imponible afecta a IDPC.

Lo mismo resolvió respecto de medidas y compromisos adoptados como consecuencia de un proceso de consulta de buena fe realizado conforme al Decreto Supremo N° 66, del 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, debidamente plasmadas en el expediente de la consulta; o bien hayan sido adoptadas en las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas celebradas conforme al artículo 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), plasmadas en las actas de las reuniones; y adicionalmente reúnan las demás condiciones que se desprenden del propio artículo 31, especialmente la razonabilidad en cuanto a su monto.

3.3 Derecho Tributario

Dentro de las distintas áreas del derecho en que podemos encontrar manifestaciones de RSE, suele mencionarse mucho el rol que juega la legislación tributaria, ya que esta termina siendo la contracara de un sin número de relaciones jurídicas que tanto personas naturales como jurídicas realizan día a día.

En este sentido, para entender dicho rol, creemos necesario que revisemos el concepto base de toda legislación tributaria, es decir, el tributo, remitiéndonos a lo dicho por Jarach (1982):

“El tributo es una prestación pecuniaria, objeto de una relación jurídica cuya fuente es la ley, entre dos sujetos: de un lado el que tiene derecho a exigir la prestación, el acreedor del tributo, es decir el Estado o la otra entidad pública que efectivamente por virtud de una ley positiva, posee

ese derecho, y de otro lado el deudor, o los deudores, quienes están obligados a cumplir la prestación pecuniaria”. (pp. 11-12).¹²⁸

En este sentido, nos surgen diversas interrogantes, principalmente sobre cómo en la legislación tributaria, cuyo componente obligatorio resulta tan marcado, vamos a poder encontrar manifestaciones de la RSE, y lo cierto es que la legislación tributaria y su aplicación juegan un rol fundamental, pudiendo en ocasiones incentivar y en otras, frenar el avance de estas prácticas.¹²⁹

Ahora bien, la pregunta de si en la forma en que caracterizamos esta relación entre derecho tributario y prácticas de RSE, el primero queda simplemente relegado a servir de incentivo o freno para las segundas, o si pudiéramos replantearnos el cómo entendemos la lógica del derecho tributario y su incidencia en esta materia.

3.3.1 Regulación

Generalmente, en atención al impacto que tienen en la recaudación del Fisco, las normas tributarias son una manifestación de la política económica de los gobiernos de turno. En este sentido, no resulta descabellado señalar que el Derecho Tributario es la parte de nuestro ordenamiento que más modificaciones ha sufrido en los últimos años.

Con todo, en el presente, podemos decir que existen diversas normas que pueden entenderse como manifestaciones de RSE en el ordenamiento tributario. Sin embargo, para efectos de nuestro estudio, hemos decidido enfocarnos principalmente en la Norma General Antielusiva (en adelante “NGA”) contenida en el Código Tributario, en atención a que esta opera como el punto de partida a las discusiones relacionadas con la manifestación de la RSE en el ordenamiento tributario; y luego nos referiremos a las modificaciones al concepto de gasto contenido en la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante la “LIR”), en atención a que sus últimas modificaciones han resultado ser de las más relevantes para estos efectos.

a) Norma General Antielusiva

Como señala Ugalde (2018, p.7) la Ley N° 20.780 de 2014, posteriormente modificada por la Ley N° 20.899 de 2016, establecen reglas generales en nuestro Código Tributario, también denominada

¹²⁸ Jarach, D. (1982). El hecho imponible. (3a ed.). Buenos Aires, Argentina: Albereto-Perrot.

¹²⁹ Sobre el punto, véase: Morales Villalón, C. (2009) “Responsabilidad Social Empresarial en la ley y jurisprudencia tributaria”, *Revista Ius Novum*, (2), Centro de Estudios Ius Novum (Valparaíso). Trabajo en que sin perjuicio a referirse a normativa que haya sido modificada e inclusive derogada, sirve para ejemplificar como la norma y su aplicación generan incentivos y desincentivos para la realización de prácticas corporativas socialmente responsables.

“Norma General Antielusiva”, sancionando como tal a dos figuras: el abuso de las formas y la simulación.¹³⁰

Sobre este cambio legislativo, puede decirse mucho, ya que como señala Ugalde (2018, pp. 38-42) el proyecto que inicialmente fue despachado al Congreso -el cual seguía fielmente el modelo español en esta materia- fue muy distinto a la normativa aprobada.¹³¹

Con todo, y más allá de dichas consideraciones, en lo sustancial, la NGA se encuentra contenida en el Código Tributario, en sus artículos 4 bis, 4 ter, el artículo 4 quáter, y el artículo 4 quinquies, que se refiere a la declaración de abuso o simulación.

El artículo 4 bis, básicamente nos establece ciertos presupuestos, los cuales, sintetizando lo señalado en la norma son¹³²:

- i) Que las obligaciones tributarias nacen y se harán exigibles de acuerdo a la naturaleza de los hechos o actos que les den origen, más allá de sus formas.
- ii) Señala que el principio que subyace a las obligaciones tributarias es que los actos que las generan son realizados de buena fe, y por ende, los actos realizados deben ser reconocidos por el ordenamiento.
- iii) Por su parte, señala en que se entenderá que no ha habido buena en aquellos casos en que se eludan obligaciones tributarias.

¹³⁰ Previo a esta introducción realizada por la Ley N° 20.780, solamente existían normas especiales anti-elusión y conductas calificadas como delitos tributarios.

¹³¹ Con todo, un análisis acabado del punto excede los propósitos de este trabajo.

¹³² Art. 5 bis del Código Tributario: “Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imposables, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles.

El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes.

No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imposables establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imposables en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente.

En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quáter.

Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los artículos 4° quinquies y 160 bis.”

- iv) El carácter de aplicación supletoria a la NGA ante normas especiales.
- v) Finalmente, la carga de la prueba del abuso y la simulación corresponderá al Servicio de Impuestos Internos (en adelante el “SII”).

El artículo 4 ter, se refiere al abuso de las formas, y señala en su inciso primero que: “(...)Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.”. Ahora bien, conviene hacer presente que el legislador no descarta la utilización de mecanismos de planificación tributaria, ya que, en su inciso segundo, el artículo 4 ter señala que “es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria”, fijando criterios en los que se entiende como legítima, pudiendo ser alternativamente cualquiera de las siguientes hipótesis:

- i) No constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria.
- ii) Que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno.
- iii) O bien, genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria

Por su parte, el artículo 4 quáter, se refiere a la simulación, señalando que: “Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.”.

Conviene hacer notar que, en ambos casos, la contravención al ordenamiento acarrea como consecuencia jurídica, que se produzcan los efectos tributarios de los actos que efectivamente se realizaron, cuestión que se denomina el principio de la sustancia sobre la forma.

Respecto al artículo 4 quinquies, señala en sus incisos primero y segundo¹³³ que la declaración de la existencia de abuso o simulación podrá ser requerida por el Director del SII, al Tribunal Tributario

¹³³ Art. 4 quinquies inc. 1 y 2 del Código Tributario: “La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los artículos 4° ter y 4° quáter será declarada, a requerimiento del Director, por el Tribunal Tributario y Aduanero competente, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 160 bis.

Aduanero competente, en aquellos casos en que las diferencias entre los impuestos determinados provisoriamente por el SII, excedan la cantidad de 250 UTM a la fecha de presentación del requerimiento.

Ahora, si bien de la lectura de las normas expuestas podemos notar que existe un marcado carácter objetivo, lo cierto es que al recaer la carga de la prueba en el SII, sumado a que para muchos, este también debe probar la intencionalidad detrás de la materialización de dichas conductas, ha resultado en que la aplicación de estas normas hasta ahora no han tenido mucho éxito, palabras de Navarro (2022):

“Existe un sector de la doctrina chilena que considera que el abuso y la simulación son figuras que tienen un componente subjetivo que debe ser acreditado por el SII. Respecto de la primera figura, se señala que es una especie del abuso del derecho, respecto del cual “resulta ineludible la concurrencia de un elemento subjetivo, sancionándose el ejercicio doloso o culposo de derechos, y más genéricamente el ejercicio de mala fe de derechos subjetivos”. En cuanto a la segunda, se afirma no solo que “normalmente presupone una posición subjetiva del autor tendiente a ocultar el negocio basal”, sino que se agrega que esa intencionalidad es la piedra fundamental de toda la institución, por lo que excluir su consideración deja sin contenido a esta figura. En consecuencia, se privaría a la simulación de su carácter sancionador.” (p.147).

Finalmente, el artículo 100 bis del Código Tributario, en la búsqueda por disuadir de la realización de conductas constitutivas de fraude o simulación, sanciona también a aquellas personas respecto de las cuales se acredite haber diseñado o planificado los actos contenidos en los artículos 4 ter y 4 quater.¹³⁴

Luego del análisis expuesto de la NGA, conviene preguntarse ¿Por qué podríamos enmarcarla dentro de las manifestaciones de RSE?, y responderlo resulta simple, y es que, según se observa, el legislador establece una serie de elementos y presupuestos que -más allá del análisis de su utilidad práctica- nos permiten establecer criterios objetivos para determinar cuándo un contribuyente está actuando de

Esta declaración sólo podrá ser requerida en la medida que el monto de las diferencias de impuestos determinadas provisoriamente por el Servicio al contribuyente respectivo, exceda la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la presentación del requerimiento.”

¹³⁴ Con todo, dicha norma no está exenta de problemas en atención a las posibles controversias civiles entre el contribuyente y el asesor quien haya diseñado o planificado la realización de dichos actos, cuestión que, sin perjuicio de resultar muy interesante, exceden el propósito de este trabajo. Para una mirada más completa revisar: Ugalde Prieto, R. (2018) *La Elusión Tributaria. El abuso de las formas jurídicas y la simulación*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.

buena fe y cuando cruzó el límite de lo que aguanta la planificación tributaria. Por lo mismo, el análisis de las disposiciones que podamos encontrar en materia tributaria que sirvan como incentivos o desincentivos a las empresas para incurrir en prácticas RSE, siempre tiene que partir de entender cómo opera la NGA, esto es, el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias.

b) Concepto de Gasto

Una de las principales modificaciones introducidas por la Ley N°21.210 de 2020 que moderniza la legislación tributaria, es la modificación al concepto de gasto extraído a partir del artículo 31 de la LIR.

Previo a dicha modificación el concepto de gasto era el siguiente: “La renta líquida de las personas referidas en el artículo anterior se determinará deduciendo de la renta bruta todos los gastos necesarios para producirla que no hayan sido rebajados en virtud del artículo 30°, pagados o adeudados, durante el ejercicio comercial correspondiente, siempre que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el Servicio”.

Esta redacción como señala Morales (2009) resulta problemática, ya que:

“(…) el concepto de Gastos Necesarios establecidos en el artículo 31 del D.L. N° 824, Ley de Impuesto a la Renta, elaborado por el Servicio de Impuestos Internos y la jurisprudencia, es extremo restrictivo. Se definen gastos necesarios como “Desembolsos obligatorios inevitables o forzosos”. (p.208).

En este sentido, continúa señalando que:

“(…) tanto el SII Como tribunales de justicia son restrictivos a la hora de aceptar como gastos necesarios para producir la renta las sumas que los empresarios han destinado, ya sea mejorar las condiciones laborales dentro de la empresa, por ejemplo, mejorando instalaciones, contratando seguros a favor de los empleados, etcétera. Se les da a estos incluso el carácter de “gasto rechazado”. (p. 208)

Así las cosas, a partir de la entrada en vigencia de las modificaciones contenidas en la Ley N° 21.210, el concepto de cambio del artículo 31 se modifica en el siguiente tenor: “La renta líquida de las personas referidas en el artículo anterior se determinará deduciendo de la renta bruta todos los gastos necesarios para producirla, entendiendo por tales aquellos que tengan aptitud de generar renta, en el mismo o futuros ejercicios y se encuentren asociados al interés, desarrollo o mantención del giro del negocio, que no hayan sido rebajados en virtud del artículo 30°, pagados o adeudados, durante el ejercicio comercial correspondiente, siempre que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el Servicio”. Este cambio, resulta trascendental, ya que posteriormente el SII reconoce en su Circular

N° 53 de 2020 una serie de gastos, que en atención a este cambio normativo, también puede considerarse dentro del concepto “gasto necesario”. Estos son:

- i) Gastos relacionados con proyectos empresariales que interese desarrollar en que existe una razonable vinculación entre el desembolso y la finalidad o propósito previsto por el contribuyente al momento de efectuar dicho desembolso, pero que si, en definitiva, ese propósito o finalidad se frustra, ello no torna en innecesario el gasto.
- ii) Gastos que, si bien no tienen una vinculación directa con la obtención de rentas ni con el desarrollo de nuevos proyectos, igualmente dicen relación con la mantención de la actividad o negocio
- iii) Gastos en relación al desarrollo de cualquier actividad económica que apareje riesgos que les son propios o cuya materialización, en cierta medida, son parte del negocio. También aquellos relacionados a eventualidades o imprevistos cuya ocurrencia es transversal a las actividades económicas.
- iv) En este mismo orden, se entienden como necesarios para producir la renta aquellos gastos destinados a propiciar un buen clima laboral cuyo origen es voluntario, sin una obligación contractual.

Como puede apreciarse, muchos de estos gastos que previo a la Ley N° 21.210 hubiesen sido considerados como gastos rechazados, y que cuyo fin es mejorar las relaciones con los distintos *stakeholders*, hoy en día el SII en su rol interpretativo los considera adecuados.

3.4 Derecho Penal y la Ley N°20.393

Uno de los cambios más relevantes en el mundo corporativo se da en torno a la lucha contra la corrupción, y se tradujo en el cambio de paradigma que existió en una serie de legislaciones respecto del principio *societas delinquere non potest*, lo que introdujo sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas basados en distintos criterios, algunos de carácter objetivo (se atribuye responsabilidad en casos en que quien cometiese el delito sea un miembro de la organización), otros de carácter subjetivo (se atribuye responsabilidad a la organización en casos que el delito se cometa producto de la infracción de algún deber especial de cuidado o pueda atribuirse a los llamados “defectos organizacionales”), y otros tantos en puntos intermedios.

En ese contexto, nuestro país a fines de siglo XX y en las primeras décadas de este siglo, avanzó en la construcción un sistema de responsabilidad penal corporativa, el cual se tradujo en la ratificación

de diversos convenios de Naciones Unidas¹³⁵ y la OCDE, en la promulgación de normas que reforzaron el combate contra los delitos relacionados a actividades económicas, y finalmente, la promulgación de la Ley N°20.393 sobre Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (en adelante, “LRPPJ”).

Previo a la dictación de la LRPPJ, se aprecia una clara manifestación del principio *societas delinquere non potest*. Por un lado, el Código de Procedimiento Penal de 1906 señalaba en su artículo 39 inciso 2° que: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva a las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado.”. Asimismo, el Código Procesal Penal en su primera versión el año 2000, señalaba en el artículo 58 inciso 2° que: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.”.

Esto sería modificado con la entrada de Chile a la OCDE, cuestión que obligo a nuestro legislador a modificar su criterio y dictar una norma para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Dentro de las características de esta norma, podemos señalar que establece un modelo de responsabilidad penal distinto al del Código Penal, los cuales trataremos a continuación.

Finalmente, con la publicación de la Ley N°21.595 sobre Delitos Económicos, se modifica profundamente el sistema de Responsabilidad Penal Corporativa, sin perjuicio de ello, en atención a que la vigencia de las modificaciones que introduce a la LRPPJ se encuentran diferidas para septiembre del 2024, analizaremos separadamente aquellos puntos que nos resulten relevantes.

3.4.1 Presupuestos de la responsabilidad penal corporativa previo a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.595

El artículo 3° de la LRPPJ atribuye responsabilidad a las personas jurídicas en los siguientes términos: “Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.”. Lo anterior nos permite, en conjunto con otras

¹³⁵ Tales como la ratificación de Chile a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE y la ratificación de Chile a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otras.

disposiciones, señalar una serie de elementos esenciales que actúan como presupuestos para la atribución de responsabilidad penal.

a) Delitos contemplados

Para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas, deben cometer uno de los delitos establecidos en el catálogo del artículo 1º, el cual -luego de las diversas modificaciones- incluye los siguientes delitos: i) cohecho a funcionarios públicos (2009); ii) lavado de activos (2009); iii) financiamiento del terrorismo (2009); iv) cohecho a funcionario público (2016); v) cohecho a funcionario público extranjero (2016); vi) receptación (2016); vii) corrupción entre particulares (2018); ix) negocio incompatible (2018); x) apropiación indebida (2018); xii) administración desleal (2018); xiii) delitos contra la Ley General de Pesca y Acuicultura (2019); xiv) incumplimiento de medidas sanitarias por subordinancia (2020); xv) trata de personas (2021); xvi) delitos contemplados en la Ley sobre Control de Armas (2022); xvii) sustracción de madera (2022); xix) delitos contemplados en la Ley sobre Delitos Informáticos.¹³⁶

Asimismo, por aplicación del principio *nulla poena sine lege*, no basta que el delito se encuentre tipificado, sino que además se requiere que la ley contemple una pena descrita en los términos del artículo 15 de la LRPPJ¹³⁷, para que este pueda ser aplicado. Esto es relevante, en tanto, por decisiones legislativas cuando menos cuestionables, pese a estar incluidos en el catálogo del artículo 1º, los

¹³⁶ Fuera de los delitos base incorporados en el artículo 1º en los inicios de esta Ley, esta ha sido modificada en repetidas ocasiones, con el fin de -principalmente- aumentar el catálogo de delitos, dentro de los cuales están: la Ley N°20.931, de 2016 que introduce los delitos de corrupción a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, y el delito de receptación; la Ley N°21.121 de 2018, que profundiza en la persecución de la corrupción incorporando delitos de corrupción entre privados así como modificación del catálogo de sanciones, entre otras; la Ley N°21.132 de 2019, relativas al control de la actividad relacionada a la pesca y acuicultura; la Ley N°21.240 de 2020, relativas a la inobservancia de las medidas impuestas por la autoridad sanitaria; la Ley N°21.412 de 2022, relativa a las normas de control de armas de fuego; la Ley N°21.488 de 2022, sobre la sustracción de madera; y la Ley N°21.459 de 2022, sobre delitos informáticos.

¹³⁷ Artículo 15. Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 240, 250, incisos segundo y tercero, 287 bis, 287 ter, 318 ter, 456 bis A y 470, numeral 1º y párrafos primero y segundo del numeral 11 del Código Penal, y en el artículo 8º de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior.

A los delitos contemplados en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley N° 19.913 y en los artículos 250, incisos cuarto y quinto, 251 bis y 470, numeral 11, párrafo tercero, del Código Penal, les serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.

A los delitos contemplados en el Título II de la ley N° 17.798, sobre control de armas, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los crímenes o simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior, en consideración a la pena asignada a cada delito en abstracto.

delitos de trata de personas o sustracción de maderas no acarrear la responsabilidad penal para la persona jurídica.

b) Interés o provecho

Como señala la LRPPJ, el segundo presupuesto relevante es que dichos delitos deben “cometerse directa o indirectamente en interés o provecho de la persona jurídica (...)” según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3º, lo que nuestra jurisprudencia ha señalado que puede consistir en la obtención de una ganancia o beneficio¹³⁸, o la evitación de un perjuicio o pérdida.¹³⁹ Por su parte, Fiscalía ha entendido que el interés o provecho de la empresa no debe entenderse como exclusivamente de carácter económico, pudiendo ser de carácter inmaterial.¹⁴⁰

Finalmente, el inciso 4º del mismo artículo, le da un cierre a la norma al disponer que “no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.”, lo que permite excluir la responsabilidad de la organización en aquellos casos en que el único beneficiado sea la persona natural que realiza el delito.

c) Sujeto activo

El tercer presupuesto, se refiere al sujeto activo del delito, el que según el art. 3º incisos primero y segundo, puede atribuirse a dos tipos de sujetos, que deben cometer el delito “en interés o provecho” de la organización.

La primera categoría de sujetos corresponde a los altos ejecutivos de las organizaciones, es decir, quienes tengan facultades para realizar actos de administración y supervisión, en tanto el inciso primero del artículo 3º dispone que “...los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión...”.

¹³⁸ Así razona el 8º Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT N°4799-2012 al analizar los delitos de cohecho en el caso “Universidades”, resuelve que la conducta fue realizada “a cambio de obtener la acreditación institucional que en definitiva le reportó un ingreso por concepto de Crédito con Aval del estado (CAE) [...]”

¹³⁹ Lo que se desprende de lo resuelto por el 7º Juzgado de Garantía de Santiago en causa RIT N°11862-2014 en el caso “Constructora Pehuenche” al señalar: “Durante la ejecución del contrato de pavimentación, el municipio dejó de cursar a la empresa [...] multas por un monto aproximado y total de \$188.472.735, y de no mediar las conductas desplegadas por el Subdirector de Pavimentación SDE, se hubiese puesto término al mismo por el incumplimiento”.

¹⁴⁰ Fiscalía Nacional Oficio 440/2010

La segunda categoría de sujetos es más bien genérica y se refiere a los demás trabajadores e integrantes de la organización, ya que según señala el inciso segundo cumplidos los demás presupuestos, “serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.”.

Con todo, según señala el artículo 2°, solo les serán aplicables las disposiciones “(...) a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.”

d) Deberes de dirección y supervisión

El último presupuesto, es el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la organización. Estos deberes no son definidos por la LRPPJ, por lo que en general, el cumplimiento o incumplimiento de ellos, se evaluará caso a caso, siendo uno de los mecanismos para evaluar el cumplimiento de dichos deberes, la implementación de Modelos de Prevención de Delitos (en adelante MPD), según lo establecido por el artículo 3° inciso 3 y el artículo 4°, el cual establece ciertos elementos mínimos que debe tener un MPD, dentro de los cuales encontramos la designación de un encargado de prevención, sus medios y facultades, establecimiento de un sistema de prevención de delitos y la supervisión y certificación del sistema de prevención.¹⁴¹

En este sentido, la Ley no establece una obligación de prevenir absolutamente todos y cada uno de los ilícitos en la compañía, sino que las compañías cuenten con sistemas que permitan razonablemente prevenirlos. Asimismo, según lo ha entendido el Ministerio Público, ni la ausencia de un MPD ni la sola implementación de un MPD no bastan para dar por infringidos o cumplidos dichos deberes.

Finalmente, si se determina que la compañía ha cumplido con sus deberes de dirección y supervisión, de la lectura del artículo 3° inciso tercero, se desprende que estaríamos ante una causal de exclusión del tipo penal, por lo que la organización no sería responsable.

3.4.2 Presupuestos de la responsabilidad penal corporativa a partir de la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.595

¹⁴¹ Así lo ha entendido la jurisprudencia según consta en la sentencia dictada por el 3° TJOP de Santiago (2021) en causa RUC 1410025253-9 al señalar que: “En efecto, dentro de este sistema que el Estado exige a las empresas de autorregularse internamente, la ley entiende que se cumplen con estos deberes de dirección y supervisión, cuando la empresa se impone “un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”, los cuales deberán contener los requisitos mínimos que señala el artículo 4° de la ley 20.393.

Así, deberá analizarse previamente si hubo un programa de cumplimiento antes, durante o después de cometido el delito, y segundo, de haber existido uno, si este fue eficaz en el fin de evitar la comisión de los delitos.”.

Con la entrada en vigencia de lo dispuesto por la Ley N°21.595, el legislador modifica sustancialmente los presupuestos señalados en el apartado precedente.

En primer lugar, el catálogo de delitos se amplía enormemente, la nueva redacción del artículo 1 dispone que serán responsables por “los delitos a que se refieren los artículos 1, 2, 3 y 4 de la LDEyMA, sean o no considerados como delitos económicos por esa ley” y también por aquellos delitos “(...)previstos en el artículo 8 de la ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad; en el Título II de la ley N° 17.798, sobre Control de Armas, y en los artículos 411 quáter, 448 septies y 448 octies del Código Penal.”. Esto quiere decir que el catálogo de delitos de la LRPPJ incluirá más de 100 nuevos delitos, sean clasificados como delitos económicos o no, dentro de los cuales se incluyen delitos relacionados al Mercado de Valores, la regulación bancaria, la regulación tributaria, la regulación medioambiental, la regulación en materia de telecomunicaciones, entre otras.

En segundo lugar, su artículo 3° elimina el requisito de que el delito sea cometido en beneficio de la persona jurídica, siendo la nueva redacción del inciso final que “no tendrá aplicación cuando el hecho punible se perpetre exclusivamente en contra de la propia persona jurídica”.

En tercer lugar, el sujeto activo de la LRPPJ según el artículo 2° pasarán a ser: “(...) las personas jurídicas de derecho privado, las empresas públicas creadas por ley; las empresas, sociedades y universidades del Estado; los partidos políticos y las personas jurídicas religiosas de derecho público.”. Además, según el artículo 3° incisos primero y segundo, serán así responsables por los delitos cometidos “(...)por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación”, o bien por los delitos “perpetrado por o con la intervención de una persona natural relacionada en los términos anteriores con una persona jurídica distinta, siempre que ésta le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, o carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación”. En otras palabras, no solo se amplían las personas jurídicas que pueden ser responsables penalmente en razón de esta ley, sino que además, respecto de las personas que comuniquen dicha responsabilidad a la persona jurídica.

Finalmente, se modifica la necesidad del cumplimiento de deberes de dirección y supervisión, estableciéndose en su lugar la necesidad de implementación efectiva de modelos de prevención del

delito. Las consideraciones respecto de un modelo de prevención de delitos efectivo se encuentran consagradas en su artículo 4^{o142}, el cual en síntesis señala:

Un modelo de prevención de delitos adecuado debe considerar los siguientes aspectos:

- i) Identificación de los riesgos: La persona jurídica debe identificar las actividades o procesos que presentan un riesgo de comisión de delitos.
- ii) Establecimiento de protocolos y procedimientos: La persona jurídica debe establecer protocolos y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas. Estos protocolos deben incluir canales seguros de denuncia y sanciones internas para el caso de incumplimiento.
- iii) Designación de un responsable: La persona jurídica debe designar a uno o más responsables de la aplicación de los protocolos y procedimientos. Estos responsables deben tener la adecuada independencia y facultades efectivas de dirección y supervisión.
- iv) Evaluación periódica: La persona jurídica debe realizar evaluaciones periódicas de su modelo de prevención de delitos por parte de terceros independientes.

3.4.3 Análisis de la LRRPJ

¹⁴² Artículo 4°. - Modelo de prevención de delitos. Se entenderá que un modelo de prevención de delitos efectivamente implementado por la persona jurídica es adecuado para los efectos de eximir la de responsabilidad penal cuando, en la medida exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle, considere seria y razonablemente los siguientes aspectos:

1. Identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que impliquen riesgo de conducta delictiva.
2. Establecimiento de protocolos y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas en el contexto de las actividades a que se refiere el número anterior, los que deben considerar necesariamente canales seguros de denuncia y sanciones internas para el caso de incumplimiento.

Estos protocolos y procedimientos, incluyendo las sanciones internas, deberán comunicarse a todos los trabajadores. La normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos sus máximos ejecutivos.

3. Asignación de uno o más sujetos responsables de la aplicación de dichos protocolos, con la adecuada independencia, dotados de facultades efectivas de dirección y supervisión y acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido, para rendir cuenta de su gestión y requerir la adopción de medidas necesarias para su cometido que pudieran ir más allá de su competencia. La persona jurídica deberá proveer al o a los responsables de los recursos y medios materiales e inmateriales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

4. Previsión de evaluaciones periódicas por terceros independientes y mecanismos de perfeccionamiento o actualización a partir de tales evaluaciones.

De los puntos señalados en el apartado anterior, podemos destacar ciertas cosas relativas a los modelos de responsabilidad penal corporativos, el *compliance* penal, y finalmente, algunos efectos procesales de la LRPPJ.

a) Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para empezar, los modelos de responsabilidad se clasifican en modelos de heterorresponsabilidad (u objetiva), modelos de autorresponsabilidad (o subjetiva) y modelos mixtos.

Los primeros, también conocidos como modelos de responsabilidad vicaria, se caracterizan por transferir la responsabilidad de ciertos individuos al alero de la corporación directamente a la organización, o como señala Ortuzar (2012), por:

“...atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica por la realización de uno o más delitos por parte de una persona natural dentro de la organización empresarial, basado en ciertos criterios de conexión que pueden variar de sistema a sistema, pero que ordinariamente se trata del grado de responsabilidad que dicha persona natural tiene dentro del ente societario” (p. 215)

El problema de los modelos de heterorresponsabilidad, es que puede resultar más difícil incentivar a las organizaciones a que ejerzan los controles, ya que, de todas formas, bastará con que se cometa el ilícito por un integrante y automáticamente se les atribuye responsabilidad, salvo opere algún eximente establecido por el legislador.

Los modelos de autorresponsabilidad o responsabilidad por culpa, como señala Collado (2013, pp. 48-50), consisten en atribuir responsabilidad penal a las organizaciones producto del incumplimiento de ciertos deberes derivados de su propia conducta (sea activa u omisiva) culposa o dolosa, renunciando así, a transferirle la responsabilidad penal a la organización. Estos deberes generalmente se caracterizan como de supervisión y control (o alguna fórmula similar), y como señala cierto sector de la doctrina, “la forma más clásica de entender la culpabilidad de empresa es concebirla como un defecto de organización” (Nieto, 2008, p.9), por lo que generalmente será tarea del juzgador el determinar si la falta o incumplimiento se atribuye a un defecto organizacional, lo cual puede resultar más complejo.

Finalmente, el modelo por el que se inclina nuestro legislador, como señala Ortuzar (2012, pp. 241-242), es un modelo mixto, en tanto requiere -entre otros presupuestos- que el delito sea cometido por ciertos sujetos determinados dentro de la organización y que esto sea debido al incumplimiento de

deberes de supervisión y control, o bien la falta de implementación de un modelo de prevención de delitos adecuado.¹⁴³

b) Introducción del compliance penal

La LRRPJ innova con respecto a lo que había en nuestro ordenamiento al incorporar la implementación de MPD como mecanismo para dar por cumplidos los deberes de supervisión y diligencia, estos modelos de prevención se enmarcan de los conocidos programas de cumplimiento o *compliance*.

El *compliance* puede ser entendido como “un procedimiento de revisión sistemática del cumplimiento de estándares legales o éticos de una empresa, el que puede ser realizado en forma interna o a través de auditorías externas” (Balmaceda, Juppet & Guerra, 2019, p.57).

La efectividad de estos programas de cumplimiento, requieren de ciertos elementos, de prevención y control de la organización (como sería la designación de un “Encargado de Cumplimiento” o “*Compliance Officer*” o la contratación de empresas de auditoría) para evitar la comisión de ilícitos, a la vez que también elementos que permitan la detección, como los canales de denuncia y reporte adecuados, para el caso en que se cometan las conductas ilícitas.

En este sentido, la OCDE (2019) en su informe Business and Finance Outlook, ha señalado que un pilar clave de la confianza en los negocios, es que las organizaciones realicen sus actividades en conformidad a la ley. Señala a su vez, que la construcción de esta clase de confianza ocurre en dos esferas de acción relacionadas entre sí: En primer lugar, las compañías deben tomar los pasos apropiados para prevenir la ocurrencia de actividades ilegales en sus operaciones. En segundo lugar, una vez que se alcen sospechas de que ha habido actividades ilegales, las compañías pueden reportar dichas sospechas a la autoridad competente y cooperar con la investigación y resolución del caso.

En ese entendido, lo que busca la LRPPJ es básicamente instalar un cambio en la cultura corporativa, ya que, contando la compañía con los adecuados medios de control sobre sus integrantes, se otorgará ciertos efectos procesales beneficiosos que permiten que se escape de la persecución penal o que se mitigue su castigo.

c) Algunos efectos procesales de la LRPPJ¹⁴⁴

¹⁴³ No obstante lo anterior, luego de las modificaciones cuya vigencia se encuentra pendiente a raíz de la LDEyMA, pareciera ser que cuando menos el legislador se acerca cada vez más a aquellos modelos de autorresponsabilidad.

¹⁴⁴ Para esta oportunidad dejaremos fuera el análisis de las sanciones propiamente tal, porque creemos que se extiende más allá del campo de la RSE, sin perjuicio de que podamos señalar que la sanción máxima previa a

Como señalábamos, la LRPPJ genera ciertos incentivos, positivos y negativos, para la conducta que adopten las organizaciones ante los riesgos de la comisión de un delito.

En primer lugar, hay que hacer una distinción entre los efectos procesales previo a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.595 y posterior a su entrada en vigencia creemos que el efecto procesal de dar por cumplidos los deberes de dirección y supervisión (sea o no al alero de un MPD o programa de cumplimiento), permite a la compañía la exclusión de su responsabilidad penal por no dar cumplimiento al tipo penal, creemos que si bien el resultado pareciera ser el mismo para efectos prácticos, no permite configurar un eximente de responsabilidad, toda vez que es el legislador quien debe hacer dicha calificación.

En segundo lugar, con respecto a las circunstancias atenuantes, la LRPPJ señala que se considerarán atenuantes según lo previsto en el art. 6°: i) intentar reparar las consecuencias del ilícito; ii) aquellos casos en que, antes de conocer del procedimiento judicial en su contra, posterior a la realización de la conducta, la organización contribuya al esclarecimiento de los hechos; iii) o bien, antes del juicio, la organización adopte medidas eficaces para prevenir la reiteración de los hechos ilícitos investigados. Con la entrada en vigencia de las modificaciones referidas, se atenuará la responsabilidad penal: i) Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias; ii) Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos; considerándose especialmente aquellos casos en que, antes de conocer del procedimiento judicial en su contra, posterior a la realización de la conducta, la organización contribuya al esclarecimiento de los hechos; y iii) Si antes de la formalización de la investigación, la empresa hubiese adoptado medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

Respecto a las agravantes, la LRPPJ en su artículo 7° señala que “es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.”, cuestión que puede ocurrir con independencia de la implementación de un MPD o programa de cumplimiento. En su nueva redacción el artículo 7° señala como agravantes: i) “haber sido condenada dentro de los diez años anteriores a la perpetración del hecho” y ii) “las que afecten a la persona natural que hubiere perpetrado o intervenido en el hecho, cuando su perpetración o intervención bajo esas circunstancias también se hubiere visto favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de delitos.”.

la entrada en vigencia de las modificaciones a las que hemos hecho alusión, es la disolución o cancelación de la persona jurídica, caso en el que según la ley señala procede la liquidación; mientras que la pena máxima una vez entren en vigencia las modificaciones, es la de la extinción de la persona jurídica, la que evidentemente omite dicho trámite.

Cabe destacar que, en nuestro sistema procesal penal, la carga de la prueba recae en el ente acusador, por lo que la prueba de los hechos y la de la (in) efectividad del MPD, recaerá en este¹⁴⁵, sin perjuicio de que la organización pueda aportar los elementos que considere relevantes para dichos efectos, para lo cual podrá disponer de todos los medios de prueba que estime convenientes.

Cerramos este apartado señalando que si bien, a simple vista, difícilmente pareciera que la Ley Penal pudiera enmarcarse dentro de prácticas RSE, lo cierto es que -hasta antes de la entrada en vigencia de la LDEyMA- el establecimiento por parte del legislador de incentivos para que las empresas adopten MPD se encuadra dentro de estas prácticas, en tanto no imponía la obligación de dichos modelos, como concuerdan la jurisprudencia y el Ministerio Público, lo que abre la puerta a otros mecanismos para dar por cumplidos los deberes de dirección y supervisión, siendo los MPD más bien una sugerencia del mecanismo a utilizar para darles cumplimiento que una obligación. Al mismo tiempo, para que produzca los efectos procesales que dispone la Ley, requiere que los MPD sean efectivos, por lo que el incentivo no solo está en implementarlos, sino que las organizaciones aseguren su adecuado funcionamiento e integración a las políticas de la empresa. Finalmente, aún en casos en que se atribuya responsabilidad a la compañía, existen atenuantes que dicen relación con la reducción del daño causado, la colaboración con la investigación en su contra y la adopción futura de programas de cumplimiento, lo que en algunos casos puede verse como la intención de generar un cambio en la organización y la búsqueda de mecanismos de no repetición en circunstancias que la repetición de conductas ilícitas podría constituir un agravante.

Ahora bien, el legislador optó por una vía mucho más estricta a partir de la entrada en vigencia de la LDEyMA, estableciendo la obligación de MPD, e incentivando a que las empresas no puedan hacer la vista gorda ante los delitos cometidos al alero del ejercicio de su actividad económica al fijar como presupuesto para poder eximirse de responsabilidad penal que el delito haya sido cometido en su perjuicio, entre otras modificaciones. Con todo, hay que estar atentos a como esto incide en la práctica sobre las conductas de las compañías.

3.5 Derecho del Consumidor

Para comenzar este apartado, debemos entender cuál es la relevancia del Derecho del Consumo en materias de Responsabilidad Social Empresarial, siendo fundamental para ello, referirnos el surgimiento de esta disciplina.

¹⁴⁵ Así lo ha resuelto la Fiscalía Nacional, como se cita supra 21.

La necesidad de protección por parte del regulador viene dada porque, a partir del fenómeno de la contratación masiva y el surgimiento de nuevas formas de contratación, nos encontramos ante el surgimiento de relaciones asimétricas entre los comerciantes y los consumidores, la que viene principalmente caracterizada por asimetrías de información, las que a su turno, permiten la proliferación de cláusulas perjudiciales para la parte más débil en la relación contractual.¹⁴⁶

En este sentido, como señala Andrade (2022. p.60), si bien, es difícil atribuirle el origen del “Derecho del Consumidor” a una fecha específica, resulta muy relevante para su expansión el discurso del Presidente John F. Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos en 1962.¹⁴⁷ Este discurso marcó un hito en la historia de los derechos del consumidor, siendo la primera vez que un mandatario se dirigía al Congreso a hablar en favor de los consumidores, e incluso abogando por la necesidad de protección de estos, otorgándoles una serie de derechos en atención a dicha condición.

El discurso de Kennedy ayudó a crear conciencia sobre los derechos del consumidor y condujo al desarrollo de una serie de leyes y regulaciones que protegen a los consumidores.¹⁴⁸ Por lo mismo, el Derecho del Consumidor es un área de suma relevancia a la hora de evaluar como los ordenamientos han incorporado mecanismos de protección para los consumidores, quienes como ya vimos, se encuentran íntimamente relacionados con el ejercicio de las actividades económicas de una Compañía, siendo considerados como un *stakeholder* más.

Todo lo anterior nos permite apreciar por qué se hace necesario proteger a este grupo, por lo que a continuación corresponde analizar la normativa relevante para efectos de entender como la RSE se manifiesta en esta materia.

3.5.1 Regulación

En nuestro ordenamiento, las primeras aproximaciones a regular materias relativas al consumo se dieron a partir del Decreto Ley N°280 de 1974 que establecía normas de resguardo de la actividad económica, que básicamente se reducían a regular la especulación de precios, más que otorgar un estatuto de protección a los consumidores. Dicha norma fue derogada posteriormente por la Ley

¹⁴⁶ Para una síntesis del asunto, véase De la Maza Gazmuri, I (2003). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (1), 109-148.

¹⁴⁷ Kennedy, J. F. (1962). Special message to the Congress on protecting the consumer interest. Washington, DC: The White House. Recuperado de <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>

¹⁴⁸ De hecho, como señala el mismo Andrade en su texto, las Directrices de Naciones Unidas sobre Protección de los Derechos del Consumidor de 1985, que posteriormente fueron adoptadas por una serie de países, recogen principios señalados en dicho discurso.

N°18.223 que establecía Normas de Protección al Consumidor.¹⁴⁹ Sin embargo, el paso más importante se da a partir de la promulgación de la Ley N°19.496 de 1997 .

Esta norma ha sido modificada en reiteradas ocasiones¹⁵⁰, además de contar con una serie de Reglamentos para regular la relación entre consumidores y proveedores en distintos ámbitos. Actualmente la Ley N°19.496 encuentra su texto refundido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 2019 (en adelante la LPDC), norma que encuentra su modificación más reciente en la Ley 21.398 de 2021 que establece medidas para incentivar la protección de derechos del consumidor.

La LPDC establece en su artículo 1 ° su ámbito de aplicación en tanto señala “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.”. La ley define que los sujetos que regula son “consumidores” y “proveedores”.¹⁵¹

A su vez, hay un marcado foco en la LPDC y sus reglamentos, para garantizar no solo la calidad de ciertos productos y/o servicios, sino que, además se cumpla con una serie de deberes de información, con el fin de que esta sea entregada a los consumidores de forma veraz, precisa y oportuna.

Así las cosas, el legislador establece mecanismos administrativos y judiciales para prevenir la vulneración de dichos deberes, o en caso de ser necesario, sancionarlos. Por la vía administrativa, el SERNAC tiene la facultad de fiscalizar a las empresas según el artículo 58 letra a) de la LPDC. Según la Política de Fiscalización¹⁵², existen fiscalizaciones programadas y no programadas. Con todo, el objetivo de estas es simplemente recabar información necesaria para poder recurrir a otras vías de protección de los consumidores, ya sea mediante el Procedimiento Voluntario Colectivo, para entablar acciones judiciales, o coordinar con los respectivos organismos. Esto quiere decir que SERNAC puede oficiar a otros organismos y orientarlos respecto a ciertos riesgos o infracciones potenciales a la ley y la protección de los consumidores.

¹⁴⁹ No obstante resultar sumamente interesante, un estudio exhaustivo del Derecho del Consumidor excede el propósito de este trabajo.

¹⁵⁰ Podemos mencionar a modo de ejemplo, la Ley 20.555 de 2011 que dota de atribuciones en materias financieras al SERNAC; la Ley 21.081 de 2018 sobre fortalecimiento del SERNAC; entre otras.

¹⁵¹ Por su parte, el Reglamento de Comercio Electrónico contenido en el Decreto N° 6 de 2021, señala como los sujetos a los cuales les es aplicable el Reglamento, a “Consumidores” y distingue a los proveedores entre “Vendedores” como aquellos que ofrecen bienes y servicios a través de las plataformas electrónicas y “Operadores” aquellos ponen a disposición de los vendedores una “plataforma de comercio electrónico”.

¹⁵² Resolución Exenta N° 370 de 23 de Abril de 2020.

Con todo, sin perjuicio de que pareciera que por la vía normativa nos alejamos de la RSE, según los elementos que hemos venido definiendo, lo cierto es que podemos encontrar ciertas manifestaciones de RSE en el Derecho del Consumidor, dentro de las cuales podemos mencionar algunas, tales como: la implementación de planes de cumplimiento; normas relativas a seguridad en el consumo; y las campañas de *recall*.

a) Planes de cumplimiento

La LPDC establece dos hipótesis en las que cobran relevancia los planes de cumplimiento. La primera hipótesis, se encuentra en su artículo 24 inciso 4° letra c), y establece una atenuante de responsabilidad en materia de consumo en tanto señala que: “Se considerarán circunstancias atenuantes: c) La colaboración sustancial que el infractor haya prestado al Servicio Nacional del Consumidor antes o durante el procedimiento administrativo o aquella que haya prestado en el procedimiento judicial. Se entenderá que existe colaboración sustancial si el proveedor contare con un plan de cumplimiento específico en las materias a que se refiere la infracción respectiva, que haya sido previamente aprobado por el Servicio y se acredite su efectiva implementación y seguimiento.”

Una segunda hipótesis se encuentra en su artículo 54 P, sobre los requisitos y el contenido del acuerdo para que ponga término a un procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo difuso. En dicho artículo se señala en su inciso tercero que en que: “La resolución podrá contemplar la presentación por parte del proveedor de un plan de cumplimiento, el que contendrá, como mínimo, la designación de un oficial de cumplimiento, la identificación de acciones o medidas correctivas o preventivas, los plazos para su implementación y un protocolo destinado a evitar los riesgos de incumplimiento.”.

En definitiva, en ambos casos el legislador le asigna efectos jurídicos claros a la implementación de planes de cumplimiento, ya sea como atenuante, ya sea como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Dicho esto, cobra relevancia la Circular Interpretativa del SERNAC, emitida mediante Resolución Exenta N°689 de 10 de septiembre de 2021, la cual por un lado, se encarga de delimitar el alcance, contenido, el procedimiento de aprobación y presentación de los planes de cumplimiento para ambas hipótesis, es decir, la del artículo 24 inciso 4° letra c) y la del artículo 54 letra p); y por otro lado regula los requisitos que deben cumplir las entidades que deseen incorporarse a la nómina de registro del SERNAC como organismos certificadores de planes de cumplimiento en materia de consumo.

b) Seguridad en el Consumo

La LPDC, presta especial atención a las normas relativas a la seguridad en el consumo. Para ello dispone una serie de normas relativas a este punto en el párrafo 5° de su Título II que trata aquellas disposiciones relativas a la seguridad de los productos y servicios, las cuales según su artículo 44: “sólo se aplicarán en lo no previsto por las normas especiales que regulan la provisión de determinados bienes o servicios.”.

Respecto a la peligrosidad, a partir de lo expresado en el artículo 45 de la LPDC¹⁵³, se desprende que los proveedores tienen la obligación de informar previamente al consumidor respecto de los productos peligrosos, así mismo, también tienen el deber de informar a la autoridad correspondiente de los defectos de los que se percate, luego de haberse incorporado el producto al mercado (artículo 46)¹⁵⁴.

Ahora bien, la LPDC no define que entiende por peligrosidad, por lo que para entender a que nos referimos con productos peligrosos, hay que estarse a normas generales, disposiciones especiales y la calificación que haya hecho el regulador para cada producto, es decir, con el cumplimiento de los estándares nacionales e internacionales que haya adoptado nuestro ordenamiento, los cuales evidentemente deberán ser considerados por los proveedores a la hora de realizar la oferta de productos.

Por lo mismo, desprendemos de los artículos 45 y 46 de la LPDC, que aquellos productos seguros, vendrían siendo aquellos que o no presentan riesgos con su uso, o bien, presentan riesgos que son considerados como aceptables en relación a su uso y a su público objetivo, debiendo en cualquier caso, cumplir con los deberes de información correspondientes.

¹⁵³ Artículo 45 de la LPC: Tratándose de productos cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes, el proveedor deberá incorporar en los mismos, o en instructivos anexos en idioma español, las advertencias e indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible.

En lo que se refiere a la prestación de servicios riesgosos, deberán adoptarse por el proveedor las medidas que resulten necesarias para que aquélla se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos de las providencias preventivas que deban observarse.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los dos incisos precedentes será sancionado con multa de hasta 2.250 unidades tributarias mensuales.

¹⁵⁴ Artículo 46 de la LPDC: “Todo fabricante, importador o distribuidor de bienes o prestador de servicios que, con posterioridad a la introducción de ellos en el mercado, se percate de la existencia de peligros o riesgos no previstos oportunamente, deberá ponerlos, sin demora, en conocimiento de la autoridad competente para que se adopten las medidas preventivas o correctivas que el caso amerite, sin perjuicio de cumplir con las obligaciones de advertencia a los consumidores señaladas en el artículo precedente.”

De todas formas, como señala el artículo 47 inc. 1º,¹⁵⁵ la peligrosidad de un producto puede ser determinada por la autoridad competente o declarada judicialmente. En ese sentido, es importante tener en cuenta que el juez de policía local está facultado para ordenar el retiro del mercado o incluso el decomiso de los productos en casos en que se acredite el peligro que generan en la salud o seguridad de las personas (artículo 49 inc. 2º)¹⁵⁶. Sin embargo, no es solo el juez quien puede disponer el retiro de los productos del mercado.

c) Campañas de *Recall*

En atención a la importancia de la seguridad en el consumo, y que según hemos visto, los proveedores tienen un deber de prevenir o mitigar los daños que ocasionen, conviene destacar que además del juez de policía local, la Empresa también puede voluntariamente disponer el retiro de productos del mercado en atención a su peligrosidad. Esto es lo que se denominan “*Campañas de Recall*”.

Estas campañas están destinadas a informar a los consumidores y usuarios de los riesgos de los productos peligrosos y/o defectuosos, proceder a su recuperación, y compensar a los consumidores ya sea mediante la reparación del producto, el cambio de este, o bien con la devolución del dinero.

En este sentido, el SERNAC tiene a disposición del público en su página web una Guía para la gestión de campañas de *Recall*, y señala que a lo que apuntan estas campañas es:

- i) Minimizar el riesgo de daño o muerte de los consumidores, evitando el uso del producto inseguro.
- ii) Recuperar o reparar tanto como sea posible todos los productos defectuosos.
- iii) Minimizar los costos e inconvenientes asociados tanto para los consumidores como para la propia empresa.
- iv) Minimizar la necesidad de intervención de las autoridades de gobierno por medio del cumplimiento de la ley, las buenas prácticas empresariales y la responsabilidad social.

¹⁵⁵ Art. 47 inc. 1º de la LPDC: “Declarada judicialmente o determinada por la autoridad competente de acuerdo a las normas especiales a que se refiere el artículo 44, la peligrosidad de un producto o servicio, o su toxicidad en niveles considerados como nocivos para la salud o seguridad de las personas, los daños o perjuicios que de su consumo provengan serán de cargo, solidariamente, del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio, en su caso.”

¹⁵⁶ “Art. 49 inc. 2º de la LPDC: “El juez podrá, en todo caso, disponer el retiro del mercado de los bienes respectivos, siempre que conste en el proceso, por informes técnicos, que se trata de productos peligrosos para la salud o seguridad de las personas, u ordenar el decomiso de los mismos si sus características riesgosas o peligrosas no son subsanables.”

- v) Relevar aprendizajes para evitar situaciones de riesgo futuras o, en su defecto, mejorar el desempeño en los procedimientos de gestión de *Recall*.

Para ello, deben notificar al SERNAC y a la autoridad competente para iniciar un *Recall* tan pronto como se tome conocimiento de un posible defecto en el producto que pudiese hacerlo inseguro. Por otra parte, es conveniente que la notificación que se haga a los consumidores sea a través de medios de difusión masivas considerando al público objetivo del producto.

Finalmente, el rol que toma el SERNAC ante la gestión de dichas campañas es un rol de colaboración con los proveedores, pudiendo proveer guías y recomendaciones, así como también la información de contacto de asociaciones de consumidores y de organismos estatales relevantes.

3.6 Derecho del Trabajo

En cuanto al Derecho del Trabajo, este regula las relaciones de los empleadores con sus trabajadores, quienes como *stakeholders* de la Empresa, comparten -en cierta medida- el destino de la misma.

En primer término, conviene caracterizar la relación laboral. Según señala la doctrina,¹⁵⁷ la postura que adopta nuestro ordenamiento en materia laboral es clara, existe una relación asimétrica entre el empleador y el trabajador, siendo el trabajador la parte débil de la relación y por ende, un sujeto digno de protección.

Gamonal (2013) señala que en Latinoamérica, las legislaciones “contemplan estatutos con normas de orden público que operan como mínimos irrenunciables, en materia de remuneraciones, higiene y seguridad, descansos, capacidad laboral, feriado, término de contrato, etc. Se trata del derecho individual del trabajo.” (p.430).

Ahora bien, si son los ordenamientos quienes fijan el estatuto de protección de los trabajadores, pareciera ser que no existe mucho espacio para configurarse uno de los elementos clave de la RSE, vale decir, la voluntariedad de estas prácticas.

Sin embargo, esto dista de la realidad ya que en atención a la forma en que opera el ordenamiento en materia laboral, si bien se fijan ciertos mínimos, los empleadores se encuentran facultados para ir por sobre esos mínimos en beneficio de los trabajadores incluso generándose incentivos para ello.

3.6.1 Regulación

¹⁵⁷ En este sentido, Gamonal Contreras, S. (2013). EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>

Como señalamos, las normas en materia laboral están abocadas a la protección de una serie de derechos considerados fundamentales para los trabajadores y la regulación de la relación laboral. Estos derechos suelen ser manifestaciones de derechos constitucionales traídos al ámbito de las relaciones laborales, por lo que su inclusión es considerada mínimos irrenunciables e indisponibles para los trabajadores.

Así las cosas, las principales normas de las cuales podemos extraer manifestaciones de la RSE, las encontramos, al menos indirectamente, en el Código del Trabajo, donde la regulación se hace cargo de poder asentar las bases para que las prácticas realizadas por los empleadores que van más allá de sus obligaciones legales puedan ser efectivas.

Para ello corresponde analizar la incorporación de los Códigos de Ética y las Políticas Internas a las prácticas de las empresas, a gran escala, y también esta revolución que significó la incorporación del trabajo remoto y teletrabajo.

a) Códigos de Ética y Políticas Internas

Según señala la Dirección del Trabajo (en adelante la “DT”) los Códigos de ética son: “Un Código de Ética es una herramienta que permite convenir participativamente los estándares éticos y legales que caracterizan a una institución, relevándolos con el objeto de generar una convivencia laboral basada en valores comunes.”. En este sentido, una de las manifestaciones más claras del carácter voluntario de la RSE, es la implementación de Códigos de Ética y Políticas Internas, ya que en ellos las empresas asumen compromisos con sus trabajadores y con el medio respecto a la forma en que desarrollarán su actividad económica, y la serie de principios y procedimientos a través de los cuales esperan regirse. Ahora bien, debemos señalar de qué forma primero, estas pasan a cobrar fuerza.

El artículo 153 del Código del Trabajo, señala que las empresas que cuenten con 10 o más trabajadores deberán contar con un reglamento interno de orden, higiene y seguridad (en adelante “RIOHS”), el cual deberá contener las “las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento” y como señala su inciso segundo, también: “Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.”.

La relevancia del RIOHS está en que resulta necesario que los Códigos de Ética se encuentren incorporados al RIOHS para que sean vinculantes para los trabajadores¹⁵⁸.

Así mismo, las Políticas Internas de las Empresas deben ser conocidas por los trabajadores y encontrarse puestas a su disposición, estas políticas pueden regular diversas cosas, tales como aquellas relativas a vacaciones, remuneraciones, capacitaciones, y otras materias de cumplimiento normativo.

b) Inclusión Laboral Relativo a la Discapacidad

Respecto a la inclusión laboral, podemos comenzar exponiendo sobre inclusión en materia de discapacidad a raíz de la Ley 21.015 publicada el día 15 de junio de 2017, la cual buscaba incentivar la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral, modificando entre otras normas, el Código del Trabajo, reemplazando la redacción del enunciado de su título III del Libro I por “Del Reglamento Interno y la Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad”, e incorporando una serie de normas sobre inclusión laboral, entre ellas el artículo 152 bis, el cual en síntesis, establece que aquellos empleadores que cuenten con 100 o más trabajadores, deberán mantener contratados al menos un 1% de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores.

Posteriormente, el día 1 de noviembre de 2022 entró en vigencia la Ley 21.275, publicada el 15 de octubre de 2020, la que modifica el Código del Trabajo, para exigir de las empresas pertinentes la adopción de medidas que faciliten la inclusión laboral de los trabajadores con discapacidad.

Esta norma modificó el Código del Trabajo, introduciendo un nuevo artículo 157 quáter, introduciendo las siguientes obligaciones para aquellas que se encuentren en la situación descrita por el artículo 157 bis.:

En primer lugar, deben contar con al menos un trabajador que desempeñe funciones relacionadas con los recursos humanos, capacitado en el desarrollo de programas de inclusión laboral (deber de certificación que recae sobre el trabajador). Se entenderá que tienen estos conocimientos los trabajadores que cuenten con una certificación al respecto, otorgada por el Sistema Nacional de Certificación de Competencias Laborales establecido en la Ley N°20.267.

En segundo lugar, deben promover Políticas Internas en materia de inclusión, las cuales deberán ser informadas anualmente a la DT, mediante el envío de una comunicación electrónica, siguiendo lo

¹⁵⁸ Así lo señala la DT en reiteradas ocasiones, como por ejemplo en el ORD. N°6237 de 22 de diciembre de 2017.

señalado en el artículo 157 bis del Código del Trabajo, dentro del mes de enero de cada año. En dicha comunicación

Finalmente, deberán elaborar y llevar a cabo anualmente programas de capacitación al personal de la empresa, a fin de entregarles herramientas para una efectiva inclusión laboral.

En este sentido, la DT ha señalado mediante el Dictamen N°1583/33 de 9 de septiembre del 2023, señalando que corresponderá a la empresa disponer los ajustes necesarios como medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud, a las carencias específicas de las personas con discapacidad que de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

c) Condiciones del trabajo remoto y teletrabajo

A raíz de la pandemia generada por el virus COVID-19, nuestro ordenamiento se vio en la obligación de buscar nuevos mecanismos para el desarrollo de las actividades económicas, dentro de ellas se profundizó en el uso del trabajo remoto.

Así, el 24 de marzo de 2020 se promulga la Ley 21.220, la cual modifica el código del trabajo, incorporando los artículos 152 quáter G y ss., permitiendo así regular de mejor forma el trabajo remoto y teletrabajo

En primer lugar, el art. 152 quáter G, establece la posibilidad de pactar trabajo remoto o teletrabajo “(...) al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo”.¹⁵⁹ Señala el inciso tercero de dicho artículo que “se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.”.

Al respecto los artículos siguientes dejan la decisión de las condiciones a la voluntad del empleador y el trabajador, cuestiones tales como la regulación del lugar donde se presten las funciones (artículo 152 quáter H), la duración de la jornada de trabajo y tiempos de desconexión (artículo 152 quáter H), entre otras.

¹⁵⁹ Con todo, durante la alerta sanitaria se estableció esto como una obligación para los empleadores respecto de ciertos trabajadores, cuestión que se reguló en la Ley 21.391 promulgada el 16 de noviembre de 2021, y la Ley 21.948 promulgada el 4 de noviembre de 2022, las cuales respectivamente establecieron la obligación de los empleadores de ofrecer trabajo remoto a los trabajadores/as que tuvieran bajo su cuidado a menores de edad, adultos mayores y/o personas en situación de discapacidad acreditada; y a las trabajadoras embarazadas.

Adicionalmente, el Código del Trabajo regula dos normas en particular que a nuestro juicio tienen especial importancia a efectos de señalar que estamos ante una manifestación de la RSE. En primer lugar, que no siendo obligatorio para el empleador acordar la modalidad de teletrabajo, este al pactarlo, debe proveer los implementos para su desarrollo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152 quáter L.¹⁶⁰ Adicionalmente, según ha resuelto la DT, mediante ORD. N° 1494, señala que el trabajador voluntariamente puede decidir usar sus propios elementos para el desempeño de sus funciones, en cuyo caso: “las partes podrían acordar que el empleador pague una asignación al trabajador a distancia o teletrabajo por dicho uso, la cual debería ser proporcional a la designación que el trabajador haga de sus bienes al cumplimiento de sus funciones.”

En segundo lugar, según señala el artículo 152 quáter letra N, el empleador conforme a su deber de protección, “(...) siempre deberá informar por escrito al trabajador a distancia o teletrabajador acerca de los riesgos que entrañan sus labores, de las medidas preventivas y de los medios de trabajo correctos según cada caso en particular, de conformidad a la normativa vigente.”. Asimismo, la disposición en su inciso siguiente señala que, con anterioridad al inicio de sus labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá capacitar al trabajador “acerca de las principales medidas de seguridad y salud que debe tener presente” en el desempeño de sus labores.

3.7 Género y RSE

Uno de los ámbitos donde la RSE, sin duda, ha dado que hablar y en donde ha evolucionado y originado cambios tanto a nivel legislativo como a nivel interno en la práctica empresarial, ha sido en el ámbito de género. Como primer acercamiento al capítulo, corresponde mencionar a modo de introducción que las grandes problemáticas identificadas una vez conocido el impacto de los roles de género en las instituciones y sociedad no quedan ajenas al ámbito económico y a su dimensión privada. La gran discusión acerca de la representación femenina en los espacios de toma de decisiones se traspasa al ámbito empresarial a su representación en la alta dirección y puestos gerenciales de las empresas, siendo este el tema central que trataremos en el capítulo¹⁶¹.

¹⁶⁰ Artículo 152 quáter L del Código del Trabajo: “Los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, y este último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador.”

¹⁶¹ Sin perjuicio que reconocemos que existen otras problemáticas relacionadas con género y empresa a las que no nos referiremos en este capítulo, creemos que son igual de importantes y el hecho de no desarrollarlas en este trabajo de investigación es meramente por temas de espacio. Estos temas son: el acoso sexual/laboral en la empresa y la protección a la maternidad y empresas.

Primero, antes de referirnos a la problemática principal del capítulo, explicaremos el concepto de techo de cristal, y como dicho techo se presenta en Chile. Posteriormente, explicaremos la relación que existe entre la diversidad de género y Gobierno Corporativo, la cual en sus inicios era una cuestión controvertida y posteriormente se asentó como uno de los factores claves en el buen gobierno. Por último, mencionaremos las normas que tratan estas materias en nuestro país.

3.7.1 El problema de la escasa diversidad de género en la dirección de las empresas

Como mencionamos anteriormente, la diversidad de género en la alta dirección de las empresas es uno de los problemas actuales que consideramos de mayor relevancia en el ámbito empresarial. En la mayoría de los países (incluyendo el nuestro) las mujeres continúan estando infrarrepresentadas en la alta dirección de las empresas. Esto constituye no sólo un problema de justicia y/o desigualdad, además es un problema de Derechos Humanos, Gobiernos Corporativos y productividad en las empresas.

a) Derechos Humanos

En materia de Derechos Humanos, nuestro país ha contraído un compromiso internacional en relación con la igualdad de género en el ámbito de las libertades económicas de las mujeres al suscribir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Este compromiso se puede apreciar, primero en el artículo 2º de dicha Convención, el cual establece el compromiso de todos los Estados Parte de asegurar, por ley u otros medios apropiados, la realización práctica del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Asimismo, los Estados Parte se obligan a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar usos y prácticas que constituyan discriminación en contra de la mujer.

Además, la misma Convención establece como apropiada la adopción de medidas legislativas que contribuyan a suprimir la discriminación contra la mujer en su artículo 4.1, el cual señala que “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato” . Nosotros creemos que dentro de estas medidas se incluiría la implementación de cuotas de género en los directorios.

Nos parece pertinente agregar en este punto que en los Objetivos del Desarrollo Sostenible (en adelante, los “ODS”), las Naciones Unidas contempla como ODS N° 5 “lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”. En el marco de la Agenda 2030, Naciones

Unidas se ha dedicado a la medición y seguimiento de las mujeres en puestos directivos y a realizar esfuerzos en políticas que permitan alcanzar dicha igualdad en el ámbito privado.

b) Gobiernos corporativos y productividad en la empresa

La diversidad de género en la alta dirección de las empresas es importante en el contexto de los gobiernos corporativos. Cabe hacerse la pregunta en este punto de cuál sería la relación entre la diversidad de género y Gobierno Corporativo. Esta pregunta es pertinente porque inicialmente era una cuestión controvertida hasta hace poco.

En un principio, los primeros códigos de Gobierno Corporativo como el *Cadbury Report* (1992) no recogieron ninguna alusión al tema. Los primeros en referirse a esta cuestión fueron algunos códigos de los países nórdicos en los años 2003 y 2004, y los *Higgs* y *Tyson Report* del Reino Unido, ambos de 2003¹⁶². Es decir, códigos ya del siglo XXI.

Como vemos, esta relación entre diversidad de género y Gobierno Corporativo fue controvertida desde un inicio porque no resultaba dicha relación del todo clara, y porque el universo de mujeres en los directorios era tan escaso que recomendar la incorporación de mujeres a la alta dirección de las empresas se veía por amplios sectores del empresariado y la industria financiera como algo casi exótico y como un elemento extraño al sistema de gobierno corporativo.

Sin embargo, a medida que la diversidad de visiones y competencias de los miembros del consejo fue ganando peso como elemento clave de gobierno corporativo y, por ende, algunos estudios avalaron una relación plausible entre rentabilidad empresarial e incorporación de más mujeres a los concejos, las recomendaciones de mejora de la diversidad de género fueron, paulatinamente, incorporándose a más Códigos e Informes de distintos países.

3.7.2 Techo de cristal: concepto y escenario a nivel nacional

Ahora bien, queremos introducir el presente apartado con la siguiente pregunta ¿por qué ha costado tanto la incorporación las mujeres a las más altas esferas de la administración de las compañías? Lo primero es explicar qué significa la expresión “techo de cristal”. El techo de cristal (en inglés, *Glass Ceiling*), es un concepto o expresión metafórica que suele aplicarse a las mujeres y que se utiliza para representar una barrera invisible que impide que un grupo demográfico determinado supere un

¹⁶² El *Higgs Report* hace hincapié en la importancia de incorporar mujeres a los concejos de administración, especialmente cuando la representación femenina es escasa o nula. A su vez, el *Tyson Report* señala que la diversidad de género conduce a una mejor comprensión del mercado al reflejar la diversidad de sus empleados y consumidores.

determinado nivel jerárquico¹⁶³. En este trabajo de investigación, la expresión alude al techo que impide o dificulta a las mujeres a que lleguen a los puestos más altos de responsabilidad en el desarrollo de sus carreras.

Este techo se debe principalmente a las nociones culturales que tiene determinada sociedad respecto a las mujeres y su rol en la toma de decisiones tanto a nivel público (representación de las mujeres en los poderes del estado) como a nivel privado (representación de las mujeres en directorios y gerencias empresariales), los cuales son los ámbitos donde se manifiesta este techo de cristal. La existencia de esta noción también nos lleva a la idea de que este techo de cristal puede y debe romperse, ¿y cómo? A través de la adopción de ciertas medidas, puesto que de manera natural es difícil o imposible como nos demuestra la realidad (y como demostraremos mediante ciertos datos a continuación).

Adicionalmente, nos referiremos a la manera en que se mide la diversidad de género en el mundo empresarial. La diversidad de género se mide en términos generales con la “regla del equilibrio de género”, la cual consiste en que habría equilibrio de género cuando la representación de un género determinado se encuentra entre el 40% y 60%. Al llegarse a esos porcentajes, entonces, existiría un equilibrio de género. Por otro lado, tenemos a la paridad de género, la cual obviamente es más difícil de alcanzar en el entendido de que existe paridad cuando se alcanza un “50-50” entre los hombres y mujeres de un directorio.

En el ámbito nacional, de acuerdo con la información entregada por la CMF en su “Informe de Género en el Sistema Financiero 2022”, publicado en agosto de 2022, la participación de mujeres en directorios de empresas IPSA alcanza solo un 19,4%. A su turno, en una mirada más general, la participación de mujeres en la totalidad de directorios de empresas que listan en bolsa disminuye a 12,6%¹⁶⁴.

Por otro lado, de acuerdo con el “Tercer Reporte de Indicadores de Género en Empresas en Chile 2021”, realizado por el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género y la Fundación Chile Mujeres, las mujeres tienen un 40,7% de participación en las organizaciones empresariales, pero tan sólo un 21,1% en gerencias de primera línea. Por su parte, existe un 47% de empresas que no tienen ninguna mujer en su directorio. Adicionalmente, indica que la brecha salarial en nivel administrativo y medio es de 9,1% y en el nivel ejecutivo llega a 13,8%¹⁶⁵.

¹⁶³ Estados Unidos. Federal Glass Ceiling Commission. (2015, p. 4)

¹⁶⁴ Chile. Comisión para el Mercado Financiero. (2022, p. 11)

¹⁶⁵ Chile. Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, Fundación Chile Mujeres. (2021, pp. 13-14)

Luego, el Reporte señala que la participación de mujeres en los directorios se mantiene en niveles bajos en todos los sectores, de manera independiente al nivel de “feminización” o “masculinización” de su fuerza de trabajo. Así, por ejemplo, el rubro enseñanza o educación es el que tiene el mayor porcentaje de participación de mujeres en directorios, con un 32,3%; mientras que en los sectores servicio; actividades artísticas, de entretenimiento y recreativas; industria manufacturera; actividades profesionales, científicas y técnicas; construcción; y agricultura, ganadería, silvicultura y pesca, la participación de mujeres en directorios es inferior al 10%¹⁶⁶.

Según estos datos, la realidad mundial se replica en Chile, por tanto, podemos comprobar que el techo de cristal no es mera especulación ni simples teorías, sino una realidad, y siendo una realidad que afecta a las mujeres a lo largo del mundo, deben buscarse medidas a nivel internacional y nacional para remediar dicha situación y propender a la igualdad de género.

3.7.3 Regulación en Chile en materias de género y empresas¹⁶⁷

Hasta el 2021, en Chile no existía exigencia legal ni normativa que obligara a cualquier tipo de sociedades o empresas a que sus órganos de gobierno fueran diversos y estuvieran constituidos por directores de distinto género, nacionalidad, edad o profesión. Esta situación cambió con la publicación de la Ley N° 21.356 que establece la representación de género en los directorios de las Empresas Públicas y sociedades del Estado que dicha ley indica. Sin embargo, en el caso de las empresas privadas aún no existe legislación similar, es más, según nuestra Ley de Sociedades Anónimas es facultad exclusiva de los accionistas de una compañía elegir, en junta ordinaria de accionistas, el directorio de la compañía para que éste la administre y represente legalmente (Artículo 31 LSA). Si bien nuestra legislación establece ciertas prohibiciones legales para ser nombrado director de una sociedad anónima, tales como ser menor de edad o detentar ciertos cargos públicos, entre otras (Artículos 35 y 36 LSA), no se establecen exigencias en cuanto a la composición del directorio y las características de sus miembros diferente a ciertos conceptos de independencia (Artículo 50 bis LSA).

¹⁶⁶ Chile. Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, Fundación Chile Mujeres. (2021, pp. 26-27)

¹⁶⁷ Actualmente existen dos proyectos de ley en tramitación respecto a género y derecho deportivo. Primero, tenemos el Boletín N° 12.505-29 que Modifica la ley N° 19.712, del Deporte, para garantizar la equidad de género en la integración de las directivas en las organizaciones del deporte nacional (y que sigue la línea de los temas a los que nos hemos referido en este capítulo). Además, tenemos el Boletín N° 13.799-29 Modifica la ley N° 19.712, del Deporte, y la ley N° 20.019, que Regula las sociedades anónimas deportivas profesionales, para exigir la aplicación, a los deportistas y en la actividad deportiva, de protocolos preventivos y sancionatorios de violencia de género e intrafamiliar. Sin perjuicio que referirnos a ellos en particular excede el propósito de esta investigación, creemos pertinente mencionarlo en tanto una manifestación de los avances en materia de género en actividades deportivas profesionales.

No obstante, la CMF en su rol regulador ha dictado en los últimos años Normas de Carácter General que han tenido por finalidad regular al mercado y mejorar la información que las sociedades anónimas abiertas entregan sobre materias de gobierno corporativo, RSE y desarrollo sostenible, incluyendo por supuesto en estas materias la diversidad de género de los directorios.

En este apartado nos referiremos, primero a las Normas de Carácter General dictadas por la CMF respecto a diversidad de género en los directorios, y después a otras normas que sí establecen criterios de diversidad de género, pero aplicables a las cooperativas y empresas públicas y sociedades del Estado.

a) CMF y Normas de Carácter General

En este apartado volveremos a referirnos a las NCG 385, 386 y 461, específicamente para analizar el cómo eligió el regulador abordar la diversidad de género en el caso de las sociedades anónimas abiertas.

Como adelantamos en el capítulo anterior, las prácticas contenidas en la NCG 385 sobre Gobierno Corporativo no eran de carácter obligatorio, ya que las sociedades anónimas abiertas estaban obligadas a informar, sobre una base anual, si se adoptaron o no las 99 prácticas contenidas en la Norma y las razones para dar tal respuesta. Una de estas prácticas decía relación con informar acerca de la diversidad dentro del directorio y de la empresa, así como barreras organizacionales, sociales o culturales detectadas que pudieren estar inhibiendo la natural diversidad que se habría dado de no existir esas barreras.

A su vez, la NCG 386 modificó la NCG 30 el año 2015, teniendo por objeto generar los incentivos necesarios para que los inversionistas tomen sus decisiones de inversión privilegiando a aquellas sociedades en que sus intereses estén mejor resguardados. Esta NCG 386, sobre responsabilidad social y desarrollo sostenible si bien no exigía, por ejemplo, que las empresas contaran con cierto número de directoras mujeres, sí obligaba a las sociedades anónimas abiertas a informar cuántas de sus directoras y trabajadoras eran mujeres, además de informar cuántos de sus directores y trabajadores eran extranjeros y chilenos, su rango de edad, la brecha salarial por género, entre otros criterios.

Estas Normas de Carácter General, no lograron avances relevantes en la materia de diversidad, por lo que el regulador optó por cambiar la estrategia de *comply or explain* con la dictación de la NCG 461. Ya adelantamos que con este cambio la CMF pretende dejar de lado el modelo de autorregulación imperante, imponiendo ahora la obligación a ciertas entidades fiscalizadas de integrar en su memoria anual información no sólo de carácter financiero, sino ahora, además, información relacionada con

críterios sociales, medioambientales y de gobernanza. Respecto a la informaci3n relevante en materias de g3nero y diversidad, la NCG 461 de la CMF exige la obligaci3n de informar:

Por un lado, en la secci3n 3 de Gobierno Corporativo exige informar:

- i) C3mo la entidad detecta y reduce barreras organizacionales, sociales o culturales que pudieren estar inhibiendo la diversidad de capacidades, condiciones, experiencias y visiones que, sin esas barreras, se habr3a dado naturalmente en la organizaci3n.
- ii) C3mo la entidad identifica la diversidad de capacidades, conocimientos, condiciones, experiencias y visiones con que deben contar todos quienes desempeñen funciones en los distintos niveles de la organizaci3n, y cu3les son las pol3ticas de contrataci3n a objeto de lograr y preservar esa diversidad.
- iii) Respecto a la conformaci3n del Directorio se deber3 reportar el n3mero total de directores separados por hombres y mujeres, adem3s de la brecha salarial por sexo en funci3n de la media y la mediana, en los t3rminos señalados en la secci3n 5.4.2. de la Norma, en el evento que existan remuneraciones diferenciadas entre directores o que existan regal3as, dietas u otro tipo de compensaciones que no resulten aplicables a todos ello.

Por su parte, en la secci3n 5 de Personas, exige informar:

- i) Informar respecto a la dotaci3n de personal de la empresa el n3mero de personas por sexo.
- ii) Informar respecto de la existencia de pol3ticas de equidad salarial en la empresa y señalar expresamente si se hubieren definido planes y/o metas para reducir las inequidades que pudieran existir en esa materia, presentando las metas que se hubiere autoimpuesto la entidad.
- iii) Informar la brecha salarial anual por sexo y para cada categor3a de funciones definidas al inicio de la secci3n 5.
- iv) Divulgar si la entidad cuenta con pol3ticas para prevenir y gestionar el acoso laboral y sexual, señalando expresamente si cuenta con programas de capacitaci3n sobre esas materias y con canales de denuncia. Adem3s, deber3 divulgar el porcentaje del total de personal que fue capacitado sobre esas materias durante el año, el n3mero de denuncias de acoso sexual durante el año de conformidad con la Ley N°20.005 o con la legislaci3n equivalente aplicable en aquellas jurisdicciones extranjeras donde opere la entidad, y el n3mero de denuncias de acoso laboral durante el año de conformidad con la Ley N°20.607 o con la legislaci3n equivalente aplicable en aquellas jurisdicciones extranjeras donde opere

la entidad, en ambos casos distinguiendo aquellas presentadas ante la misma entidad y ante la Dirección del Trabajo u organismo equivalente.

- v) Divulgar si cuenta con una política que establezca un período de descanso, posterior al nacimiento de un hijo o hija, o una vez otorgada judicialmente la tuición o cuidado personal como medida de protección o cuando se otorga el cuidado personal de un menor de edad en un procedimiento de solicitud de adopción, superior al legalmente vigente, señalando el tiempo definido en número de días, y si esa política tiene entre sus objetivos fomentar la corresponsabilidad parental, señalando cómo se incentiva el uso de permisos de postnatal por parte de hombres. Por ejemplo, indicar si la entidad confiere más días que los mínimos establecidos por ley de permiso post natal paternal y, en caso de que ello fuere efectivo, indicar ese número de días adicionales. Junto con ello se deberá divulgar para cada país en que opera la entidad, el porcentaje de personas, separadas por sexo, que hubieren hecho uso de permisos de postnatal, considerando el número total de personas elegibles para hacer uso de tales permisos. Además, se deberá indicar el promedio de días que hubieren sido utilizados durante el año por categoría de funciones. En particular respecto del post natal ejercible por los padres distinguir entre el permiso post natal paternal de 5 días y el parental de 6 semanas (o menos).

Si bien creemos como un avance que se regule la diversidad de género (u otros temas relacionados) en el mundo empresarial y en el ámbito privado, nuestro principal reparo con las normas anteriormente señaladas es que, a nuestro parecer, el fin último no es la protección de la mujer y de sus derechos, o eliminar la discriminación, o incluso darle una perspectiva de género al mercado, sino meramente entregar al inversionista información completa y exacta relacionada con criterios ESG, siendo en este caso específico aquella relacionada con criterios de género y de diversidad¹⁶⁸.

En efecto, la norma centra su estrategia en la entrega de información relacionada a la diversidad de género dentro de la entidad, exigiendo a nivel de dotación de personal y de composición de la alta dirección informar el número de personas por sexo, pero no se refiere en específico a una valoración de la proporción de los géneros, ni siquiera a nivel de cuota recomendada. Vemos entonces que la

¹⁶⁸ En todo caso, si bien podríamos reconocer como un objetivo de la NCG 461 el incorporar al mercado y actividad financiera la perspectiva de género, lo vemos más bien como un objetivo secundario, que para lograrse no bastaría la mera dictación de normas de *disclosure*, sino que debe ir acompañado además con regulación que impulse de manera directa la incorporación de las mujeres al mercado y la eliminación de brechas de género, o en su defecto, que al menos sugiera dentro de la obligación de información una cuota recomendada para poder propender de manera mucho más efectiva a una regla de equidad de género. De lo contrario seguiremos con avances lentos en la materia.

norma se satisface con la mera entrega de la información del número sin haber una evaluación o recomendación respecto a una determinada proporción o porcentaje en la diversidad.¹⁶⁹.

b) Ley N° 20.881 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Cooperativas¹⁷⁰

El año 2016 se publicó la Ley N° 20.881, mediante la cual, se especifica que las cooperativas deberán “tender a la inclusión, como asimismo, valorar la diversidad y promover la igualdad de derechos entre sus asociadas y asociados”¹⁷¹, y además, se incorpora un criterio de género para que en los órganos colegiados de las cooperativas se pueda asegurar la representatividad de todas las socias y socios. Las cooperativas, con esta ley, se convirtieron en las primeras entidades en incluir normas de carácter imperativo sobre equidad de género en Chile¹⁷².

c) Ley N° 21.356 que establece la representación de género en los directorios de las Empresas Públicas y sociedades del Estado que indica

Con fecha 3 de julio de 2021 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.356 que Establece la representación de género en los directorios de las empresas públicas y sociedades del Estado que indica. La norma consta de un artículo único que dispone que las personas de un mismo género no podrán exceder el 60% del total de los miembros de los directorios de las siguientes entidades:

¹⁶⁹ De hecho, la propia CMF confirma esto en la “Guía de Implementación y Supervisión de la Sección 8.2 de la Norma de Carácter General N° 461”, publicada en septiembre de 2022, cuyo objetivo es el de ofrecer una orientación en relación a la comprensión de los requerimientos de divulgación de los Estándares SASB requeridos en la NCG 461, haciendo públicos elementos a considerar en la supervisión siguiendo buenas prácticas y recomendaciones internacionales, con la expectativa de así mejorar el cumplimiento de la norma por parte de las entidades. En dicha guía al referirse en ciertos sectores industriales al tema de la diversidad e inclusión entre los empleados señala que “Este parámetro se centra en regulaciones y estándares correspondientes a jurisdicciones extranjeras sin que sea clara la existencia de una norma análoga o equivalente. Sin perjuicio que se espera que el directorio intente homologar los requerimientos a la realidad local, si esto no resultara posible entonces la entidad debe indicar claramente las razones por las que estimó que el parámetro no resulta aplicable”. Es decir, en vez de proponer una proporción o criterio específico para el cumplimiento, la CMF prefiere remitirse a regulaciones y estándares extranjeros con la única prevención de que deban dichos estándares o regulaciones homologarse a nuestra realidad.

¹⁷⁰ Con todo, estas se señalan con fines meramente enunciativos, en atención a lo discutible que es atribuirles un carácter de sociedades, en atención a la falta de la persecución del lucro como fin último.

¹⁷¹ Esta diversidad, si bien no especifica aquella de género, se desprende ésta de la modificación al artículo 24, donde se asegura una representación de los socios y socias equitativa en cuanto a su género en los órganos colegiados de las cooperativas.

¹⁷² Decimos “carácter imperativo” porque, si bien la ley señala que el incumplimiento del artículo 24 en ningún caso afectará la validez de los actos efectuados por los referidos órganos colegiados, se estará a lo dispuesto en los artículos 58 y 58 bis de la LGC, que establecen en caso de infracciones a las obligaciones contenidas en la LGC la aplicación de multas a beneficio fiscal o la posibilidad de la revocación de los cargos de las personas infractoras por decisión de la junta general de socios, entre otras sanciones.

- i) Empresas públicas creadas por ley, cuyos directores son designados por acuerdo del Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción o de alguno de aquellos Comités a que se refiere el artículo 7º del decreto con fuerza de ley N° 211, de 1960, del Ministerio de Hacienda, al que dicho Consejo delegue expresamente esta función, y
- ii) Sociedades en que el Estado tenga una participación superior al 50% del capital a través de la Corporación de Fomento de la Producción, y cuyos directores son designados por esta última a través del Comité Sistema de Empresas Públicas SEP, al que el Consejo de la Corporación delega expresamente esa función.

Adicionalmente, la norma señala que en el caso de directorios compuestos por 3 integrantes, las personas del mismo género no podrán exceder de 2.

Respecto a esta norma, nos parece interesante agregar la observación que expondremos a continuación. En la tramitación de esta norma se fusionaron dos boletines: el Boletín N° 9.858-03 (Proyecto de Ley que modifica diversos cuerpos legales para establecer la representación de género en los directorios de las empresas públicas) y el Boletín N° 12.091-03 (Proyecto de Ley que consagra la paridad de género en los directorios de las empresas y sociedades anónimas¹⁷³), pues ambos proyectos de ley se encontraban en tramitación al mismo tiempo y se aprobó la moción de fusionarlos por tratar temáticas parecidas.

Sin embargo, llama la atención que sólo haya prosperado la modificación en las empresas del Estado y no se hayan modificado las empresas privadas. La razón de esto podemos encontrarla en la historia de esta ley. En la discusión de ambos boletines, la tendencia fue de apoyar la regulación de cuotas en empresas del Estado, pero de optar por un sistema de autorregulación en el caso de las empresas privadas, teniendo como principales razones las siguientes:

- i) A nivel regional, ningún país habría avanzado en la dirección de regular cuotas respecto de empresas privadas, por lo que habría que tenerlo en consideración al copiar modelos que puedan no necesariamente ajustarse por completo a nuestra realidad organizacional, cultural, económica y social.
- ii) Dado que la esfera privada conlleva un marco regulatorio absolutamente distinto al de la esfera pública, habría que guardar cuidado en que una posible regulación no conllevara

¹⁷³ Este proyecto pretendía modificar el inciso primero del artículo 31 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, agregando a continuación de la expresión “junta de accionistas” la frase “En la integración del directorio de las Sociedades Anónimas, ninguno de los sexos podrá superar el 60 por ciento del total de los miembros de éste”.

limitaciones a ciertos principios, derechos básicos de las personas y garantías del Estado de Derecho, como la autonomía de los cuerpos intermedios, la libertad asociativa y el derecho a realizar cualquier actividad económica, entre otras.

- iii) Se estimaron ciertas problemáticas respecto al Boletín 12.091-03, como por ejemplo: a) que no especificaba a qué tipo de sociedades anónimas se imponía la norma, b) que el mínimo de directores que puede tener una S.A cerrada son 3, por lo que la imposición de cuotas a este tipo de sociedades podría ser una limitación importante, especialmente para pequeñas y medianas empresas que constituyen sociedades de forma familiar, con personas afines, de confianza o especializadas en un giro en particular, c) que si la aplicación de las cuotas se aplicaba además a los directores independientes, d) surgía la pregunta de quién sería el obligado cuando hay varios accionistas o grupos con derecho a nombrar directores, siendo que en Chile opera el mecanismo 1 acción 1 voto, e) otra pregunta que se suscitaba era si en la nominación de los directores/as suplentes se debía mantener el porcentaje de género, f) también quedaba la duda de si era necesaria la cuota de género en el comité de directores/as, g) que si se aplicaría este porcentaje a las agencias de S.A. extranjeras, entre otras¹⁷⁴.

En línea con lo anterior, el expresidente Sebastián Piñera presentó una indicación al proyecto para sustituir su texto íntegro por un artículo único donde se imponía que las personas de un mismo género no puedan exceder el sesenta por ciento del total de los miembros de los directorios de las a) Empresas públicas creadas por ley, cuyos directores son designados por acuerdo del Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción o de alguno de aquellos Comités a que se refiere el artículo 7° del decreto con fuerza de ley N° 211 de 1960, del Ministerio de Hacienda, al que dicho Consejo delegue expresamente esta función; y b) Sociedades en que el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento del capital a través de la Corporación de Fomento de la Producción, y cuyos directores son designados por esta última a través del Comité Sistema de Empresas Públicas SEP, al que el Consejo de la Corporación delega expresamente esa función. Con dicha indicación se eliminaba la referencia a las empresas privadas, explicando la entonces Subsecretaria de la Mujer y Equidad de Género, María José Abud, que la referencia a las empresas privadas tenía una complicación de carácter doctrinario, respecto de la cual hay posiciones distintas, sugiriendo a la Comisión trabajar, junto a un equipo de asesores, en la elaboración de un proyecto de ley distinto

¹⁷⁴ Historia de la Ley N° 21.356 de 2021 en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2021).

referido a la integración paritaria de los directorios de las empresas privadas¹⁷⁵. Acogida favorablemente la anterior sugerencia por todos los integrantes de la Comisión de Economía, se continuó el proyecto de ley únicamente con las empresas públicas que indica, dejando para futuro la modificación a las empresas privadas.¹⁷⁶

d) Boletín N°15516-34 “Más Mujeres en Directorios”

El proyecto de ley más relevante en la actualidad es el Proyecto “Más Mujeres en Directorios”, contenido en el Boletín N°15516-34, y presentado por los ministerios de Economía, Fomento y Turismo, y Mujer y Equidad de Género del actual Gobierno. Este proyecto tiene por objeto establecer un mecanismo que permita aumentar la participación de las mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales. La fórmula de este proyecto es mixta, es decir, en un principio optará por una regulación de *comply or explain* (cuota sugerida), pasando luego a regulación propiamente tal (cuota requerida). Concretamente, el proyecto de ley

¹⁷⁵ Historia de la Ley N° 21.356 de 2021 en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2021).

¹⁷⁶ Con fecha 15 de junio de 2021 ingresa vía moción parlamentaria el Boletín N°14.314-34 que crea un mecanismo de nombramiento e integración de los directorios de empresas públicas, y en aquellas en que el Estado tenga participación, en que se procure la paridad de género. Este proyecto de ley consta de un artículo único que establece que los directorios de las empresas públicas o de aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación, se conformarán tendiendo a un equilibrio de género. Si bien el proyecto presenta espacios comunes muy similares con la actual regulación, también presenta ciertos aspectos novedosos en comparación con la Ley N° 21.356. Estos aspectos son los siguientes: a) **Ámbito de aplicación:** el presente proyecto de ley amplía el ámbito de aplicación de las reglas sobre equilibrio de género. Mientras que la Ley N° 21.356 se limita a las empresas públicas creadas por ley cuyos directorios son designados por la CORFO y las sociedades en que el Estado tenga una participación superior al 50%, el proyecto de ley propone un ámbito de aplicación mucho más amplio al referirse en su inciso primero a “los directorios de empresas públicas o de aquellas en que el Estado tenga aportes, participación o representación.” Esta propuesta no distingue según el ente que interviene en la nominación de los directores, bastando para su aplicación el que el Estado tenga alguna clase de participación. b) **Reglas sobre concursos:** las reglas iii), iv) y v) del proyecto se refieren a casos en que los nombramientos de los directores se efectúan mediante concursos públicos y dispone que estos tengan lugar con equilibrio de género. En relación con esto debe recordarse que el sistema de Alta Dirección Pública que regula la Ley N° 19.882 a partir de su artículo 36, se aplica a los servicios públicos que regula la Ley de Bases de la Administración del Estado, Ley N° 18.575, en su Título II. Este último excluye expresamente a las empresas públicas creadas por ley (artículo 21, inciso 2°), de manera que las normas del sistema de alta dirección pública no se aplicarían para la selección de los directores de empresas del Estado. No obstante, en el sistema de empresas públicas a que se refiere actualmente la Ley N° 21.356 es posible encontrar normas que remiten al sistema de Alta Dirección Pública para el nombramiento de cargos ejecutivos y, eventualmente, de los miembros del directorio, siendo posible afirmar que el SEP ofrece una variedad de formas de designación de directorios, que dependerá de las regulaciones propias de los cuerpos normativos que son aplicables a cada una de ellas. En caso de que el proyecto que se analiza se transforme en ley, y considerando la ampliación del ámbito de aplicación señalado anteriormente, todas las empresas del sector público quedarían obligadas por las reglas que se proponen, con independencia de sus regulaciones particulares. Dadas las reglas iii), iv) y v) que se proponen, también quedarían amparadas aquellas empresas que realizan su nombramiento de directores por el sistema de alta dirección pública. c) **Regla final:** la regla final que propone el proyecto innova en comparación con la Ley N° 21.356, pues el articulado de esta última limita el equilibrio de género a los casos en que el porcentaje de participación que el Estado mantiene en la sociedad sea superior al 50%.

establece que, para las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales, una vez entre que en vigencia la norma, regirá un modelo de cuota sugerida, acompañado de una obligación de explicar a la entidad fiscalizadora (la CMF) las razones detrás de un eventual incumplimiento. Esta cuota sugerida busca que en un periodo de 6 años se alcance la participación de mujeres en los directorios en un 40%. Luego, al sexto año de vigencia de la ley, la cuota sugerida del 40% pasará a ser una cuota requerida. A partir de ese momento, si no se cumple con el porcentaje mínimo de mujeres, esta elección deberá repetirse hasta cumplirlo. Si el incumplimiento perdura la CMF podrá aplicar sanciones.

El proyecto de Ley del Gobierno presenta las siguientes diferencias respecto del anterior proyecto del Boletín N° 12.091-03 del que hablamos anteriormente:

i. Ámbito de aplicación

Mientras que el antiguo proyecto se aplicaba a las sociedades anónimas sin distinguir el tipo, el actual proyecto delimita específicamente la aplicación a las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales.

ii. Género y cuota requerida

Mientras que el antiguo proyecto proponía que ningún “sexo” superara al otro en un 60%, el nuevo proyecto propone una integración de mujeres de al menos un 20% dentro de los primeros 3 años, y posterior a dicho periodo de al menos un 40%.

iii. Fórmula elegida y cumplimiento gradual

Mientras que el antiguo proyecto establecía en un tiempo más bien inmediato una cuota obligatoria, el actual proyecto establece una fórmula mixta y gradual, estableciendo en un principio un modelo de autorregulación (comply or explain) diferido, para luego pasar a la regulación propiamente tal. Se detalla el cumplimiento diferido de la siguiente forma:

- i) Durante los primeros 3 años contados desde el primer mes desde la publicación de la ley en el Diario Oficial, se sugerirá cumplir con una cuota de la menos un 20% de mujeres.
- ii) Entre el tercer y quinto año inclusive, la cuota sugerida será de al menos un 40% de mujeres. Durante todo este período, si una empresa no cumple con la cuota sugerida de al menos 20% o 40%, según corresponda, deberá entregar las razones y fundamentos de dicho incumplimiento a la CMF, las que serán publicadas por la entidad fiscalizadora y además deberán estar disponibles en el sitio web institucional de la respectiva sociedad, en caso de disponer de uno

iii) Al sexto año, y con la completa entrada en vigencia de la ley, la cuota sugerida de al menos un 40% pasará a ser una cuota requerida. En adelante, si en la elección de directorio en una junta de accionista no se cumple con el porcentaje mínimo de mujeres, esta elección deberá repetirse hasta cumplirlo. Si el incumplimiento perdura, la CMF podrá aplicar sanciones de acuerdo con las reglas generales y a su política de fiscalización.

iv. Mecanismo para garantizar el cumplimiento de la paridad

Mientras que en el nuevo proyecto se señala que los accionistas de cada sociedad determinarán la forma o mecanismo para cumplir con la cuota sugerida o requerida, según el caso, de acuerdo con su propia realidad y estatutos, el antiguo proyecto no señalaba nada respecto a esta materia.

v. Fiscalización del cumplimiento por parte de la CMF

Mientras que el nuevo proyecto establece específicamente que el ente encargado de fiscalizar las disposiciones de la ley será la CMF, el antiguo proyecto tampoco se refería a esta materia.

vi. Equivalencia entre directoras titulares y suplentes

Mientras que en el antiguo proyecto surgía la duda respecto del caso de los directores y las directoras suplentes, en el nuevo proyecto se trata en específico este tema, señalando que las directoras suplentes de aquellas directoras titulares de las sociedades anónimas contempladas en el proyecto también deberán ser mujeres. Esta obligación comenzará a regir desde el sexto año, contado a partir del primer mes de la publicación de la ley.

Nuestra opinión respecto de este proyecto es en general positiva, pues como vimos al comparar el antiguo proyecto con éste, podemos concluir con claridad que este proyecto es mucho más completo. También estamos profundamente en desacuerdo con aquellos que argumentan estar en contra del proyecto actual y prefieren en cambio un sistema de *comply or explain*, donde el incumplimiento sea sancionado por la opinión pública, mercado y consumidores, o aquellos que estiman que la empresa sea la principal responsable de autoimponerse políticas de género.

En primer lugar, porque como hemos mencionado reiteradas veces en este trabajo, ya que, respecto a temáticas de diversidad en nuestro país ha operado un sistema de *comply or explain* desde el 2015 con las NCG 385 y 386, sin haber avanzado sustancialmente en la materia.

En segundo lugar, porque no creemos que exista una incompatibilidad entre un sistema de cuotas y la búsqueda de otras políticas tanto en la esfera privada como pública que propendan a la inclusión y la diversidad de género en la empresa, es más, consideramos hasta eficiente dicha mezcla, puesto que la opción de las empresas de autoimponerse políticas de género, siempre ha existido, y en caso de no

haberlo hecho antes bajo el argumento de no haber tenido incentivos, creemos que dichos incentivos existen desde que se puede vislumbrar un creciente interés de los inversionistas por los criterios ESG a la hora de evaluar las prácticas de una empresa, incluyendo dentro de ellas la aplicación de criterios de género y diversidad, entonces, quizás, el mero reproche del mercado no basta por sí solo para avanzar en estas materias.

Por último, no estamos de acuerdo con dichas críticas porque el proyecto de este Gobierno precisamente sigue el modelo de *comply or explain* mediante su fórmula mixta, por lo tanto, aquellos que prefieren un modelo de autorregulación deberían saber que sí contaremos con éste durante varios años mediante el sistema de cuotas sugeridas.

Sin embargo, creemos que podría suscitarse un problema práctico en el caso de la norma que exige repetir indefinidamente la elección hasta lograr la cuota, pues si los accionistas insisten en votar mayoritariamente por directores hombres no existe un número de intentos definidos, pudiendo prolongar de manera excesiva dicha elección. Respecto a este caso, quizás sea bueno precisar que en caso de no lograrse el porcentaje mínimo no se afectará la validez de la elección, sin perjuicio de las sanciones que puedan aplicarse a la infracción de la ley. Tampoco queda claro quién asumirá las sanciones en caso de contravención de la ley: ¿los accionistas de manera solidaria? ¿los accionistas cuyo voto no se condice con la ley? ¿el controlador de la sociedad o quienes tengan el poder suficiente para elegir más de un director? ¿la sociedad como persona jurídica? Esperamos que en el avance de la tramitación del proyecto se logre dar respuesta a dichas preguntas.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta tesis, abordamos el concepto de RSE, la evolución que este concepto ha tenido en nuestro ordenamiento, y distintas manifestaciones de la RSE en el derecho sectorial que a nuestro juicio resultan relevantes para entender el panorama actual en esta materia, todo con la finalidad de entender la regulación en materia de RSE y en qué punto del espectro entre regulación y autorregulación podían encontrarse la implementación de prácticas de RSE en nuestro ordenamiento. En la búsqueda de respuesta a dichas preguntas se ha llegado a las siguientes conclusiones.

1. El concepto de Responsabilidad Social Empresarial nace al alero de distintas discusiones en materia corporativa

En primer lugar, abordamos la serie de problemáticas que nos llevan al concepto de Responsabilidad Social Empresarial. Para ello señalamos la existencia de una voluntad de la compañía, distinta de los individuos que la conforman, y los mecanismos para que ésta manifieste su voluntad, esto es, a través de la existencia de órganos societarios en quienes la entidad delega las facultades necesarias para que actúen por ella.

Posteriormente, abordamos la problemática de la separación del control y la propiedad y cómo esto nos encauza hacia los denominados problemas de agencia y las complicaciones que surgen en la relación empresarial entre principales y agentes.

Con el fin de buscar solución a los problemas de agencia, articulamos mecanismos de mitigación de dichos riesgos en la actividad de los administradores mediante el establecimiento de deberes fiduciarios de cuidado y lealtad, los cuales, a su turno, se afirman del concepto de interés social, el cual, según la corriente que se siga, puede orientarse hacia maximizar las utilidades para los dueños de la compañía, o buscar maximizar los beneficios de los stakeholders.

A su vez, nos referimos a los gobiernos corporativos, como estos surgen a partir de la búsqueda de respuestas a los problemas de agencia y la utilidad que tienen para encauzar la actividad de la organización a sus fines. Además, destacamos el rol que las discusiones sobre los modelos han tenido en la inclusión de los distintos actores y la manifestación de ciertos valores trascendentales.

Cerramos la parte preliminar haciendo una síntesis de la pugna entre regulación y autorregulación, la cual de una forma u otra se manifiesta a lo largo de todos los puntos tratados, ya que, es a partir de la búsqueda de solución a los problemas que ha enfrentado la economía y el comercio atendiendo a las

consideraciones jurídicas, financieras y éticas, que las grandes compañías han entendido su rol social, permitiendo el desarrollo del concepto de la Responsabilidad Social Empresarial.

2. El concepto de Responsabilidad Social Empresarial es de difícil determinación

Definir de manera omnicomprendiva el concepto de Responsabilidad Social Empresarial, es en extremo difícil, en atención a que existen múltiples visiones de lo que debería ser su significado, además de confundirse con conceptos muy relacionados a ella, tales como las prácticas de buen gobierno, altruismo, interés social, filantropía, ética corporativa, sustentabilidad, etc.).

Con todo, no podemos olvidar la evolución del concepto a lo largo del tiempo, destacando las siguientes etapas:

- a. El periodo comprendido entre la década de los 50' y los 60'.

Se señala este periodo como el inicio de la Responsabilidad Social Empresarial como concepto propiamente tal. En este sentido, en los años 50' la doctrina resume la significación de la RSE en tres ideas centrales: La idea de los administradores como *public trustees*; la idea de balancear las demandas enfrentadas con recursos corporativos; la aceptación de la filantropía como una manifestación de que el sistema apoya las causas nobles. En los años 60' si bien existe discusión sobre la existencia de deberes supra legales, este periodo estuvo marcado por una visión macroeconómica de la RSE cargada con un fuerte contenido ético.

- b. El periodo comprendido entre la década de los 70' y los 80'.

Durante gran parte de la década de los 70', la discusión se centró en el modelo del interés propio defendido por Friedman. La doctrina procede a señalar que la RSE comprende las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales que tiene la sociedad en algún punto determinado en el tiempo, para posteriormente hacer referencia al Rendimiento Social Empresarial asociado a esta.

Durante la década del 80' nos acercamos a intereses sociales más sensibles a las necesidades y condiciones de los *stakeholder*. Se enfatiza por algunos autores que el rendimiento social empresarial puede integrar las tres orientaciones principales: La orientación filosófica, la orientación institucional y la orientación organizacional.

- c. El periodo comprendido entre la década de los 90' y hasta la década de los 10'.

Debido a las tecnologías de la información y comunicación, junto al impulso de organizaciones internacionales, se produce una expansión y masificación de la Responsabilidad Social Empresarial, la que, en atención a la importancia de la sustentabilidad social y medioambiental, se transforma en un punto estratégico importante para las empresas.

d. A partir del 2010 a la actualidad.

A partir del 2010, se consolidan los cambios introducidos en el periodo anterior, y cobra más fuerza el rol de las empresas como generadoras de valor para ellas y para la sociedad. En este sentido, la pandemia de COVID-19 ha acelerado aún más el desarrollo de la RSE, ya que los gobiernos y las empresas han tenido que tomar medidas para responder a las crisis sociales y medioambientales.

Ante estas dificultades y entendiendo su evolución, creemos que lo mejor es utilizar una definición simple que no limite el potencial del concepto, por lo que nos valdremos de la definición de la Comisión Europea, la que la define como “La responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”.

3. Es esencial entender el carácter voluntario de la RSE, así como el rol que juega la búsqueda de la rentabilidad (entendida como necesaria para la continuidad de la empresa), la ética y la reputación corporativa

Sin importar la concepción a la que se adscriba, podemos señalar que existen cuatro características que pueden extraerse unívocamente del análisis de la Responsabilidad Social Empresarial.

En primer lugar, su carácter voluntario. Esto no implica que no exista un rol del legislador en impulsar de una u otra forma la existencia de prácticas socialmente responsables, sino que su razón de ser se encuentra en la voluntad de las compañías.

En segundo lugar, es necesario privilegiar la rentabilidad de la empresa. Si una sociedad no es rentable, está destinada a perecer, ya que, sin perjuicio de que existan otras figuras que puedan tener iniciativas socialmente responsables, las sociedades que estudiamos tienen como elemento central el lucro.

En tercer lugar, su relación con la ética corporativa. Son conceptos diferentes, sin embargo se encuentran profundamente relacionados. El análisis a priori de si una compañía actúa de forma socialmente responsable no necesariamente se enmarca dentro de conductas corporativas éticas, luego de un análisis de fondo.

En cuarto lugar, está la relación con la reputación corporativa. Siempre existirá una intención entre las empresas por difundir las prácticas socialmente responsables en las que incursionen para captar la atención de los *stakeholders*, y en general, esto tiene impacto en sus resultados financieros (cuestión analizada por las empresas a raíz de la implementación de factores ESG), y por lo mismo, existe un interés constante por parte de las empresas de la difusión por parte de sus prácticas de Responsabilidad Social Empresarial.

4. Es necesario atender a la discusión entre regulación y autorregulación

A lo largo del trabajo hicimos un análisis de una serie de discusiones de relevancia tanto para el surgimiento del concepto de Responsabilidad Social Empresarial, como para el desarrollo de aquellos conceptos de los que ésta se sostiene.

En este sentido, pocas discusiones permean tanto nuestro trabajo como lo es la discusión entre regulación y autorregulación, cuestión que vimos reflejada directamente al comenzar a hablar de problemas de agencia y Gobiernos Corporativos.

Esta discusión podemos en principio encontrarla en torno a los problemas de agencia, y las soluciones que ofrecen las escuelas contractualista e institucionalista. En síntesis, las dos escuelas tienen visiones opuestas sobre cómo abordar los problemas de agencia. La escuela contractualista confía en el mercado para resolver los problemas, mientras que la escuela institucionalista cree que es necesario un mayor control por parte del legislador y/o el regulador. Como hemos desarrollado, ambas posturas presentan sus pros y sus contras, entendiendo que, por un lado, se asocia a la autorregulación con los mayores escándalos económicos, de los últimos tiempos; mientras que la regulación puede desincentivar al desarrollo económico al imponer normas excesivamente onerosas de cumplir.

Por su parte, en materia de Gobiernos Corporativos, al discutir sobre que modelo adoptar entre aquellos correspondientes al *shareholder model* y al *stakeholder model*, podemos ver que los primeros se inclinan por seguir el camino de la autorregulación a través de códigos de conducta, mientras que los segundos se encaminan a seguir el camino de la regulación.

A su vez, esta pugna tiene directa incidencia en las técnicas regulatorias que adopten los Estados para incorporar en sus ordenamientos prácticas de Responsabilidad Social Empresarial, por ejemplo, estableciendo incentivos para favorecer la implementación de estas prácticas, deberes específicos a ciertos sectores e industrias, entre otros.

En consecuencia, concluimos que para hablar de Responsabilidad Social Empresarial, nunca puede obviarse la discusión entre regulación y autorregulación, ya que entendiendo la pugna se puede comprender de mejor manera en que punto del espectro se encuentra el modelo regulatorio que tienen los diversos ordenamientos jurídicos en esta materia, surgiendo como pregunta a esta investigación cuál modelo existe en Chile y justificando dicha respuesta mediante el análisis de las normas existentes.

5. En nuestro ordenamiento jurídico, la principal vía por la que se ha regulado la Responsabilidad Social Empresarial ha sido mediante las NCG de la CMF, en donde podemos ver claramente la evolución que ha tenido el modelo regulatorio

Sin perjuicio de que hubieron primeras aproximaciones a la regulación de la RSE en normas anteriores a las NCG, la principal vía por la que se ha regulado la RSE en Chile ha sido mediante las NCG de la ex Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero. Y el motivo por el cual las NCG han sido la principal vía regulatoria de la RSE se explica porque en Chile se ha estimado que el ente regulador del mercado sea el encargado de regular los Gobiernos Corporativos, incluyéndose en éstos a las prácticas de Responsabilidad Social Empresarial, debido a la potente relación que existe entre ambos.

La importancia del estudio extenso que en esta obra se ha dedicado a las Normas de Carácter General tiene su razón en que en estas normativas se puede observar la evolución que ha tenido la regulación de la RSE (y en el derecho sectorial, cuestión a la que nos referiremos más adelante). En sus comienzos, la principal técnica regulatoria de la RSE fue mediante la autorregulación, pues requería a las sociedades anónimas abiertas informar a la SVS si adoptaban aquellas prácticas de gobierno corporativo listadas en el anexo de la normativa y en caso de que no adoptarlas, informar las razones del no cumplimiento. Mediante la dictación de la NCG 341 el año 2012, la SVS tuvo por objeto imponer, por primera vez, el modelo normativo de autorregulación en Chile, mediante la técnica de *comply or explain*, la cual fue perfeccionándose con la dictación de las NCG 385 y 386. Sin embargo, el avance en materias propias del desarrollo sustentable y la RSE que se pretendía con el modelo de *comply or explain* fue lento e ineficaz, y diversos estudios contemporáneos a dichas normativas concluyeron que los resultados obtenidos diferían mucho de los esperados. Por lo anterior es que la NCG 461 el año 2021 fue dictada precisamente con el fin de dejar atrás el modelo imperante de *comply or explain*, pues ahora las entidades fiscalizadas por la normativa estarían obligadas a incluir en su memoria anual información acerca de las políticas de gobierno corporativo, sustentabilidad y ESG que dichas entidades tenían.

Es por el importante vuelco que tuvo la CMF en su técnica regulatoria de las prácticas de RSE, que podemos vislumbrar la evolución normativa. En síntesis, la regulación de la RSE dejó de lado el modelo de autorregulación, con el foco en el *comply or explain*, para acoger el modelos híbridos, o si se quiere, de regulación con matices, poniendo énfasis ahora en la divulgación de información.

6. En nuestro ordenamiento, actualmente las manifestaciones de RSE no se encuentran de manera sistematizada

Al realizar el análisis normativo, podemos ver que no existe una norma única que regule prácticas de Responsabilidad Social Empresarial de manera sistematizada y ordenada. Para hacer un análisis de la orientación que ha adoptado nuestro país frente ésta, fue necesario dedicarse a revisar normas de derecho sectorial emitidas tanto por el legislador, como del regulador en el uso de su potestad

normativa. Asimismo, generalmente estas prácticas no están denominadas como tales, viendo solamente escasas menciones expresas de ella en nuestro ordenamiento.

7. Sin perjuicio del carácter voluntario de la RSE, la tendencia reciente en nuestro ordenamiento es abandonar modelos puramente autorregulatorios, apuntando hacia modelos matizados que se enfoquen en el establecimiento de incentivos, modelos mixtos (disclosure) y de regulación, las que de todas formas no resultan uniformes

En las manifestaciones de Responsabilidad Social Empresarial que encontramos en nuestro ordenamiento, podemos apreciar que el legislador y el regulador no han seguido una solución única para influir en la implementación de prácticas socialmente responsables.

Sin embargo, del análisis de las normas de derecho sectorial podemos decir que, si bien, en diversas materias encontramos normas que fijan incentivos para el actual socialmente responsable, las cuales típicamente pueden encontrarse en modelos de autorregulación, también encontramos normas que imponen verdaderos deberes para las empresas, con el fin de que se responsabilicen del impacto que generan a los *stakeholders*, lo que resulta propio de modelos regulatorios.

También podemos señalar la existencia de normativa y regulación, que impone a las compañías ciertos deberes de información respecto de los cuales su incumplimiento va aparejado de verdaderas consecuencias jurídicas, los llamados modelos de disclosure, los cuales en la discusión regulación v/s autorregulación, pueden ser catalogados como un punto intermedio (sin perjuicio de asemejarse más a modelos de regulación).

Finalmente, podemos señalar que en atención a la forma en que el legislador y el regulador introducen manifestaciones de Responsabilidad Social Empresarial en nuestro ordenamiento, la tendencia es a abandonar aquellos modelos de autorregulación extrema, donde éstos no tengan injerencia alguna en la implementación de prácticas socialmente responsables, y adoptar modelos híbridos, que en definitiva, nos acercan más a modelos regulatorios.

8. La evolución de la RSE en nuestro ordenamiento ha sido un paso necesario. Gracias al creciente interés de los inversionistas en el último tiempo es que la regulación ha avanzado. Creemos que el avance ha sido positivo, pero estamos a la espera de los efectos de este cambio de paradigma

De la investigación podemos concluir que el cambio en el modelo de autorregulación a deberes de información materializado en las Normas de Carácter General de la Comisión para el Mercado Financiero, y la proliferación de normas relativas a materias ESG y propias de la Responsabilidad Social Empresarial, ha sido necesaria pues la autorregulación en nuestro país no obtuvo los avances

y resultados esperados en su momento. El fracaso de este modelo y la urgencia del mercado de incorporar a las empresas las prácticas de RSE popularizadas a nivel internacional llevó a nuestro ordenamiento jurídico a optar por el vuelco a modelos más cercanos a la regulación. Creemos que, si bien el cambio en la regulación no ha sido uniforme a lo largo del ordenamiento, de igual manera nos parece una respuesta positiva, pues los participantes del mercado -en especial los inversionistas- ya no se identifican con los negocios centrados puramente en el lucro, sino en la creación de valor acompañada de la sostenibilidad y la incorporación de los intereses de los *stakeholders* en sus transacciones, por lo tanto, es naturalmente lo más lógico optar por técnicas regulatorias que incentiven la incorporación de la Responsabilidad Social Empresarial, el cumplimiento por parte de las empresas de sus prácticas y la fiscalización de dicho cumplimiento. Esperamos que la innovación en la técnica regulatoria pueda lograr resultados rápidos y eficientes que respondan de manera correcta a las necesidades actuales de los inversionistas y participantes del mercado en general, por lo que estaremos atentos a los efectos de esta nueva ola y tendencia regulatoria.

BIBLIOGRAFÍA.

Alcalde Rodríguez, E. (2013). *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas: responsabilidad civil y penal administrativa*. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Alcalde Rodríguez, E. (2007). *La Sociedad Anónima: Autonomía privada, interés social y conflictos de interés*. Editorial Jurídica de Chile.

Alcalde Silva, J. (2018). Actualidad legislativa. *Revista chilena de derecho privado*, (31), 381-425. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200381>

Aldunate Levrini, L. y Peirano Vásquez, F. (2008). *Responsabilidad Social Empresarial en Chile: Enfoque Interno*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/108470>

Anand, A.I. (2005). Voluntary vs. Mandatory Corporate Governance: Towards an Optimal Regulatory Framework. En *American Law and Economics Association Annual Meetings, 16th annual meeting*, Working paper, No. 44. Recuperado de <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1537&context=alea>

Andrade, V. (2022). Chilean Consumer Law and Policy: A Brief Outlook. *Journal of Consumer Policy*, 45(1), 49-69. Recuperado de <https://doi.org/10.1007/s10603-022-09505-8>

Anguita Oyarzún, C. (2012). El rol del derecho en la responsabilidad social de la empresa. *Ars boni et aequi*, 8(1), 215-233.

Araya Paredes, I. (2018). *Other People's Money (El dinero de los demás)*. Cine y Derecho, Santiago: Rubicón, 150-169.

Armour, J., Hansmann, H. & Kraakman, R. (2017). Agency Problems and Legal Strategies. En Kraakman, R. (Eds) *The anatomy of corporate law: comparative and functional approach*. (3ª ed.). Recuperado de <https://doi-org.uchile.idm.oclc.org/10.1093/acprof:oso/9780198739630.003.0002>

Balmaceda Hoyos, G., Juppet Ewing, M.F., y Guerra Espinosa, R. (2019). *Compliance: una visión general desde la perspectiva penal y comercial*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Berman, S. Wicks, A. Kotha, S. Jones, T. (1999) Does stakeholder orientation matter? The relationship between stakeholder management models and firm financial performance. *The Academy Of Management Journal*, 42 (5), 488-506.

Bernet Páez, M.A. (2004). El gobierno de las sociedades abiertas. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 16, 33-57.

Boatright, J. (2015). Fiduciary Duty, *preparado para Wiley Encyclopedia of Management*, 2, 890-894 en C.L. Cooper & otros. Recuperado de <https://doi.org/10.1002/9781118785317.weom020115>

Boffo, R., y Patalano, R. (2020). “ESG Investing: Practices, Progress and Challenges”, OECD Paris. Recuperado en <https://www.oecd.org/finance/ESG-Investing-Practices-Progress-Challenges.pdf>

Calderón Alzate, B. (2009). *Regímenes Internacionales y Responsabilidad Social de las Empresas. Caso: Lineamientos para empresas multinacionales de la OCDE*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110837>

Carroll, A. (1991) The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Towards the Moral Management of Organizational Stakeholders. *Business Horizons*. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/4883660_The_Pyramid_of_Corporate_Social_Responsibility_Toward_the_Moral_Management_of_Organizational_Stakeholders/link/59dd0727aca27218a7605221/download

Collado González, R. (2013). *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*. Santiago: Legal Publishing.

Chile. Comisión para el Mercado Financiero. (2022). *Informe de Género en el Sistema Financiero 2022*. Recuperado de https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articles-52460_recurso_1.pdf

Chile. Comisión para el Mercado Financiero. (2021). *INFORME FINAL: Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual*. Recuperado de https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=c7cce0d0ef34e69eb4391d1a345c9d81VFdwQmVVMVVSWhOUkZFeFRtcFpkMDFuUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1641417631

Chile. Comisión para el Mercado Financiero. (2021). *Proyecto Normativo: Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual (INFOGRAFÍA)*. Recuperado de https://www.cmfchile.cl/institucional/legislacion_normativa/normativa_tramite_ver_archivo.php?id=2021032275&seq=3

Chile. Dirección del Trabajo. *Código de Ética de la Dirección del Trabajo*. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-116560_recurso_2.pdf

Chile. Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, Fundación Chile Mujeres. (2021). *Tercer Reporte de Indicadores de Género en Empresas en Chile 2021*. Recuperado de

https://minmujeryeg.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/REPORTE_INDICADORES_GENERO_2021_V6_PAGINA.pdf

Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores. (2017). *Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas*. Recuperado de https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20171109/asocfile/20171109170236/plan_de_accion_nacional_de_ddhh_y_empresas.pdf

Chile. Servicio Nacional del Consumidor. *Guía de Proveedores: Gestión de campañas de Recall* (s.f.). Recuperado de https://www.sernac.cl/portal/619/articles-53801_archivo_01.pdf

Chile. Superintendencia de Valores y Seguros. (2015). *INFORME FINAL: Fortalecimiento de Estándares de Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas Abiertas*. Recuperado de http://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=368a3c2505c87dfb861e1c7890281dacVFdwQmVFOUVRVEZOUkVFMFRXcEpkMDVuUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1584105013

Cortez, J. (2021, 30 de noviembre). *ESG y su Importancia en la Regulación y el Gobierno Corporativo de las Empresas* [Sesión de conferencia]. XI Jornada de Gobierno Corporativo del CGCUC, Santiago, Chile. Recuperado de <https://centrogobiernocorporativo.uc.cl/noticias/327-dias-de-la-reciente-publicacion-de-la-nueva-ncg-461-se-realizo-la-xi-jornada-de-gobierno-corporativo-del-cgcuc-esg-y-su-importancia-en-la-regulacion-y-el-gobierno-corporativo-de-las-empresas>

Crifo, P. & Rebérioux, A. (2016). Corporate Governance and Corporate Social Responsibilities: A typology of OECD countries. *Journal of Governance and Regulation*, 5(2), 14-27.

De la Maza Gazmuri, I (2003). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (1), 109-148.

Estados Unidos. Federal Glass Ceiling Commission. (2015). *Solid Investments: Making Full Use of the Nation's Human Capital*. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20141108194808/http://www.dol.gov/oasam/programs/history/reich/reports/ceiling2.pdf>

Fasterling, B. (2012). Development of norms through compliance disclosure. *Journal of Business Ethics*, 106, 73-87.

Friedman, M. (13 de septiembre de 1970) The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits. *New York Times Magazine*, pp. 122-126.

Gamonal Contreras, S. (2013). EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>

Garde, H. (2012). Modelos de gobierno corporativo. *Enfoques: Contabilidad y Administración* (3), 111-119.

Gadinis, S., & Miazad, A. (2021). A Test of Stakeholder Governance. En SSRN Electronic Journal. Elsevier BV. Recuperado de <https://doi.org/10.2139/ssrn.3869176>

Gindis, D. & Petrin, M. (2020). Economic Analysis of Corporate Law, *prepared Encyclopedia of Law and Economics*, en A. Marciano & G. Ramello, (Eds), Springer. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3576513>

Godoy Uson, M.P., Walker Hirschfeld, E., y Zegers Ruiz-Tagle, M. (2018). Análisis del primer intento de imponer autorregulación sobre gobierno corporativo en Chile: resultados de un oxímoron. *Revista chilena de derecho*, 45(1), 179-210. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100179>

Guerra Toro, F., Higuera Fernández, K., Molina Araya, F. y Villagrán Duhalde, P. (2015). *Estudio comparativo sobre responsabilidad social entre empresas y países*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/131943>

Hansmann, H. & Kraakman, R. (2003). El rol esencial del Derecho de las Organizaciones. *Themis Revista de Derecho* (46).

Historia de la Ley N° 20.382 de 2009 en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile* (2009).

Historia de la Ley N° 21.356 de 2021 en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile* (2021).

IOSCO. (19 de enero 2019). *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers* [Comunicado de prensa]. Recuperado de <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD619.pdf>

Jarach, D. (1982). *El hecho imponible*. (3a ed.). Buenos Aires, Argentina: Albereto-Perrot.

Jequier Lehuède, E. (2016). *Curso de Derecho Comercial. Tomo II. Vol I*, Thomson Reuters.

Jequier Lehuède, E. (2016). *Curso de Derecho Comercial. Tomo II. Vol II*, Thomson Reuters.

Juppet Ewing, M.F. (2015). Reflexiones sobre la regulación y autorregulación en la empresa. *Revista Actualidad Jurídica*, (31), 157-180.

Keay, A. (2011). Moving Towards Stakeholderism? Constituency Statutes, Enlightened Shareholder Value and All That: Much Ado About Little? En *European Business Law Review* (Vol. 22, Issue 1, pp. 1-49). Kluwer Law International BV. Recuperado de <https://doi.org/10.54648/eulr2011001>

Lagos Contardo, J.I. (2010). La regulación de los mercados financieros: ¿una solución o una causa del problema. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, IV (Mercado de Valores y Derecho de la Competencia), 139-160.

Landaeta Millar, F., Saavedra Morales, L. y Stevens Rodríguez, O. (2015). *Responsabilidad social empresarial en la pequeña y mediana empresa chilena: una revisión a la realidad actual*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/129702>

Leiva, M. (2019, 15 de febrero). Estudio de Deloitte: empresas no "han madurado" en gobiernos corporativos. *PULSO*. Recuperado de <https://www.latercera.com/pulso/noticia/estudio-deloitte-empresas-no-madurado-gobiernos-corporativos/529525/>

List, J. A. & Momeni, F. (2017) When Corporate Social Responsibilities Backfires: Theory and Evidence from a Natural Field Experiment. Recuperado del sitio de Internet de National Bureau of Economic Research: <https://www.nber.org/papers/w24169>

Lyon Puelma, A. (1993). *Teoría de la personalidad*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Lyon Puelma, A. (2006). *Personas Jurídicas*. (4ª ed.). Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Lu, W. (2021). The Value of the “Comply or Explain” Principle. *2021 International Conference on Social Science: Public Administration, Law and International Relations (SSPALIR 2021)* (pp. 26-36). Atlantis Press.

Mankiw, D. (2012). *Principios de Economía*. Recuperado en <http://www.jaimedv.com/eco/1c1-micro/mankiw-principios-eco-ed6.pdf>

Morales Villalón, C. (2009). “Responsabilidad Social Empresarial en la ley y jurisprudencia tributaria”, *Revista Ius Novum*, (2), Centro de Estudios Ius Novum (Valparaíso).

Moura-Leite, R. C., & Padgett, R. C. (2011). Historical background of corporate social responsibility. *Social Responsibility Journal*, 7(4), 528-539.

Navarro Schiappacasse, M. (2022). “Acerca del carácter objetivo de las normas generales antielusivas chilenas”, *Revista Ius et Praxis*, 28(1), 141-161. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000100141>

Nieto Martin, A. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”. *Nueva Doctrina Penal*, (1).

Ntim, C. (2018). Defining Corporate Governance: Shareholder Versus Stakeholder Models. En A. Farazmand (eds.) *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*. Springer, Cham. Recuperado de https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5_3132-1

OECD (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, OECD Publishing, Paris. Recuperado de <https://doi.org/10.1787/9789264259171-es>

OECD (2019). *OECD Business and Finance Outlook 2019: Strengthening Trust in Business*, OECD Publishing, Paris. Recuperado de <https://doi.org/10.1787/af784794-en>

Ortúzar Gjuranovic, A. (2012). Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley No. 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?. *Revista de Estudios de la Justicia*, (16), 195-257. Recuperado de <https://doi.org/10.5354/rej.v0i16.29506>

Pardow Lorenzo, D. (2009). La Desgracia de lo Ajeno: Un ensayo sobre el problema de agencia en las relaciones fiduciarias. *Estudios Derecho Civil* Vol. 4.

Pettingale, H., de Maupeou, S. y Reilly, P. (4 de abril, 2022). EU Taxonomy and the Future of Reporting [Publicación en un foro online]. Artículo publicado en <https://www.corpgov.law.harvard.edu/2022/04/04/eu-taxonomy-and-the-future-of-reporting/>

Pfeffer Urquiaga, F. (2018). Desde Friedman a Freeman. Una nueva mirada de la Comisión para el Mercado Financiero al incorporar los valores medioambientales, de impacto social y de gobernanza (ESG, en inglés) en la Norma de Carácter General n.º.461 y en su perímetro regulatorio. *Revista Actualidad Jurídica, Año XXIII* (46), 315-333. Recuperado de <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/desde-friedman-a-freeman-una-nueva-mirada-de-la-comision-para-el-mercado-financiero-al-incorporar-los-valores-medioambientales-de-impacto-social-y-de-gobernanza-esg-en-ingles-en-la-norma-de-carac/>

UNPRI. (2021). *Principios para la Inversión Responsable*. Recuperado de <https://www.unpri.org/download?ac=10970>

Reyes Villamizar, F. (2012). El análisis económico del Derecho societario, en R. Cooter y H. Acciarri (Dirs.), *Introducción al análisis económico del Derecho* (1ª ed., pp. 185-224), Santiago, Chile: Civitas/Thomson Reuters.

Reyes Villamizar, F. (2013): *Análisis económico del Derecho Societario*, Bogotá: Legis.

Sánchez-Calero Guilarte, J. (2002). El interés social y los varios intereses presentes en la Sociedad Anónima cotizada. *Revista de Derecho Mercantil*, (246), 1653-1725.

Segovia Zúñiga, O. (2017). *Reconceptualización de la responsabilidad social corporativa a partir de los elementos claves de la Teoría Crítica de Max Horkheimer. Realidad de las grandes empresas en Chile* (Tesis doctoral, Universitat de Lleida).

Ugalde Prieto, R. (2018). *La Elusión Tributaria. El abuso de las formas jurídicas y la simulación*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.

Valdivia San Martín, G. (2015). *Empresas B: nueva tendencia en Chile y Latinoamérica, el antes y el después*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/135506>

Valenzuela Fernández, L. Jara-Bertin, M. & Villegas Pineaur, F. (2015). Prácticas de Responsabilidad Social, reputación corporativa y desempeño financiero. *Revista de Administração de Empresas*, 55,(3),329-334

Vásquez Palma, M.F. y Vidal Olivares A. (2016). Aplicación de los principios de gobiernos corporativos a sociedades no cotizadas en Chile. Una aproximación desde el Derecho societario europeo y comparado. *Vniversitas*, 65, (133).

Vásquez Palma, M.F. (2022). La autorregulación adoptada en Chile como instrumento de mejora del buen gobierno corporativo societario: análisis crítico y desafíos pendientes. *Revista chilena de derecho privado*, (39), 201-250. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.32995/s0718-80722022635>

Vial del Río, V. (2006). *Teoría general del Acto Jurídico*.(5ª ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Zadkovich, J. (2007). Mandatory requirements, voluntary rules and 'please explain': a corporate governance quagmire. *Deakin Law Review*, 12(2), 29-39. Recuperado de <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20082068>