



cutting through complexity

SERIE DE CUADERNOS SOBRE / 9
CUMPLIMIENTO LEGAL

Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal

www.kpmgcumplimientolegal.es



Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal –

Cuaderno n° 9 – Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal

es propiedad intelectual del autor, estando prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin su consentimiento expreso, así como su difusión por cualquier medio, incluyendo, de forma no limitativa, los soportes en papel, magnéticos, ópticos, el acceso telemático o de cualquier otra forma que resulte idónea para su difusión y conocimiento público.

La información contenida en esta publicación constituye, salvo error u omisión involuntarios, la opinión del autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que no constituye en modo alguno asesoramiento y que subordina tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado. El autor no se responsabiliza de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones e informaciones contenidas en este documento.

La responsabilidad agravada



Alain Casanovas
Socio de KPMG
Abogados

acasanovas@kpmg.es



Desde hace algunos años, ha comenzado a diluirse la distinción clásica entre la figura del administrador social, sometido a un régimen de responsabilidad extenso y con tintes de objetividad, y la de los empleados en régimen laboral, cuyo tratamiento tuitivo les mantenía alejados de la responsabilidad personal frente a terceros. Esta situación era la herencia de un entorno de negocios sencillo, donde la proximidad de los administradores a las operaciones del día a día y al equipo de trabajadores a su cargo, les permitía hacerles acreedores directos de cualquier responsabilidad por daño ocasionado en estas esferas, siempre construida sobre base a un deber general de vigilancia difícilmente evitable. Sin embargo, hace tiempo que el tamaño de las organizaciones dejó de permitir esta cercanía respecto de las operaciones, no quedando más opción que delegar ciertos cometidos a órganos o cargos especializados, normalmente encarnados por personas con niveles de formación y retribución acordes con la importancia de sus funciones. En este contexto, se aprecia la tendencia a individualizar el régimen de responsabilidades en el seno de la empresa, es decir, exigir un nivel de diligencia a ciertos cargos cuyo cometido es evitar daños a la propia organización o a terceros, sin necesidad de que ostenten la condición de administradores sociales. Esta responsabilidad no se ejercita sólo por la vía de regreso (la sociedad actúa contra quien ha obrado con negligencia en el desempeño de sus funciones), sino también de manera directa (terceros perjudicados, incluidas las administraciones públicas, accionan contra quien ha ocasionado los daños). Es el régimen de responsabilidad agravada que se perfila cada vez con mayor definición y que afecta, entre otros cargos, a los responsables de vigilar el cumplimiento de la legalidad. En jurisdicciones de nuestro entorno, esta tendencia se manifiesta no sólo en el contenido de ciertas normas, sino también en alguna resolución judicial paradigmática.

Como persona vinculada al cumplimiento de las normas, es imprescindible que conozcas las tendencias que se observan en materia de responsabilidad personal y evalúes el modo en que te pueden llegar a afectar.

Índice

3

Diligencia
debida de los
administradores

6

Acciones de
regreso contra los
administradores

9

Competencias
del Comité de
Auditoría

12

Responsabilidades
del Compliance
Officer

15

Localización de la
responsabilidad

18

Preguntas
frecuentes

20

Apéndice I:
Sentencia del
BGH de 17 de julio
de 2009

23

Apéndice II:
Sentencia del
Tribunal de Milán
de 13 de febrero
de 2008

Diligencia debida de los administradores

Conceptos

Responsabilidad personal, delegación, función de supervisión, responsabilidad por hecho ajeno, diligencia in vigilando.

Bibliografía

Control de riesgos legales en la empresa: apartado 2.2 “Responsabilidad de administradores y control de riesgos legales”.

Control legal interno: apartado 7.2 “El deber de diligencia de los responsables de empresa”

Dentro de la diligencia que se espera en España de un ordenado empresario figura el conocimiento profundo de las **obligaciones legales** impuestas a las sociedades, tal como ha reconocido en general la jurisprudencia, especialmente en relación con las empresas que operan en mercados regulados. En este sentido, conviene no olvidar que su falta de diligencia les puede reportar **responsabilidad personal** no sólo frente a la sociedad sino también frente a sus accionistas y acreedores.

Sin embargo, el crecimiento de las empresas y la complejidad del entorno de los negocios ha producido que, desde ya hace años, la función principal de los administradores no sea desarrollar directamente los actos de gestión –objetivo materialmente imposible-, sino delegar parte de sus funciones y ejercer una **vigilancia responsable** sobre aquellos que los llevarán a cabo a partir de su delegación. Es la denominada “**función de supervisión**” que, en nuestros días, se entiende esencial e irrenunciable por parte de los administradores. Por consiguiente, estos no sólo deben velar por su conducta sino también por la de sus subordinados.

La **función de supervisión** enlaza con instituciones jurídicas clásicas, como es la **responsabilidad por hecho ajeno**. En este contexto se sitúa la **diligencia in vigilando** o deber de mantener el control sobre las conductas que desarrollan otras personas por motivo de jerarquía o de delegación. Los administradores deben tener presente que **delegar** ciertas funciones no equivale a **abdicar** de ellas: siempre mantendrán un hilo de responsabilidad y, por ello, les conviene articular estructuras razonables de vigilancia, incluyendo las que afectan al cumplimiento de la legalidad.

En cualquier caso, el hecho de que los administradores estén sujetos a la responsabilidad que deriva de sus propios actos así como la de sus subordinados, **incrementa notablemente su exposición al riesgo** de ser objeto de reclamaciones por parte de terceros. En relación con estas últimas responsabilidades, es muy probable que deban en algún momento acreditar que dispusieron los medios adecuados de control y vigilancia para desarrollar una **delegación responsable**, principio que es extensible a los mecanismos para desarrollar negocios de manera ética, cumpliendo con la legalidad.

Los principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, por ejemplo, consideran que es una **función clave del Consejo** asegurar sistemas de control apropiados para la gestión de riesgos y el **cumplimiento con la Ley**. Actualmente está fuera de dudas que los administradores deben adoptar las medidas necesarias para que sus organizaciones cumplan con las obligaciones legales, disponiendo los modelos adecuados para ello, especialmente cuando vienen exigidos por la normativa aplicable.

Es positivo que los administradores de tu organización sepan lo que **se espera de ellos** en término de **cumplimiento legal**, y que, por tu formación en esta materia, les ayudes a establecer un modelo de cumplimiento razonable, haciéndoles ver que no sólo redundará en un beneficio para la organización sino también para ellos personalmente. No se comprenderá la despreocupación o inactividad de los administradores respecto del cumplimiento de la legalidad en las operaciones de negocio.

Acciones de regreso contra los administradores

Conceptos

Evaluación de riesgos o “Risk assesment”, acción de repetición.

Bibliografía

Control de riesgos legales en la empresa: apartado 2.2 “Responsabilidad de administradores y control de riesgos legales”.

Control legal interno: apartado 7.2 “El deber de diligencia de los responsables de empresa”.

Legal Compliance: apartado 5.3 “Régimen de responsabilidad”.

Disponer los medios para garantizar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de los negocios es, como hemos visto, una **obligación inherente a todo administrador**. Si bien esta diligencia es inexcusable en cualquier entorno, todavía es más evidente cuando el marco normativo en determinadas actividades así lo exige. En relación con ello, ten presente que **cada vez es más frecuente que las normas reguladoras de determinadas parcelas de actividad o mercados exijan estructuras de cumplimiento**. Una de las ventajas del “risk assesment” que vimos en el Cuaderno nº 3 (Sistemas para la gestión del cumplimiento – CMS) es que no sólo permite identificar bloques normativos clave para la organización, sino también reflexionar sobre el **nivel de adecuación respecto de los eventuales modelos de cumplimiento** que precisan.

La inactividad de los administradores en impulsar modelos de cumplimiento adecuados a las exigencias legales o al estado del arte en la materia, difícilmente se puede justificar, como ilustra una interesante sentencia dictada por el Tribunal de Milán el 13 de febrero de 2008, que se adjunta por traducción libre como Apéndice I de este Cuaderno. Una sociedad italiana se ve perjudicada por la inactividad de su Consejero-Delegado y Presidente del Consejo de Administración a la hora de establecer las estructuras de prevención penal exigidas por la normativa italiana. Dicha sociedad se ve perjudicada por ello y **repite los daños sufridos contra el citado administrador**, circunstancia que es refrendada por el indicado Tribunal. Evidentemente, los fundamentos jurídicos se ciñen al entorno jurídico de Italia, pero

¿acaso este comportamiento hubiese quedado impune en cualquier otro ordenamiento moderno?

En este sentido, podría decirse que el nivel de exposición de los administradores frente a riesgos de incumplimiento **es doble**: ante determinadas circunstancias puede provenir de terceros perjudicados, pero también de su propia sociedad. De ahí que sea de su interés no sólo promover modelos de cumplimiento precisos, sino disponer, si es posible, de la opinión de un **tercero independiente acerca de su razonabilidad**, pues con ello no sólo beneficiará a la sociedad sino que dispondrá las bases para acreditar su diligencia en caso de que se cuestione su proceder.

Competencias del comité de auditoría

Conceptos

Comité de auditoría, control de riesgos, culpa in eligendo

Bibliografía

Control de riesgos legales en la empresa: apartado 7.3 “Control legal interno y comités de auditoría”.

El comité de auditoría es obligado para determinado tipo de sociedades (normalmente cotizadas) y voluntario en otras. Pero, cuando existe, es preciso conocer bien cuáles son las **funciones que tiene atribuidas** y, por lo tanto, las actuaciones y el nivel de diligencia que cabe esperar de sus integrantes.

Debes primero tener presente que, cuando viene exigido por la legislación, el comité de auditoría no es una mera comisión de ayuda o soporte al consejo de administración, sino un órgano con funciones directamente atribuidas por la Ley. En algún marco legal, como en norteamericano, no sólo dispone de estas competencias sino de auténtico poder de decisión sobre ellas. Por lo tanto, dispone de facultades *ex-lege*, es decir, **que no actúa por delegación**. Tal circunstancia no es en absoluto intrascendente, pues resulta posible tejer sobre su base un hilo de responsabilidad directa cuando el ejercicio negligente de sus funciones ocasiona daños a la sociedad o a terceros. Y ello con independencia del tanto de responsabilidad de los administradores sociales por su culpa in eligendo o in vigilando.

Entre otras funciones, se espera del comité de auditoría un papel de liderazgo en el **control de riesgos**, cuando no existe una comisión específica que se ocupe de ello. Obviamente, **entre los riesgos a controlar se contarán los de naturaleza legal**, lo cual precisará, necesariamente, una relación estrecha con las funciones jurídica y de cumplimiento. Es un error frecuente considerar que el comité de auditoría sólo debe vincularse con el control de riesgos financieros,

cuando la mayor parte de normas y textos que definen sus funciones utilizan **redactados amplios** para dar cabida a los de cualquier naturaleza. En este sentido, le sucede algo parecido a la función de auditoría interna, a la que también se vincula erróneamente con la ejecución de controles exclusivamente financieros.

Por consiguiente, la existencia de mecanismos adecuados para evitar riesgos de incumplimiento es una materia que debería ocupar al comité de auditoría, valiéndose de las funciones jurídica y de cumplimiento para el establecimiento de controles en sus respectivos ámbitos de actuación. Como verás, en tu calidad de abogado de empresa, **una parte de tus funciones pasa por conocer los objetivos que determina el comité de auditoría en materia de control de riesgos,** y mantener una comunicación fluida con dicho órgano. No debes interpretar en clave de normalidad la desvinculación de la función jurídica o de cumplimiento respecto del comité de auditoría.

Responsabilidades del *Compliance Officer*

Conceptos

Cargos con obligaciones de vigilancia, daños reputacionales, daños a terceros, individualización de responsabilidades.

Bibliografía

Legal Compliance apartado 5.3 “Régimen de responsabilidad”

Quien causa un daño tiene la obligación de repararlo: esta máxima de convivencia social es, a su vez, un **pilar clásico de los ordenamientos jurídicos**. Sin embargo, el régimen tuitivo de la normativa laboral unido a la obligación general de supervisión que se impone a los administradores de sociedades, parece que haya desdibujado ese fundamento básico, terminando por definir un régimen dicotómico, de escasa exposición frente a terceros de los primeros y muy amplia de los segundos, en ocasiones con carácter objetivo.

Los escándalos financieros publicados en prensa con el inicio de siglo han permitido constatar que, en bastantes ocasiones, fueron inducidos por la relajación de los cometidos de determinados **cargos con obligaciones de vigilancia** en la empresa, aun no tratándose de administradores. Por ello, empezó a valorarse seriamente el agravar el régimen de responsabilidad de dichos cargos, de modo que su implicación personal evitara que se reprodujeran episodios análogos. Es en esta clave que se comprenden ciertas normas promulgadas desde entonces, haciendo hincapié no sólo en la necesidad de **mejorar el control interno** sino también en la **involucración personal** de las personas relacionadas con la vigilancia y control internos. Esta **tendencia** se aprecia tanto en normas como en pronunciamientos jurisprudenciales producidos en países y contextos distintos.

A los efectos de este Cuaderno, es paradigmática la sentencia del Tribunal Federal de Alemania (BGH) de 17 de julio de 2009, cuya traducción libre se adjunta como Apéndice II. Aunque es un pronunciamiento muy

célebre entre estudiosos del cumplimiento normativo, es poco conocida por el público general. Dicha sentencia determina la **responsabilidad personal** del Compliance Officer de una organización por no haber ejercido sus cometidos de manera diligente, a juicio del Tribunal. La sentencia no sólo es significativa por ello, sino porque también determina las funciones que cabe esperar de esta figura. Así, establece que no sólo debe velar por aquellos daños que pueda sufrir la organización, incluidos los **reputacionales**, sino también evitar los que aquella pueda ocasionar a **terceros**.

Todo ello nos hace ver una clara tendencia a individualizar las responsabilidades, que está diluyendo el tópico de que los únicos responsables de los desórdenes corporativos son siempre los administradores, y que está abriendo la posibilidad de acciones directas contra quienes, con su conducta negligente, ocasionaron daños a terceros; lo que eventualmente incluye a los responsables del cumplimiento legal, entre otros. Aunque esta tendencia tendrá desigual desarrollo en diferentes países, según su respectiva tradición jurídica, es difícil que puedan abstraerse por completo de ella, máxime cuando existen instituciones clásicas muy comunes **que permiten aplicarla sin necesidad de introducir cambios normativos drásticos**. En particular, aquellos cargos a los que se exige determinada formación (especialmente superior) y cuyos cometidos incluyen deberes expresos de vigilancia (sea por vía contractual o por descripción funcional) son claros candidatos a experimentar personalmente las consecuencias de esta tendencia a la individualización de responsabilidades.

Toma seriamente en consideración tu nivel de exposición actual a **reclamaciones por motivo de cargo** y analiza el modo en que puedes verte afectado en caso de que se consoliden las tendencias indicadas. En cualquier caso, impulsa procesos de mejora que te permitan reducir riesgos y acreditar diligencia, llegado el caso.

Localización de la responsabilidad

Conceptos

Cargos con obligaciones de vigilancia, responsabilidad solidaria, daños reputacionales, daños a terceros, individualización de responsabilidades.

Bibliografía

Legal Compliance: apartado 5.3. “Régimen de responsabilidad”.

Según se ha visto en los apartados anteriores, los daños ocasionados por el incumplimiento de la legalidad pueden derivar en responsabilidades personales de un amplio espectro de personas en la organización. Sin embargo, **no necesariamente se tratará de una responsabilidad solidaria.**

Si el incumplimiento se debe a la **inexistencia o inadecuación de sistemas para la gestión del cumplimiento**, la responsabilidad tenderá a dirigirse a los administradores sociales, puesto que forma parte de sus cometidos impulsar modelos adecuados para desarrollar los negocios dentro de la legalidad. En esencia, es este el planteamiento de la Sentencia del Tribunal de Milán, adjunta a este Cuaderno como Apéndice I. Difícilmente se comprenderá su relajación en este aspecto tan importante en el entorno de negocios actual.

Cuando el establecimiento y vigilancia de los mecanismos de control interno vengan atribuidos por Ley al comité de auditoría, será difícil defender su pasividad o negligencia en cuanto al cumplimiento de la legalidad. Sus miembros son candidatos a una acción de regreso por parte de la sociedad perjudicada, aunque existen voces que también apuntan su responsabilidad directa frente a terceros, puesto que desarrollan cometidos *ex lege* y no por delegación. Obviamente, cuando se trata de comités de auditoría voluntarios sí obra tal delegación, diluyendo entonces la responsabilidad directa de sus miembros.

Existiendo un modelo de cumplimiento razonable, se esperará del personal directivo encargado de su ejecución (el *Compliance Officer*, por ejemplo) que lo opere de manera diligente, pudiendo llegar a

asumir personalmente las consecuencias que se deriven de sus actos u omisiones cuando produzcan daños a la organización o a terceros. Es este, en esencia, el planteamiento de la sentencia del Tribunal Federal de Alemania, adjunta a este Cuaderno como Apéndice II.

Como abogado en la organización ten presente este esquema de localización de responsabilidades en materia de cumplimiento y trata que los cargos que se han indicado conozcan también la importancia de promover una **cultura de cumplimiento** a través del establecimiento de **modelos razonables**.

Preguntas frecuentes

¿Cómo puede un administrador demostrar diligencia debida en materia de cumplimiento?

Un administrador diligente dispondrá los medios necesarios para que las operaciones de negocio se desarrollen dentro del marco de la legalidad. Si, por el tamaño de la organización y otras circunstancias, no puede asumir dicha obligación personalmente, cabrá esperar que la delegue a los cargos y estructuras que defina al efecto. Los modelos de cumplimiento así establecidos deberían acoger, de forma razonable, los principios que subyacen en los marcos de referencia que actualmente conforman el estado del arte en materia de cumplimiento. Tomar en consideración buenas prácticas y poder demostrar que se han ejecutado constituyen muestras de diligencia.

¿Cómo puede un administrador reducir la posibilidad de acciones de regreso ante los daños causados por un incumplimiento de la legalidad?

Un incumplimiento normativo no es, por sí solo, evidencia irrefutable de la falta de diligencia ni de los administradores ni de las demás personas relacionadas con el control y vigilancia interna. Sin embargo, configura un escenario donde la diligencia de unos y otros puede ser cuestionada. Respecto de la que afecta a los administradores, será de utilidad disponer de la opinión de un tercero independiente acerca de la razonabilidad del modelo de cumplimiento legal.

¿Es el comité de auditoría un órgano que se dedica exclusivamente al control financiero?

No. Con el comité de auditoría se produce un equívoco parecido al que concurre con el departamento de auditoría interna, cuando ambas instancias se consideran enfocadas a los controles financieros, en un ejercicio de gran simplificación. Aunque se trata de una percepción muy difundida, lo cierto es que los textos que regulan o interpretan las funciones del comité de auditoría le suelen otorgar competencias amplias en materia de establecimiento y supervisión de mecanismos de control de los riesgos (en general), lo cual vincula en cierto extremo su cometido con el cumplimiento de la legalidad (riesgos de cumplimiento).

¿Cómo puede tener responsabilidad el *Compliance Officer* si depende y sigue las instrucciones de los administradores sociales?

El *Compliance Officer* debe operar de forma diligente el modelo de cumplimiento de la organización. Este umbral de diligencia supone seguir los procedimientos establecidos en materia de cumplimiento, incluyendo el escalado de comunicación de riesgos que evite su materialización. En alguna jurisdicción, este escalado puede incluso provocar un “*noisy withdrawal*” o renuncia al cargo comunicada al órgano regulador correspondiente, ante supuestos donde se han agotado las vías de comunicación interna sin que se hayan adoptado las medidas necesaria para evitar un daño significativo. Sin necesidad de llegar a estos extremos, lo cierto es que el *Compliance Officer* cumple adecuadamente

su cometido cuando reporta sus conclusiones según el proceso que tenga definido al efecto. En este sentido, un modelo de cumplimiento adecuadamente diseñado le brindará acceso a los máximos órganos de gobierno, dotándole de un nivel de recursos e independencia que garanticen su recto proceder. Los incumplimientos que se produzcan por deficiencias en estos factores, probablemente apuntarán más hacia la inadecuación del modelo que a su operación negligente.

¿Qué garantiza que se vayan a exigir responsabilidades a las personas adecuadas?

Considerando la tendencia legislativa y judicial a individualizar responsabilidades, posiblemente ganará importancia el análisis de la diligencia que cabe esperar de los diferentes cargos en la organización ante un supuesto de incumplimiento, sean o no administradores. De este modo, ante daños ocasionados por incumplimientos de la legalidad, la inexistencia o falta evidente de adecuación de un modelo adecuado apuntará a la responsabilidad de quien debió impulsarlos. Sin embargo, acreditada la idoneidad del modelo de cumplimiento, el análisis de diligencia debida se proyectará sobre la conducta de aquellos cargos encargados de operarlo. Puesto que este análisis precisa conocimientos técnicos en materia de control interno y cumplimiento, posiblemente los órganos jurisdiccionales y arbitrales se valdrán de la opinión de expertos independientes que analizarán el entorno y modo de proceder de unos y otros.

Apéndice I

Sentencia del Tribunal de Milán de 13 de febrero de 2008

Traducción libre, con resaltados y formato distinto del texto original. Eliminadas las partes inicial y final del texto.

TRIBUNAL DE MILÁN - SECCIÓN VIII DE LO CIVIL

SENTENCIA NÚM. 1774 DE 13 FEBRERO DE 2008

El Tribunal entiende que la demanda de la actora está parcialmente fundada y que merece, por lo tanto, ser estimada en los términos siguientes:

Se discute en el juicio de la responsabilidad del demandado administrador con la petición formulada ante este Tribunal de que dicte condena genérica¹ (sin que haya oposición de la parte contraria sobre este punto).

Resulta pacífico entre las partes:

- 1) que **el demandado fue Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado de la sociedad actora** desde el 29.06.1992 al 18 de mayo de 2004;
- 2) que **la sociedad actora fue sometida a una investigación al no disponer, en el mencionado período de tiempo, de un adecuado modelo organizativo y de gestión de acuerdo con el D.Lgs. núm. 231/2001 y que debido a ello, tras conmutación de la pena, se concluyó en la imposición de una sanción de 64.000,00 euros;**
- 3) que el demandado fue procesado por delitos de corrupción, manipulación de subasta y estafa, cometidos en el marco del mencionado cargo administrativo y, en tal contexto, se le aplicó una condena de privación de libertad.

¹ 'Condena genérica' implica la admisión por parte del Tribunal de la efectiva existencia del hecho perjudicial para una de las partes que motivará la indemnización. En una posterior sentencia, se establecerá, pues, la valoración económica del hecho perjudicial en cuestión. (N. del T.)

Siendo este el marco de los hechos asumidos por ambas partes, se discute entre ellas, a continuación, el presunto hecho invocado por la actora según el **cual el demandado habría incurrido en responsabilidad por inadecuada actividad administrativa y debería en tal contexto sufrir la condena genérica a la indemnización de los daños causados.**

El Juez que suscribe entiende que tal pretensión está fundada dentro de los límites siguientes:

Cabe decir, ante todo, que la responsabilidad del demandado por los ilícitos constitutivos de las imputaciones penales mencionadas (y que, ciertamente, componen también los requisitos de una mala gestión relevante a efectos civiles) se deriva de una pluralidad de elementos concurrentes:

- En primer lugar, las declaraciones emitidas en procedimiento penal en el que el demandado reconoció que “.. en lo que se refiere al dinero entregado a Z. y a W. en parte lo tomé de la caja de X SPA ... Después reintegré lo retirado de la caja de X SPA a través de los depósitos del conocido como “Scheletro” [esqueleto, sic].
- Además, cabe considerar la petición de conmutación de la pena que más adelante se obtuvo.
- Finalmente, (“*last, but no least*”), la misma posición defendida en este procedimiento, en la que los hechos que se le atribuyen no fueron, en realidad, discutidos por el demandado, quien se defendió, exclusivamente, invocando la corresponsabilidad en los hechos (que no excluyen su propia responsabilidad) y con apreciaciones dirigidas a la minimización del daño (del que hablaremos más adelante).

Además, cabe decir que, según el Tribunal, en concurso con la acción dañina del demandado aparece, como causa concurrente a los lamentables daños, también el comportamiento de la sociedad actora (art. 1227 código civil), la cual, durante largo tiempo, a través de la acción colusoria de todos sus órganos, tanto de decisión (de hecho o de derecho) como de control, primero, creó un sistema de “fondos en negro” para financiar actividades ilícitas y, a continuación, desarrolló ampliamente tales actividades, beneficiándose de los correspondientes resultados, todo ello sin activar las responsabilidades del resto de sujetos implicados.

Hecha mención pues a las peculiaridades del caso en cuestión, este Tribunal considera que tales responsabilidades concurrentes de la actora y la demandada deben entenderse de forma paritaria (50% y 50%) en la producción del daño que se lamenta.

Dicho esto, en general acerca de la carga de demostrar el hecho perjudicial y pasando, ahora, al análisis de cada una de las imputaciones de la actora, cabe decir, siempre únicamente en el contexto de condena genérica que se ha solicitado a este Tribunal, que:

- a) **en lo referente a la falta de adopción de un adecuado modelo organizativo, por un lado, el daño aparece como indiscutible atendiendo al pago de la sanción pactada y, por el otro, resulta igualmente indiscutible el concurso de responsabilidad del demandado que, como Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración, tenía el deber de activar este órgano que, en cambio, permaneció inoperante;**
- b) en lo que se refiere a las retiradas indebidas de fondos de la caja de la sociedad, estas, como se ha dicho, han sido reconocidas en procedimiento penal y corresponderá pues a los jueces competentes la determinación del importe efectivamente debido o su efectiva restitución;
- c) en lo que respecta al daño referido a la disminución de la facturación y a la presunta pérdida de oportunidades [de negocio], por una parte, no se ha aportado la prueba, aunque genérica, necesaria ante este Tribunal y, por otra parte, una tal disminución aparece como consecuencia más que natural de las prácticas anteriores de adquisición ilícita de la facturación misma.

Estas consideraciones convencieron al Tribunal de la fundamentación parcial de la demanda y justifican que la misma sea acogida en los términos mencionados, es decir, únicamente en medida de la mitad de los daños sufridos y en cuanto a la falta de adopción de un modelo organizativo así como en orden a las retiradas indebidas de fondos de la caja de la sociedad.

En lo que atañe a la atribución de costas procesales (art. 91 del Código de Procedimiento Civil), se considera equitativo liquidar tales costas a favor del actor, en la suma de 321,83 euros por gastos y en la medida de 10.000,00 euros en concepto de tasas y honorarios profesionales que la demandada deberá pagar, atendiendo al hecho de que se falla en su contra solo parcialmente, únicamente en la medida de un cuarto.

Por todo lo anterior

El Tribunal, pronunciándose sobre la demanda, rechazando cualquier otra petición o excepción;

Acoge parcialmente la demanda presentada por la actora y, por efecto de la misma, **condena genéricamente a la demandada a indemnizar a la actora en atención de los daños sufridos por esta última de acuerdo con la falta de adopción de un modelo organizativo adecuado** y por las retiradas indebidas de fondos de la caja de la sociedad;

Condena a la parte demandada a satisfacer a la actora el pago de un cuarto de los gastos del presente procedimiento que ascienden a 2.830,45, aplicándose el IVA y el CPA (mutualidad de la abogacía).

Apéndice II

Sentencia del BGH de 17 de julio de 2009

Traducción libre, con resaltados y formato distinto del texto original. Eliminadas las partes inicial y final del texto.

TRIBUNAL FEDERAL (BGH)

SENTENCIA del 17 de julio de 2009

Fundamentos

- 1 El Tribunal regional condenó al acusado W. por complicidad (por omisión) en estafa a una multa pecuniaria de 120 tasas diarias y consideró 20 tasas diarias pagadas en concepto de compensación por la excesiva duración del juicio. El recurso interpuesto por el acusado, fundamentado en errores formales y reclamaciones materiales, es desestimado.

I.

- 2 El Tribunal regional ha llegado a las siguientes conclusiones y consideraciones:
- 3 1. El acusado trabajó desde 1989 como **jurista** titular de dos exámenes de Estado en la empresa de servicios municipales de limpieza Berliner Stadtreinigungsbetriebe (en adelante, BSR) y, desde principios de 1998, desempeñó la función de jefe del departamento responsable de asesorar al gremio (Gremiumbetreuung) y de **jefe del departamento jurídico**. Desde 2000 hasta finales de 2002 fue responsable de la Revisión Interna. A BSR, una empresa de derecho público, correspondía el servicio de limpieza de los viales con conexión y utilización obligatorias para los propietarios de los terrenos colindantes. Las relaciones jurídicas fueron de derecho privado; sin embargo,

para el cálculo de los salarios, se aplicaba el principio de equivalencia y de cobertura de gastos como base jurídico-pública de la determinación de las tarifas.

- 4 De acuerdo con lo establecido en la ley de limpieza de los viales de Berlín, los propietarios de los terrenos colindantes tenían que correr con el 75 % de los gastos resultantes de la limpieza de los viales; el 25 % restante de los costes lo asumía el Estado federado de Berlín (art. 7, apartado 1). Los gastos originados por la limpieza de los viales sin vecinos corrían totalmente a cargo del Estado federado de Berlín (art. 7, apartado 6). Las tarifas se fijaron basándose en una estimación de los gastos, y se establecieron cuatro categorías en función de la frecuencia de la limpieza. El reglamento de tarifas, pendiente de aprobación por la dirección y el consejo de administración, lo redactó el grupo de proyecto encargado del cálculo de tarifas "Tarifkalkulation" cuyo jefe fue el acusado W. . Al calcular las tarifas correspondientes al periodo 1999-2000 se incluyó por error en el cálculo de las tarifas el 75 % de los costes de la limpieza de los viales sin vecinos, que habrían tenido que sufragarse por el propio Estado federado de Berlín. **Después de detectar el error, este no se corrigió.**
- 5 La dirección general de BSR formó un nuevo grupo de proyecto para el periodo tarifario 2000-2001. El acusado W. no formó parte de este nuevo grupo. Lo dirigió el señor H. , igualmente acusado en el juicio anterior, que trabajaba en el mismo departamento y dependía directamente del acusado W. . **Este participó en persona en algunas reuniones del nuevo grupo de proyecto, que se propuso corregir el error de cálculo del periodo tarifario anterior. Pero siguiendo las instrucciones del anterior coacusado G. , no se procedió a la corrección.** La tarifa, en cuya base de cálculo se incluían también los viales sin vecinos, fue aprobada por la dirección y el consejo de administración de BSR. Se explicaron las diferentes tarifas, pero no se informó sobre la inclusión de los viales sin vecinos. El acusado W. , que conocía el error de cálculo, no estuvo presente en la reunión de la dirección general. Levantó las actas en la reunión del consejo de administración, pero el Tribunal regional no pudo probar una involucración más activa. **El acusado W. no informó en lo sucesivo ni a su superior directo, el Sr. D. , presidente de la junta directiva, ni a otro miembro del consejo de administración.** La administración del Senado aprobó la tarifa, pero reclamó a BSR una revisión del cálculo. Sobre la base de la tarifa aprobada se cobró a los propietarios de los terrenos colindantes un total de 23 millones de euros en exceso, pagados por la gran mayoría de los propietarios.
- 6 2. El Tribunal regional consideró el comportamiento del anterior coacusado G. estafa como autoría mediata en relación con todo el periodo tarifario 2001-2002. El acusado W. fue cómplice. No se pudo probar sin lugar a dudas una autoría directa del acusado W. , que conocía el error en el cálculo de la tarifa. No obstante, cometió el delito de complicidad por omisión. La posición de garante en el sentido del art. 13 del

Código Penal alemán resulta del hecho de que en calidad de jefe del grupo de proyecto “Tarifkalkulation” fue responsable del error de cálculo cometido en el periodo anterior y de su obligación de corregir este error en el periodo tarifario inmediatamente posterior. También implicó una posición de garante su cargo de jefe de Revisión Interna. **En esta posición estuvo obligado a garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales también en defensa de los propietarios obligados a pagar estas tarifas. Puesto que el acusado W. ha tolerado la actuación del anterior coacusado G. , solo incurrió en complicidad intencional.**

- 7 El recurso del acusado W. carece de fundamentos.
- 8 1. Se desestiman las alegaciones de un vicio procesal.
- 9 a) El apercibimiento de ocupación no contiene ningún error de derecho. Tal como especificó el Senado en su decisión del 24 de marzo de 2009 (NStZ 2009, 342; comentario al respecto de Volkmer, NStZ 2009, 371) en relación con su propia composición, un arrendatario al que se pueden imputar las tarifas de la limpieza de acuerdo con las estipulaciones contractuales no incurre en infracción en el sentido del art. 22.1 en relación con el art. 338.2 del Código Penal alemán. Contrariamente a la opinión de la parte recurrente, el hecho de que el padre del juez We. participe en un fondo organizado por una sociedad de derecho privado no constituye un motivo de exclusión. Este fondo per se no es propietario, sino que es una sociedad de responsabilidad limitada la que administra la propiedad en fideicomiso. Los intereses económicos del padre del juez We. , afectados de forma solamente indirecta a través del fondo y la administración fiduciaria, no son un motivo suficiente para una exclusión conforme al art. 22.3 del Código Penal alemán.
- 10 b) El Tribunal regional denegó la solicitud de llamar a declarar al testigo R. sin incurrir en error de derecho. La defensa solicitó la declaración de este testigo, que sustituyó al acusado en el cargo de jefe de Revisión Interna, como prueba de las condiciones generales que caracterizan a la Revisión Interna y de las relaciones de esta con la dirección. El Tribunal regional desestimó la prueba solicitada, porque consideró que el organigrama de la Revisión Interna y la cuestión de las inspecciones que se están llevando a cabo en la Revisión Interna no tienen efecto sobre la posición de garante.
- 11 Esta decisión del Tribunal regional no da lugar a reclamaciones. En lo que concierne a la posición de garante, **no tiene ninguna importancia el hecho de que la Revisión Interna haya verificado el cálculo de las tarifas o la incapacidad de esta de verificarlo debido a su escaso personal.** El Tribunal regional no dedujo la posición de garante de una verificación concreta de las tarifas, sino que se basaba en el cargo de jefe de la Revisión Interna que ocupó el acusado e implicaba una responsabilidad especial de impedir fraudes al fijar las tarifas.

- 12 c) Se desestima la alegación de la defensa de que el Tribunal regional no escuchó la opinión de todos los propietarios de los terrenos colindantes (aproximadamente 170.000 personas) con respecto al importe facturado ilegalmente en exceso de BSR. La Sala de lo Penal consideró esta solicitud como mera solicitud de pruebas.
- 13 aa) Esta consideración no da lugar a reclamaciones. Contrariamente a lo que opina la defensa, el Tribunal regional no consideró estimable esta solicitud en conformidad con el art. 244 apartado 3 del Código Penal alemán, simplemente porque no se indicó a los testigos con nombre y dirección postal completa. Pero este requisito es necesario (BGHSt 40, 3, 7; resolución del 28 de mayo de 2009 – 5 StR 191/09, a publicar en BGHR StPO art. 244 apartado 6, Beweis Antrag (Solicitud de pruebas)). Como excepción se admite el caso de que el acusado no estuviera en condiciones de indicar la dirección completa. Pero en este caso no es así. El acusado habría podido indicar varios propietarios de los terrenos colindantes junto con la dirección completa, haciendo uso de sus propios conocimientos, pero no lo hizo. Sin duda, podría haber averiguado estos datos consultando a su empresa empleadora y haberlos presentado ante el Tribunal regional.
- 14 bb) En cuanto al asunto del caso, el Tribunal regional tampoco estuvo obligado a estimar la solicitud de pruebas. En una declaración que se refería esencialmente a una reclamación de pago, tal y como especificó con anterioridad el Senado en su resolución del 9 de junio de 2009 referente al coacusado G. en el mismo caso, es suficiente para producir error en el sentido del art. 263 del Código Penal alemán si los destinatarios partían de la idea general de que el cálculo de las tarifas era correcto. Los diversos destinatarios de las facturas no se forman una imagen diferenciada. Por eso las circunstancias del presente caso difieren de las decisiones adoptadas por el Tribunal Federal (BGHR StGB art. 263, apartado 1, Irrtum (Error) 9, 11), a las que se refiere el recurso y cuyo objeto son las facturas o transferencias a revisar por los perjudicados. Estos casos no son comparables con el caso presente por el mero hecho de que la reclamación de pago en este caso no representa para los respectivos propietarios de los terrenos colindantes una explicación económicamente importante y llamativa. Por lo tanto, los diversos destinatarios únicamente podían partir de la idea, formada por la conciencia constructiva y cómplice, de que la factura no sería fraudulenta.
- 15 cc) Esta idea formada por los destinatarios, basándose esencialmente en las normas, la corroboró el Tribunal regional, después de escuchar a varios testigos que confirmaron este resultado con sus declaraciones. Considerando este resultado, sobre todo en relación con el carácter indisolublemente vinculado de los hechos, no era necesario escuchar más testigos para esclarecer los hechos. El hecho de que el Tribunal regional solo haga constar las declaraciones de tres de estos testigos en los fundamentos de derecho no infringe los artículos 261 y 267, apartado 1, inciso 2, del Código Penal alemán. El tribunal no está obligado a documentar las declaraciones de todos los testigos.

- 16 2. El recurso del acusado no demuestra ningún error de derecho incurrido en su protesta material.
- 17 a) En relación con el recurso interpuesto contra la valoración jurídico-penal del hecho principal como **complicidad por omisión en estafa**, el Senado hace referencia a su resolución adoptada en fecha 9 de junio de 2009 contra el coacusado G. . Las alegaciones de la defensa no dan lugar a más explicaciones por parte del Senado en relación con los supuestos de delito de estafa o con la no procedencia de las disposiciones legales de los artículos 352 y 353 del Código Penal.
- 18 Contrariamente a lo que opina la defensa, queda probado que el acusado tenía conocimiento del hecho principal. Según lo que averiguó el Tribunal regional, el señor H. , que dependía directamente del acusado, informó a este sobre la intención del señor G. de "seguir actuando como si no existiera ningún error". Además, el acusado levantó acta en la reunión del consejo de administración en la que el señor G. presentó las tarifas calculadas incorrectamente y se decidió aprobar dichas tarifas.
- 19 b) La sentencia que condena al acusado por complicidad en estafa es, en resumen, acorde a la ley. El Tribunal regional ha constatado con razón una posición de garante del acusado.
- 20 aa) No obstante, esta posición no resulta por el simple hecho de que el acusado hubiera dirigido la comisión de tarifas durante el periodo de facturación anterior (no objeto del juicio). Es cierto que esta comisión ya cometió el error de incluir los vales sin vecinos en la tarifa, pero de ello no resulta una posición de garante.
- 21 Una posición de garante entraría en consideración si se hubiera creado realmente una situación de peligro (injerencia). Sin embargo, la infracción previa de un deber solamente da lugar a una posición de garante si esta infracción crea un peligro inminente de que se realice un tipo penal comisivo (BGHR StGB art. 13, apartado 1, Garantenstellung (Posición de garante), 14; BGH NJK 1999, 69, 71, como complemento a lo impreso en BGHSt 44, 196; BGH NStZ 2000, 583). En este caso no existió tal peligro inminente. El hecho de que hubiera un error en la fijación anterior de las tarifas no significa que este error tuviera que existir en el siguiente periodo tarifario. Esto es así, a no ser que exista un peligro mayor de que el error en la base del cálculo siga sin detectarse por la ausencia de una nueva revisión objetiva y la base de cálculo errónea sirva de base para la nueva fijación de tarifas, sin cuestionarla. Para tal práctica no hay pruebas. Al contrario, la tarifa correspondiente al periodo siguiente se vuelve a calcular por completo. La responsabilidad exclusiva de la nueva comisión de tarifas ya contradice el supuesto de una posición de garante por injerencia (véase Roxin, Strafrecht (derecho penal) AT II 2003, pág. 773). Puede que haya cierto peligro, fundamentado en razones psicológicas, de repetir este error a fin de ocultar el error cometido con anterioridad. Sin embargo, esta motivación por sí sola

no es suficiente para justificar una posición de garante. La nueva tarifa se fija de modo independiente basándose en los datos marco relevantes, sin relación con la base de cálculo aplicada en los periodos anteriores, cuyo error podría haber quedado ocultado. Sin la intervención del acusado, no se habría repetido el error automáticamente en el periodo tarifario siguiente. Esto queda patente también porque la nueva comisión de tarifas no quería repetir este error por iniciativa propia, sino que fue motivada a hacerlo por la intervención del anterior coacusado G.

- 22 bb) En lugar de ello, el Tribunal regional ha deducido con razón la **posición de garante del acusado W. de su cargo de jefe del departamento jurídico y de la Revisión Interna.**
- 23 (1) **La asunción de un área de competencia puede implicar una obligación de garantía** en el sentido del art. 13, apartado 1, del Código Penal alemán. **La posición de garante resulta del supuesto de que la persona depositaria de un deber de tutela en relación con cierto peligro** (véase Roxin, Strafrecht (derecho penal) AT II 2003, pág. 712) tiene una “responsabilidad especial” de la integridad del área de competencia asumida (véase Freund en MünchKomm, StGB art. 13, nota marginal 161). Evidentemente, la distinción general entre las obligaciones de protección y las de control en este contexto no tiene gran importancia, ya que la obligación de control tiene por objeto la protección de un bien jurídico concreto y, viceversa, una protección sin el control correspondiente del objeto a proteger apenas es imaginable (véase BGHSt 48, 77, 92). **La cuestión relevante es la definición del área de competencia asumida por el obligado.** No importa en este caso la forma legal de la transferencia del deber, sino su contenido teniendo en cuenta su base normativa (véase BGHSt 43, 82).
- 24 La jurisprudencia ya ha reconocido posiciones de garante deducidas de la asunción de ciertas funciones en una serie de casos. Estos casos no solamente se limitan a los representantes estatales o comunales que tengan la obligación de proteger la vida y la integridad física de los ciudadanos o de las personas de su ámbito de responsabilidad (BGHSt 38, 325, 48, 77, 91), sino que también incluyen agentes de policía (BGHSt 38, 388), funcionarios de la autoridad de orden público (BGH NJW 1987, 199) y el personal penitenciario (BGH NJW 1983, 462). **Una posición de garante también se fundamenta si la persona en cuestión desempeña una función prevista en la ley** (véase OLF Frankfurt NJW 1987, 2753, 2757; Böse NStZ 2003, 636) como concejal de la protección del medio acuático (artículos 21a y siguientes de la WHG (Ley del Régimen Hidráulico)), de la protección atmosférica (artículos 53 y siguientes BImSchG (Ley federal de la Protección Atmosférica)) y de la protección radiológica (artículos 31 y siguientes del StrahlenschutzVO (Reglamento de Protección Radiológica)).

- 25 **La asunción de estas obligaciones de control y protección también puede ser resultado de un contrato de servicios.** En este caso, el mero contrato de servicios evidentemente no es suficiente, pero la asunción de un área de competencia sí que es relevante para fundamentar una posición de garante. No obstante, una posición de garante en el sentido jurídico-penal no se puede deducir de cualquier transferencia de obligaciones. Además, suele haber una relación de confianza que motive a quien delegue las funciones a transferir al obligado responsabilidades de protección especial (véase BGHSt 46, 196, 202 f.; 39, 392,399). Un mero contrato de cambio o contrato laboral por sí solos no son suficientes (Weigend in LK 12.^a edición, art. 13, nota marginal 41). **En el presente caso, el acusado tuvo sin duda una posición de garante por el área de competencia asumida. Contrariamente a lo que opinan la defensa y la Fiscalía Federal, la obligación de garantía no se limitaba a impedir solamente daños y perjuicios materiales a su empresa, sino que también incluía actuar contra delitos cometidos desde la propia empresa contra sus abonados.**
- 26 (2) El contenido y el alcance de la posición de garante se definen por el área de competencia concreta asumida por el responsable. Hay que tener en cuenta las condiciones especiales de la empresa y el objeto del cargo. Este objeto es decisivo porque define **si la posición de garante se limita a optimizar los procesos internos de la empresa y a detectar e impedir infracciones del deber cometidas contra la empresa, o bien si el responsable también tiene obligaciones de detectar e impedir infracciones cometidas por la empresa.** Se deben considerar estos criterios al valorar la descripción del cargo.
- 27 **Tal práctica, recién denominada compliance en grandes empresas, se lleva a cabo en el mundo económico con programas de cumplimiento, creando los así llamados compliance officers** (véase BGHSt 52, 323,335; Hauschka, Corporate Compliance 2007 pág. 2 y siguientes). **Su área de competencia incluye impedir infracciones legales, especialmente delitos punibles, que se cometan desde la empresa y que puedan causarle graves daños por el riesgo de incurrir en responsabilidades o por pérdida de prestigio** (véase Bürke en Hauschka, Corporate Compliance 2007 pág. 128 y siguientes). **Estos compliance officers normalmente tendrán una posición de garante** en el sentido del art. 13, apartado 1, del Código Penal alemán, estando obligados a impedir delitos punibles cometidos por los empleados de la empresa en relación con la actividad de esta, como parte de su responsabilidad asumida ante la dirección de la empresa de impedir infracciones legales y especialmente delitos punibles (véase Kraft/Winkler CCZ 2009, 29, 32).
- 28 Una responsabilidad tan amplia no nos consta en el caso del acusado. Se constata que el acusado fue en calidad de jurista jefe del departamento jurídico y, al mismo tiempo, jefe de la Revisión Interna. Dependía directamente del presidente de la junta directiva.

Es cierto que las competencias del jefe de la Revisión Interna y las del compliance officer se solapan en gran medida (véase Bürkle en Hauschka, Corporate Compliance 2007, pág. 139), pero es cuestionable que se le asigne al jefe de la Revisión Interna de una empresa una posición de garante que le obligue a impedir delitos punibles cometidos por la empresa en perjuicio de terceros en el sentido del art. 13, apartado 1, del Código Penal alemán.

- 29 En el caso presente, sin embargo, hay dos peculiaridades: la empresa en cuestión es una entidad de derecho público y la actividad no impedida por el acusado está relacionada con la actividad que dicha entidad desarrolla en el ámbito de derecho público, es decir, la limpieza de los viales con conexión y utilización obligatorias para los propietarios de los terrenos colindantes, un servicio que se cobra a estos de acuerdo con los principios de tarifas de derecho público. Esto tiene relevancia a la hora de determinar las obligaciones de control del acusado. Como entidad de derecho público, BSR está obligada a calcular correctamente las tarifas a pagar por los propietarios. A diferencia de una empresa privada, cuyo objetivo es esencialmente generar beneficios dentro de un marco legal que tiene que respetar, el elemento clave de la actividad de una entidad de derecho público es la aplicación de la ley. Esto significa que el cumplimiento de la ley es una parte esencial de su actividad empresarial. Por lo tanto, en el ámbito de derecho público, no se distingue entre los intereses de la empresa propia y los intereses de terceras partes ajenas. Esto también tiene su efecto sobre la interpretación de la obligación de control, porque el objeto del control en el ámbito privado se entiende de otra manera que en el ámbito de derecho público.
- 30 La obligación de control se centra en el cumplimiento de lo que es objeto de la actividad de la empresa empleadora, a saber, el cumplimiento legal del servicio de limpieza de los viales, que también incluye una facturación correcta de los costes originados. El cargo concreto del acusado incluía el deber de proteger a los propietarios de los terrenos colindantes contra tarifas excesivas facturadas fraudulentamente e implicaba una posición de garante correspondiente. Al delimitar el deber a asumir por el acusado se deben tener en cuenta las funciones que este desempeñó anteriormente para BSR. Fue considerado experto en derecho tarifario y como tal la "conciencia jurídica" de BSR (UA págs. 7, 10, 46). Esta capacidad sin duda fue motivo de su nombramiento como jefe de la Revisión Interna. **El acusado, que dependía directamente del presidente de la junta directiva, estaba obligado, en calidad de jefe de la Revisión Interna, a objetar las infracciones detectadas en el cálculo de las tarifas (UA pág. 12), siendo las disposiciones legales de obligado cumplimiento también para proteger a los sujetos pasivos de las tarifas (UA pág. 56).** Basándose en una exposición suficiente de los hechos, el Tribunal regional concluyó acertadamente que entre las responsabilidades claves del acusado figuraba la obligación de impedir el cobro fraudulento de tarifas excesivas por la limpieza de los viales (véase Fischer, StGB 56.^a edición, art. 13, nota marginal 17).

- 31 (3) Por lo tanto, según el art. 13, apartado 1, del Código Penal alemán, el acusado tenía la obligación de objetar cualquier error detectado en el cálculo de **las tarifas, independientemente de si este error perjudicaba a su empresa empleadora o a terceras partes ajenas**. La omisión, contraria a su deber, tiene como consecuencia que se le imputa el hecho punible que debería haber impedido (véase BGH NJW 1987, 199). Por eso se constata, tal y como expone el Tribunal regional sin incurrir en ningún error de derecho, complicidad según el art. 27, apartado 1, del Código Penal alemán, porque el acusado solo actuó con complicidad intencional, subordinándose a la actuación fraudulenta del acusado principal, el señor G. . Puesto que **el acusado no impidió la actuación fraudulenta del miembro de la dirección G. , aunque podría haberlo hecho simplemente informando al presidente de la junta directiva** – una obligación exigible a él–, cometió el delito de complicidad en estafa por omisión. Dado que conocía todos los detalles, sin duda se puede constatar también una autoría subjetiva (véase BGHSt 19, 295, 299). El Tribunal regional lo expuso acertadamente en los fundamentos de derecho.
- 32 c) Contrariamente a lo que opina la Fiscalía Federal, no se le puede reprochar al acusado una gestión desleal según el art. 266 del Código Penal alemán en perjuicio de BSR. Es cierto que el acusado tiene la obligación de administrar el patrimonio de su empresa empleadora, pero no se constata un perjuicio en el sentido del art. 266 del Código Penal alemán. BSR obtuvo una ventaja por la fijación fraudulenta de las tarifas, porque registró unos ingresos más elevados que los que le hubieran correspondido de acuerdo con el reglamento legal.
- 33 La Fiscalía Federal está considerando la posibilidad de tal perjuicio por los derechos a indemnización y los gastos procesales después de la detección de la estafa. No obstante, no se trata de un perjuicio directo (BGHSt 51, 29, 33; BGH NStZ 1986, 455, 456; ibidem art. 266, nota marginal 55), porque supone un paso intermedio con la detección del hecho. Sin embargo, la comparación del patrimonio total necesaria para determinar el perjuicio se debe basar en el plan delictivo llevado a cabo por el autor.
- 34 d) La determinación de la pena también es, en resumen, acorde a la ley. Los reparos expresados en relación con los daños y perjuicios valorados por el Tribunal regional, que en el juicio contra el acusado G. han llevado a la anulación de la condena penal en la resolución del Senado del 9 de junio de 2009, no son aplicables en el caso del acusado W. . Según los fundamentos de derecho, el Tribunal regional atribuyó poca importancia al monto de los daños y perjuicios en el caso de este acusado.
- 35 Contrariamente a lo que opina la defensa, el Tribunal regional consideró la motivación del acusado. Por lo tanto, constató que el acusado G. se subordinó a la dirección por una interpretación errónea de la lealtad.

- 36 La compensación fijada en 20 tasas diarias por el retraso indebido del juicio tampoco es criticable. Teniendo en cuenta el retraso de 10 meses que el Tribunal regional constató sin incurrir en error de derecho, la disminución de 20 tasas diarias es suficiente y en ningún caso constituye un defecto legal.
- 37 El Tribunal regional tampoco estaba obligado a aplicar un marco penal más leve al acusado por fundamentos de derecho, de acuerdo con el art. 13, apartado 2, del Código penal en relación con el art. 49, apartado 1, del mismo código. La argumentación que se basaba en el hecho de que hubiera tenido la oportunidad de revelar el error de cálculo a lo largo de varios meses es válida, especialmente si se tiene en cuenta que el acusado asistió en calidad de redactor del acta a la reunión del consejo de administración en la que se presentaron las tarifas calculadas incorrectamente.
- 38 El planteamiento de la aplicación facultativa de un marco penal aún más leve de acuerdo con el art. 17, apartado 2, del Código Penal alemán en relación con el art. 49, apartado 1, del mismo código, que se esperaba en el recurso, no era necesario simplemente porque el acusado no incurrió en ningún error de derecho. No es relevante que el acusado tuviera conocimiento de la punibilidad de su actuación como estafa. El error de derecho ya queda excluido si el acusado sabe que su actuación (en este caso su omisión) es ilegal (BGHSt 42, 123, 130; 52, 182, 190 f.; 52, 307, 313; BGHR StGB art. 11, Amtsträger (titular del cargo) 14). Según los fundamentos de derecho, el acusado sabía que las tarifas se calcularon infringiendo la ley de limpieza de los viales de Berlín y estaba obligado a informar de ello al presidente de la junta directiva por el contrato de trabajo.
- El Tribunal regional finó la tasa diaria en un importe de 75 € sin incurrir en ningún error de derecho (véanse los comentarios de Häger en LK; 12.ª edición, art. 40, nota marginal 54 y siguientes; además BGH wistra 2008, 19).

Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal

Cuaderno 1

Conoce tu organización

Este documento señala aquellos aspectos clave de la organización que debes conocer para establecer un modelo de cumplimiento legal. Son reflexiones que te resultarán útiles tanto si te has incorporado recientemente a una empresa, como si quieres asegurarte de estar considerando aspectos organizativos esenciales para el desarrollo de tu cometido de manera eficaz.

Cuaderno 2

El cumplimiento de las normas y su relación con la Gobernanza y la Gestión del Riesgo

Los modelos de gestión empresarial más avanzados recomiendan una gestión coordinada de estas tres esferas: son las fórmulas GRC (Governance, Risk Management and Compliance). Estos conceptos están vinculados hasta el punto que resulta difícil analizarlos de manera aislada. La función jurídica no escapa a esta realidad, de modo que necesitarás conocer las sinergias entre ellos y el modo en que su gestión coordinada te permitirá ganar eficacia y hacer tuyos los estándares de gestión del siglo XXI.

Cuaderno 3

Sistemas para la gestión del cumplimiento (CMS) – Parte I

Desde hace años existen estándares que facilitan una gestión del cumplimiento legal estructurada (*Compliance Management Systems* – CMS). Su reconocimiento internacional ha permitido acuñar el concepto de “Marcos de referencia para la gestión del cumplimiento generalmente aceptados”. De estos entornos se extraen una serie de principios que te serán útiles de conocer, por cuanto definen un estado del arte en la materia.

Cuaderno 4

Sistemas para la gestión del cumplimiento (CMS) – Parte II

En esta segunda parte dedicada a los CMS continuarás viendo principios de cumplimiento muy difundidos a nivel internacional, de modo que puedas reconocerlos y desarrollarlos también en tu organización.

Cuaderno 5

Gestión de políticas de empresa

Las empresas establecen normas internas que les permiten la consecución ordenada de sus objetivos, incluyendo los relacionados con el cumplimiento de la legalidad. La función jurídica está cada vez más relacionada con la tarea de supervisar y dar consistencia al conjunto de políticas de empresa, en lo que se conoce como Policy Management. Estas reflexiones te ayudarán a diseñar, estructurar y gestionar de manera adecuada un entramado de políticas de empresa orientadas al cumplimiento legal.

Cuaderno 6**Cumplimiento legal, ética e integridad**

El transcurso del tiempo ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación entre la función jurídica de la empresa y la ética e integridad, hasta el punto que hoy en día comienzan a interpretarse como cometidos indisociables. El objetivo de respeto a la legalidad que se auto-imponen y difunden cada vez más organizaciones es prueba de esta tendencia, siendo su consecuencia que la función jurídica asuma unos objetivos relacionados con la ética y la integridad. Conocerlos te permitirá convertirte en la conciencia de la empresa.

Cuaderno 7**Protocolos de comunicación, actuación y revisión**

El crecimiento de las organizaciones y la globalización de sus actividades ha incrementado la criticidad de disponer de información actualizada a tiempo para desarrollar una gestión eficaz. La función jurídica no escapa a esta tendencia, siendo necesario que se dote de información de calidad a tiempo para el desarrollo de la prevención legal. Conocer bien las ventajas e inconvenientes de los protocolos de comunicación, actuación y revisión te resultará de gran valor para el adecuado diseño de tu modelo de cumplimiento.

Cuaderno 8**La cadena de reporte: el cuadro de mando legal**

Los flujos de la información con relevancia legal deberían terminar en un reporte sobre dicha materia, con eventual repercusión en la documentación que se pone a disposición del público en general. En este cuaderno verás cómo cristaliza la información legal de calidad en un cuadro de mando, susceptible de ser integrado en otros documentos de reporte interno.

Cuaderno 9**Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal**

La importancia de la vigilancia interna en las organizaciones, incluida la relacionada con el cumplimiento de la legalidad, viene poniéndose de manifiesto en normas de países de nuestro entorno, y siendo también reconocida por sus Tribunales. Todo ello está dando lugar al que se conoce como “Régimen de responsabilidad agravada”, que afecta personalmente a cargos en la empresa con obligaciones de vigilancia, entre los cuales posiblemente te encuentres.

Cuaderno 10**Estándares específicos: la prevención penal**

El conjunto de bloques normativos que afectan a cualquier empresa se ha incrementado tanto en los últimos años, que incluso se han desarrollado estándares para el cumplimiento normativo en cada uno de ellos. Uno de los ámbitos tratados desde hace más tiempo es el de la prevención de conductas penales en el seno de la empresa, hasta el punto que se han considerado modélico para establecer el “tono ético” de las organizaciones. Es necesario que conozcas estos modelos si quieres salvaguardar a tu empresa.

Cuaderno 11**Resistencia al cambio y conductas obstructivas**

Es posible que cuando quieras desarrollar modelos de cumplimiento legal modernos, alineados con las mejores prácticas internacionales en esta materia, sufras los efectos de la resistencia al cambio de determinadas personas dentro de tu organización. Estas reflexiones te ayudarán a identificar conductas que pueden paralizar tus procesos de mejora, permitiéndote gestionarlas de forma temprana.

Cuaderno 12**Cumplimiento legal en pequeñas organizaciones**

Las pequeñas y medianas organizaciones no disponen de los recursos necesarios para desarrollar en toda su extensión las reflexiones que se han ido tratando en esta serie de Cuadernos. Sin embargo, esta realidad no debería justificar la ignorancia de una serie de valores o principios esenciales en materia de cumplimiento legal, acomodándolos a sus circunstancias. El principio de proporcionalidad está reconocido en muchos de los marcos para la gestión del cumplimiento generalmente aceptados. Estas reflexiones te darán ideas para desarrollar a pequeña escala los mismos principios que inspiran los procesos de cumplimiento legal en las grandes firmas multinacionales.

Bibliografía del autor

Control de Riesgos Legales en la empresa

Alain Casanovas

Prólogo de Lord Daniel Brennan Q.C., *former President of the Bar of England and Wales*

Edita Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2008

Control Legal Interno

Alain Casanovas

Prólogo de Pedro Miroso, *Catedrático de Derecho Mercantil, ESADE, Facultad de Derecho*

Edita Grupo Wolters Kluwer

Editorial La Ley, S.A.

Madrid 2012

Legal Compliance - Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados

Alain Casanovas

Prólogo de José Manuel Maza, Magistrado del Tribunal Supremo

Edita Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2013

Contacto

Alain Casanovas

Socio de KPMG Abogados

T: +34 93 253 29 22

E: acasanovas@kpmg.es



© 2013 KPMG Abogados S.L., sociedad española de responsabilidad limitada, es una filial de KPMG Europe LLP y firma miembro de la red KPMG de firmas independientes afiliadas a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

KPMG, el logotipo de KPMG y "cutting through complexity" son marcas registradas o comerciales de KPMG International.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.