

**AS
COM**
EXPERTOS EN
COMPLIANCE

Asociación
Española
de Compliance

Cuadernos de Compliance

Responsabilidades personales en el ámbito del Compliance

Alain Casanovas

09



Instituto de Estudios
de Compliance

Alain Casanovas

Abogado y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de *Compliance* ASCOM, es socio responsable de los servicios de *Legal Compliance* en **KPMG** España. Experto acreditado y *Head of Spanish Delegation* en los *Project Committees* 271 y 278 de ISO que produjeron los estándares ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* e ISO 37001 sobre *Anti-Bribery Management Systems*. Coordinador y miembro del grupo de trabajo *ad-hoc* de la Asociación Española de Normalización UNE elaborador de la Norma UNE 19601 sobre sistemas de gestión de *Compliance* penal.

Codirector de los dos primeros Programas de postgrado de *Compliance* en España, en la Universidad Carlos III de Madrid y la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. Codirector del Programa Enfocado del IESE sobre *Compliance*, Responsabilidad Social y Buen Gobierno. Director técnico de los congresos nacional e internacional de *Compliance* organizados por Thomson Reuters y ASCOM.

© 2018

La Serie de *Cuadernos de Compliance* es propiedad intelectual del autor, estando prohibida la reproducción total o parcial del documento o su contenido 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. Los comentarios planteados sólo recogen algunas cuestiones de índole general, que pueden ser de utilidad a meros efectos informativos. Pero los contenidos de dichos comentarios no pretenden ser exhaustivos y sólo reflejan el entendimiento del autor de los aspectos que considera más relevantes respecto de las materias tratadas. El autor no se responsabiliza de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones e informaciones contenidas en este documento.

Presentación



Desde hace algunos años ha comenzado a diluirse la distinción clásica entre la figura del administrador social, sujeto a un **amplio abanico de responsabilidades** -algunas con tintes de objetividad-, y la de los empleados en régimen laboral, cuyo marco tuitivo les mantenía alejados de la **responsabilidad personal** frente a terceros. Esta situación venía heredada de un entorno de negocios sencillo, donde la involucración directa de los administradores en la gestión diaria facilitaba hacerles **acreedores inmediatos de cualquier responsabilidad** por los daños derivados de sus decisiones. Por contra, los empleados se limitaban a arrendar su capacidad de trabajo y seguir instrucciones, a cambio de un salario.

Sin embargo, hace tiempo que el tamaño de las organizaciones dejó de permitir esta proximidad respecto de la gestión operativa, no quedando más opción que delegar ciertos cometidos a **órganos o cargos especializados**, ocupados normalmente por personas con niveles de **formación y retribución** acordes con la trascendencia de sus cometidos.

En este entorno, se aprecia la tendencia a **individualizar las responsabilidades**, exigiendo un nivel de diligencia elevado en ciertos perfiles aún cuando no ostentan la condición de administradores sociales. Especialmente cuando de su conducta no sólo se pueden derivar daños a la organización sino también a **terceros**. En estos contextos, la acción de responsabilidad instada por el perjudicado podría dirigirse contra la sociedad, contra las personas cuya negligencia ocasionó el daño (sean o no administradores), o contra ambos. Se habla en estos casos de un **régimen de responsabilidad agravada** para sujetos que, por motivo de cargo, ostentan un **deber especial de vigilancia o posición de garante**. Entre ellos puede estar el *Compliance Officer*, como señaló una conocida resolución judicial alemana hace más de una década. Es una tendencia que vemos reproducirse en jurisdicciones de diferentes países y también recogerse en algunas normas.

Como *Compliance Officer*, 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.

Alain Casanovas



Índice

- 1. Diligencia debida de los Administradores sociales**
 - 2. Acción de regreso contra los Administradores sociales**
 - 3. Responsabilidades de la Comisión de Auditoría**
 - 4. Responsabilidades del Compliance Officer**
 - 5. Pólizas de seguro: traspaso del riesgo**
 - 6. Enfoque de la responsabilidad**
 - 7. Preguntas frecuentes**
-
- **Apéndice I: Sentencia del Tribunal de Milán de 13 de febrero de 2008**
 - **Apéndice II: Sentencia del BGH de 17 de julio de 2009**



1.

Diligencia debida de los Administradores sociales.



La **diligencia** que se espera en España de un **ordenado empresario** incluye el conocimiento de las **obligaciones legales** que afectan a su actividad, tal como ha reconocido en general nuestra jurisprudencia, especialmente en organizaciones que operan en **mercados regulados**. Obrar sin **diligencia** les puede reportar **responsabilidad personal** no sólo frente a la sociedad sino también ante a sus accionistas y terceros perjudicados.

Delegación responsable

El crecimiento de las empresas y la complejidad del entorno de negocios han propiciado que, desde hace ya años, el cometido principal de los administradores en organizaciones grandes **no** sea involucrarse en la **gestión operativa** –objetivo materialmente imposible–, sino **delegar** parte de sus funciones y ejercer **vigilancia** sobre aquellos que las desempeñarán. Es la noción de **delegación responsable**, que va unida al concepto de “**supervisión**”, considerada una responsabilidad esencial e irrenunciable de los administradores. Por consiguiente, estos no sólo deben velar por su conducta sino también por la de los órganos subordinados, que actúan por delegación. En cualquier caso, puesto que los administradores delegan pero **no abdican** de sus amplias competencias *ex lege*, ostentan lo que jurídicamente se califica de **posición residual de garante**.

La responsabilidad de **supervisión** enlaza con instituciones jurídicas clásicas, como la **diligencia in vigilando**: deber de mantener el control sobre las conductas que desarrollan otras personas por motivo de **jerarquía** o de **delegación**. Los administradores tendrán presente que **delegar** ciertas funciones **no** equivale a **olvidarse** de ellas y, por ello, siempre mantendrán un hilo de responsabilidad. Les conviene, pues, articular estructuras de supervisión -incluyendo las de *Compliance*-, pues, no hacerlo, puede constituir un indicio de **delegación irresponsable**.

Exposición personal de los administradores

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 la propia organización y de terceros. En relación con ello, es muy probable que en algún momento **deban acreditar** que dispusieron los medios adecuados de **supervisión** sobre quienes observaron una conducta irregular y ocasionaron daños.

Compliance y responsabilidad personal de los administradores

Los principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, por ejemplo, consideran que es una función clave del Consejo asegurar mecanismos 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 a tales efectos, **especialmente cuando vienen exigidos por el marco jurídico**.

Es positivo que los administradores de tu organización sepan **qué se espera de ellos** en materia de *Compliance*, y que les motive a impulsar un modelo de organización y gestión robusto. Es importante hacerles ver que no sólo redundará en un mayor confort para la organización, sino también para ellos, a **título personal**. No se comprenderá su despreocupación o inactividad respecto del *Compliance*, cuando incluso puede ser determinante o agravante de su responsabilidad personal.



2.

Acción de regreso contra los Administrado- res sociales.



Disponer los medios para garantizar el cumplimiento de la legalidad es una obligación **inherente** a todo administrador. Si bien esta diligencia es inexcusable en cualquier contexto, todavía lo es más cuando el marco jurídico así lo exige. En relación con ello, ten presente que cada vez son más frecuentes las normas que exigen estructuras de *Compliance*. En España, por ejemplo, disponer de modelos de *Compliance penal* es requisito *sine qua non* para optar a la **exención de la responsabilidad criminal de la persona jurídica**.

La Sentencia del Tribunal de Milán

La **desidia** de los administradores en impulsar modelos de *Compliance* acordes con las exigencias legales **es difícilmente justificable**, como ilustró 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 vio perjudicada por la inactividad de su Consejero-Delegado y Presidente del Consejo de Administración, a la hora de activar las **estructuras internas de prevención penal** exigidas por la normativa italiana. Dicha sociedad sufrió una sanción por ello, que repercutió contra el **administrador negligente**, actuación que fue refrendada por el indicado Tribunal. Evidentemente, los fundamentos jurídicos se ciñen al marco legal italiano de ese momento, pero ¿acaso esta negligencia quedaría impune en cualquier otro ordenamiento moderno? En el español desde luego que no.

En este sentido, el foco de **exposición** de los administradores frente a responsabilidades derivadas del *Compliance* es amplio, pues no sólo proviene de los terceros perjudicados sino de su propia organización y los gestores que le sustituyan.

Auditorías y certificaciones externas

Considerando la duración de los periodos de prescripción y caducidad de las acciones legales contra las organizaciones y sus dirigentes, ningún administrador debería dejar su puesto sin haber dispuesto los mecanismos de *Compliance* que le brindarán confort ante futuras acusaciones de negligencia. En este sentido, las **revisiones**, **certificaciones** y **auditorías** externas de modelos de *Compliance* no sólo acreditan de las bondades del modelo implantado, sino, de paso, ayudan a evidenciar la **diligencia** y el **buen hacer** de los administradores que los impulsaron ante eventuales críticas posteriores.



3.

Responsabilidades de la Comisión de Auditoría.



La Comisión de auditoría sólo es **obligatoria** para determinado tipo de sociedades (normalmente cotizadas), aunque puede formarse también de manera **voluntaria**. Pero, cuando existe, es preciso conocer bien sus atribuciones y, por lo tanto, el nivel de **diligencia** que se espera de sus miembros.

Capacidades de decisión y sus consecuencias

La Comisión de Auditoría es una **comisión delegada** el Consejo de Administración. Por consiguiente, está integrada por administradores. Cuando aglutina perfiles diferentes (no administradores), adquiere la condición de **Comité**, pues ya no puede considerarse una “porción” del propio Consejo de Administración.

Cuando la Comisión de Auditoría viene exigida por la Ley, deben conocerse bien las competencias y responsabilidades que le atribuye el marco jurídico. En algunos casos, como en el sistema **norteamericano**, dispone de auténtico poder de decisión sobre ciertas materias. Por lo tanto, **no actúa por delegación**, siendo posible tejer un hilo de **responsabilidad directa** cuando el **ejercicio negligente** de sus capacidades decisorias causa daños a la organización o a terceros.

En otros sistemas jurídicos, como el español, la Comisión de Auditoría tiene también competencias sobre determinadas materias, pero **no dispone de capacidades de decisión**, lo que le ha granjeado el calificativo de **cuasi-órgano social**. Esto significa que es el Consejo de Administración el órgano que finalmente adopta decisiones sobre las materias en que la Comisión de Auditoría ejerce previa **supervisión**. Esta estructura refuerza la **posición residual de garante** de todos los miembros del Consejo de Administración. No obstante, ante incidentes de **Compliance**, sitúa en un escenario

especialmente delicado a aquellos de sus miembros que, además, forman parte de la Comisión de Auditoría, dada su especialización en el campo de la supervisión y el control.

Comisión de Auditoría y Compliance

Entre otras funciones, suele esperarse de la Comisión de Auditoría un papel de **liderazgo** en el **control de riesgos**, cuando no existe otro órgano específico que se ocupe de ello (como puede suceder en la Banca, por ejemplo). Obviamente, entre los riesgos a controlar se contarán los de *Compliance*.

Existe una línea de pensamiento que atribuye a la Comisión de Auditoría competencias en supervisión de **riesgos financieros**, y atribuye los que carecen de tal naturaleza a **otras comisiones delegadas** del Consejo de Administración. No obstante, es una clasificación algo artificial, pues la mayoría de riesgos de *Compliance* son cuantificables, provisionables y tienen **impacto en los Estados Financieros** de la organización. La mayor parte de textos legales que definen las funciones de la Comisión de Auditoría recurren a **redactados amplios** para dar cabida a la supervisión de **riesgos de cualquier naturaleza**. Por eso, es un **error** considerar que la Comisión de Auditoría sólo debe cubrir la supervisión financiera, especialmente cuando la Ley le otorga competencias más amplias. Sucede algo parecido con la función de Auditoría interna, que también suele vincularse con el **aseguramiento** de los controles financieros, cuando su valiosa labor es igualmente susceptible de proyectarse sobre otros ámbitos igualmente críticos.

La existencia de modelos razonables de organización y gestión en materia de *Compliance* es, pues, una materia muy vinculada con la Comisión de Auditoría. Pero esto no significa que la deba encarnar directamente, pudiendo limitarse a ejercer una adecuada **supervisión** de las actividades desarrolladas por órganos *ad-hoc* de *Compliance*.

Es un error considerar que la Comisión de Auditoría sólo debe cubrir la supervisión financiera.



4.

Responsabilidades del Compliance Officer.



Quien causa un daño tiene la **obligación de repararlo**: es una máxima de convivencia social y pilar clásico de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el enfoque **tuitivo** de la **normativa laboral** unido a la **obligación general de supervisión** de los administradores de sociedades, parece haber desdibujado ese fundamento básico, abocando a un régimen dicotómico: de escasa exposición frente a terceros del personal laboral, pero muy amplia de los administradores sociales.

Individualización de responsabilidades

Los escándalos financieros de inicio de este siglo han demostrado, en no pocas ocasiones, que vinieron propiciados por la **relajación** en el ejercicio de las competencias propias de determinados cargos, con **obligaciones de supervisión y control**. Esto avivó el debate de la responsabilidad de dichos cargos, aun no siendo administradores, y propició el incremento de su exposición personal como forma de prevenir episodios análogos. En algunos ámbitos, como el de la prevención de conductas penales, se observa una clara tendencia a **individualizar responsabilidades**, de forma que quien haya cometido un daño no quede libre de castigo por hallarse bajo la cobertura de una organización.

En esta clave que se comprenden ciertas normas promulgadas desde entonces, que hacen hincapié no sólo en la necesidad de **mejorar el control interno** sino también en la **involucración personal** de aquellos sujetos con atribuciones en **vigilancia y control**. Esta tendencia se observa tanto en normas como en pronunciamientos jurisprudenciales producidos en países y contextos distintos.

La Sentencia del Tribunal Federal de Alemania

Es paradigmática la sentencia del Tribunal Federal de Alemania (BGH) de 17 de julio de 2009, cuya traducción libre se adjunta como **Apéndice II** de este Cuaderno. Aunque es un pronunciamiento muy célebre entre estudiosos del *Compliance*, es poco conocido por el público general. La sentencia dictamina la **responsabilidad personal** del *Compliance Officer* de una organización por **no haber desarrollado sus cometidos de manera diligente**. La sentencia no sólo es significativa por ello, sino también porque subraya los **cometidos** que cabe esperar de esta figura, anticipándose muchísimo a su tiempo. 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 causar a **terceros**.

Esto confirma la tendencia a **individualizar** responsabilidades, diluyendo el tópico de que los **únicos** responsables de los desórdenes corporativos son sus administradores, y amplía la posibilidad de sanciones directas contra quienes, con su conducta negligente, ocasionan daños a terceros.

Aunque esta tendencia observa un desarrollo desigual en diferentes países -debido a su respectiva tradición jurídica-, es difícil que puedan abstraerse por completo de ella, máxime cuando existen instituciones jurídicas bastante 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 y control (sea por vía contractual o por descripción funcional) son claros candidatos a experimentar personalmente sus consecuencias.

Toma seriamente en consideración tu nivel de exposición actual a reclamaciones **por motivo de cargo** y analiza el modo en que puedes verte afectado por ellas. En cualquier caso, impulsa iniciativas de mejora que ayuden a **acreditar tu diligencia**, llegado el caso.

Se diluye el tópico de que los administradores sociales son los únicos responsables de los desórdenes corporativos.



5.

Pólizas de seguro: traspaso del riesgo.



En la doctrina clásica de gestión de riesgos, una de las opciones que se barajan es su **traspaso**. Esto significa que el riesgo no desaparece, pero se traslada a un tercero. Las pólizas de seguro canalizan esta posibilidad, de modo que frente a la **materialización de un riesgo** (siniestro) brindan la cobertura pactada con el asegurado.

Como sabes, existen pólizas de seguro que cubren la responsabilidad ante daños causados a terceros, e incluso otros gastos asociados (defensa jurídica, etc.). En el ámbito de las empresas, son conocidas las llamadas **pólizas de cobertura a D&O**, destinadas a cubrir las responsabilidades propias de **administradores** y **directivos** (“*Directors and Officers*”). Sin embargo, no todo es asegurable.

La mayor parte de ordenamientos **restringen** la actividad aseguradora en la esfera **criminal**, por motivos de **orden público**. Teniendo el Derecho penal una vertiente **punitiva**, es lógico que se quiera evitar que sus sanciones puedan ser aseguradas, perdiendo su carácter penalizador del sujeto infractor. Por ello, los riesgos de naturaleza penal rara vez pueden ser objeto de cobertura mediante una póliza de seguro. Es cierto que algunos servicios ofrecidos por las sociedades aseguradoras cubren los gastos de **defensa jurídico-penal** o incluso las **fianzas** exigidas por las autoridades mientras no exista una sentencia firme.

Es importante que tanto los **administradores** como el **equipo directivo** (incluyendo al *Compliance Officer*) adquieran conciencia de que las pólizas de seguro suscritas posiblemente se limitan a cubrir una parte de sus responsabilidades por **irregularidades** en *Compliance*. En este sentido, el único modo de obtener un nivel aceptable de **confort** es disponiendo y acreditando **estructuras de Compliance robustas**.



6.

Enfoque de la responsabilidad.



Según he explicado en los apartados anteriores, los daños ocasionados por el incumplimiento de las normas pueden provocar **responsabilidades personales** en un amplio espectro de sujetos dentro de la organización. Sin embargo, **no** se tratará necesariamente de una **responsabilidad solidaria**.

Si el incumplimiento se debe a la **inexistencia** o **inadecuación** del modelo de *Compliance*, la responsabilidad tenderá a **dirigirse** a los **administradores sociales**, pues forma parte de sus cometidos impulsar modelos de organización y gestión (supervisión) que garanticen el desarrollo de las actividades de manera ética y legal. 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 socio-económico actual.

Además, cuando la supervisión de los mecanismos de control interno se atribuye a la **Comisión de Auditoría**, puede ser igualmente difícil justificar su pasividad o negligencia en materia de *Compliance*. Tal circunstancia le expone especialmente.

Existiendo un modelo de *Compliance* **razonable**, se espera del personal encargado de su operación (el **Compliance Officer** y su equipo) una conducta diligente y alineada con su contenido, pudiendo llegar a asumir **personalmente** las consecuencias que se deriven de sus actos u omisiones cuando produzcan daños a la **organización** o a **terceros**. Este es, en esencia, el planteamiento de la sentencia del Tribunal Federal de Alemania, adjunta a este Cuaderno como **Apéndice II**.

Ten presente este esquema básico de ubicación de responsabilidades y trata de que los cargos indicados conozcan la importancia de promover una cultura ética y de respeto a las normas a través de un modelo razonable de *Compliance*.



7.

Preguntas frecuentes.



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

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 u otras circunstancias, no puede asumir dicha obligación personalmente, cabrá esperar una **delegación responsable** a los órganos adecuados. Será positivo que los modelos de *Compliance* así impulsados observen los principios y buenas prácticas de los marcos de referencia que actualmente conforman el estado del arte en esta materia. Bajo esta premisa, un tercero independiente puede **revisar, auditar o certificar** el modelo de *Compliance* y generar confort tanto a los administradores como a terceros.

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

Un incidente de *Compliance* no es, por sí solo, **evidencia irrefutable** de la falta de diligencia ni de los administradores ni de las demás personas relacionadas con la **supervisión**. Sin embargo, conforma un escenario propicio para **cuestionar su diligencia**. Respecto de los administradores, siempre será de utilidad disponer de la **opinión de un tercero independiente** acerca de la razonabilidad del modelo de *Compliance*.

¿Es la Comisión de Auditoría un órgano que debe dedicarse exclusivamente a la supervisión de riesgos financieros?

No necesariamente. Aunque se trata de un entendimiento bastante difundido e incluso amparado por algunos textos sobre gobernanza, lo cierto es que las **leyes** que regulan las funciones de la Comisión de Auditoría le suelen otorgar **competencias amplias** en materia de supervisión de los mecanismos de control de riesgos (en general). Tal circunstancia hace difícil desvincular su labor con el *Compliance*, que se proyecta sobre una especificidad de riesgos, susceptibles, además, de impactar significativamente en los Estados Financieros.

¿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 *Compliance* fijado por la organización. Este nivel de diligencia implica desarrollar correctamente las **actividades** que le atribuya dicho modelo y los **procedimientos** establecidos al efecto. Esto incluye realizar **reportes** al órgano de gobierno y máxima dirección, así como escalar rápidamente la comunicación de los riesgos para **evitar su materialización**. En alguna jurisdicción, este escalado puede incluso derivar en un “noisy withdrawal” o renuncia al cargo comunicada al regulador, cuando se han agotado las vías internas de comunicación sin que se hayan adoptado las medidas necesarias para prevenir o mitigar el daño. Sin necesidad de llegar a estos extremos, lo cierto es que el *Compliance Officer* **cumple razonablemente** su cometido cuando, habiendo desarrollado las actividades encomendadas, reporta el resultado conforme al procedimiento definido al efecto. En este sentido, un modelo de *Compliance* adecuadamente diseñado le facilitará esta labor, estableciendo una **proximidad** a los órganos de gobierno y **canales fluidos de comunicación** con ellos. Por su parte, el órgano de gobierno se cuidará de facilitar a la función de *Compliance* los elementos de **autonomía** e **independencia** que le permitan desarrollar sus cometidos con eficacia, incluyendo los recursos económicos precisos. Los incumplimientos provocados por déficits en dichos elementos, 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 las tendencias legislativa y judicial a **individualizar responsabilidades**, posiblemente ganará importancia el análisis de la diligencia que cabe esperar de los diferentes puestos en el seno de las organizaciones, **sean o no administradores**. De este modo, ante daños ocasionados por irregularidades de *Compliance*, la inexistencia o falta evidente de adecuación de un modelo apuntará a la **responsabilidad de quien debió impulsarlos**. Sin embargo, acreditada la idoneidad de dicho modelo, el análisis de diligencia se proyectará sobre aquellos cargos encargados de **operarlo**. Puesto que este análisis precisa conocimientos cada vez más técnicos en materia de *Compliance*, posiblemente los órganos judiciales y arbitrales se valdrán de la opinión de **expertos** que considerarán las circunstancias de la organización y evaluarán el modo de proceder de unos y de 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 del 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 genérica (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.

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.
2. El Tribunal regional ha llegado a las siguientes conclusiones y consideraciones:
3. 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. 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. 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, Beweisantrag (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 indisociablemente 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 viales 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 oculto. 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; ibídem 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**.

Cuaderno 1

Serie de Cuadernos Compliance

¿Qué es *Compliance*?

El contenido de la función de *Compliance* ha evolucionado en los últimos años, de la mano de estándares internacionales y textos emitidos por reputadas autoridades nacionales. En la actualidad, se encuentran claramente definidas las expectativas que la sociedad deposita en la función de *Compliance* y en los responsables que la representan.

Cuaderno 2

Conoce tu organización

La función de *Compliance* no actúa en paralelo a los procesos de negocio sino que forma parte de ellos. Por lo tanto, conocer la organización, no sólo desde la perspectiva societaria sino especialmente en cuanto a sus estructuras, roles, responsabilidades y procesos de negocio, es fundamental para desarrollar razonablemente labores de prevención, detección y gestión de riesgos de incumplimiento. Conocer funciones sinérgicas y tender puentes con ellas es clave en todo modelo eficaz de *Compliance*.

Cuaderno 3

Relación de *Compliance* con Gobernanza y Gestión de riesgo

La función de *Compliance* está condicionada por aspectos relacionados con la Gobernanza y la Gestión del riesgo. Sus interacciones son tan importantes, que los modelos de gestión empresarial modernos establece su gestión coordinada: son las fórmulas GRC (*Governance, Risk Management and Compliance*). Su interrelación es tal, que incluso se utilizan aplicativos diseñados para asegurar la consistencia en su tratamiento.

Cuaderno 4

Sistemas de gestión de *Compliance*

En los últimos años, los denominados “Programas de *Compliance*” se han visto sobrepasados por los “Sistemas de Gestión de *Compliance*”, que suponen un salto evolutivo en la prevención, detección y gestión de riesgos de incumplimiento. Los exponentes más conocidos son los estándares ISO 19600:2014 sobre *Compliance Management Systems* (CMS) e ISO 37001:2016 sobre *Anti Bribery Management Systems* (ABMS). En España destaca la Norma UNE 19601:2017 sobre sistemas de gestión de *Compliance* penal. Estos modelos descansan en una serie de componentes clave que se retroalimentan, mejorando notablemente la efectividad del modelo.

Cuaderno 5

Autonomía e independencia en *Compliance*

Autonomía e independencia no son términos sinónimos en *Compliance*, y su concurrencia es clave para la eficacia de la función. Ambos conceptos se traducen en una serie de buenas prácticas que impulsan las organizaciones comprometidas con una gestión responsable. El perfil profesional del propio *Compliance Officer* es igualmente importante para que pueda sacar el máximo partido a ambos factores.

Cuaderno 6

Cultura ética y de respeto a las normas

El objetivo último de la función de *Compliance* es establecer o mejorar la cultura ética y de respeto hacia las normas. La vinculación entre ética y *Compliance* es indisociable, hasta el punto de engendrar una figura híbrida en pujanza: el *Chief Ethics & Compliance Officer*. Los estándares avanzados en *Compliance* incluyen dentro de su perímetro de supervisión las normas asumidas voluntariamente por las organizaciones, dando entrada por esa vía al control sobre los compromisos éticos.

Cuaderno 7

Árbol de políticas de *Compliance*

El establecimiento o mejora de la cultura ética y de respeto a las normas precisa facilitar directrices de conducta a los miembros de la organización. Este cometido se logra a través de las políticas internas, que conforman un entramado complejo de patrones de conducta y procedimientos para encauzarlos adecuadamente. Esta red obedece a una estructura jerárquica –de árbol– que comienza con valores públicamente asumidos por la organización, y que debe conocerse y gestionarse correctamente (*policy management*).

Cuaderno 8

La cadena de reporte en *Compliance*

Dentro de los cometidos que desarrolla la función de *Compliance* se cuenta informar a los órganos correspondientes del resultado de sus labores de supervisión, tanto en términos de actividad desarrollada como de resultados obtenidos. Esta dinámica da lugar a reportes operativos y memorias anuales de *Compliance*, susceptibles de condicionar la información que hace pública la organización. Para nutrir estos reportes se precisa obtener y gestionar información interna de calidad, canalizada a través de procedimientos diseñados con tal propósito.

Cuaderno 9

Responsabilidades personales en el ámbito del *Compliance*

La falta de impulso o desarrollo inadecuado de labores de *Compliance* puede acarrear consecuencias relevantes en términos de responsabilidad personal de los administradores sociales, pero también del propio *Compliance Officer*, como han puesto de manifiesto pronunciamientos jurisprudenciales pioneros en esta materia.

Cuaderno 10

Compliance en el ámbito de la prevención de delitos

Existen determinadas conductas irregulares que pueden adquirir dimensión penal, siendo la actividad empresarial un entorno propicio de ocurrencia. El caso más habitual son las prácticas de soborno, ampliamente proscritas a nivel internacional. Tanto los Estados como las principales plataformas internacionales impulsan modelos de *Compliance* en los ámbitos de la prevención de los delitos, en general, o del soborno, en particular.

Cuaderno 11

Resistencia al cambio y conductas obstructivas

Impulsar modelos de *Compliance* efectivos puede suponer introducir en las organizaciones una serie de cambios que no siempre serán bien acogidos por quienes se ven afectados por ellos. La psicología social ha estudiado el comportamiento humano, determinando factores que corrompen la conducta de las personas en las organizaciones, así como su resistencia al cambio y desarrollo de conductas obstructivas.

Cuaderno 12

Compliance en pequeñas organizaciones

Las pequeñas y medianas organizaciones (*Small and Medium Enterprises*, SME) disponen una cantidad limitada de recursos para impulsar modelos efectivos de *Compliance*. Esto se traduce en la necesidad de adaptar las buenas prácticas a sus circunstancias específicas, lo cual no implica limitarse a observar sólo una parte de ellas, sino el conjunto aplicando correctamente el principio de proporcionalidad.

Bibliografía del autor.

Compliance Penal Normalizado – El estándar UNE 19601

Alain Casanovas

Prólogo de *José Manuel Maza* Martín

Coedición: Thomson Reuters Aranzadi, AENOR Publicaciones.

Madrid 2017

Legal Compliance - Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados

Alain Casanovas

Prólogo de *José Manuel Maza*, Magistrado del Tribunal Supremo

Editor, Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2013

Control Legal Interno

Alain Casanovas

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

Editor, Grupo Wolters Kluwer

Editorial La Ley, S.A.

Madrid 2012

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

Editor, Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2008



Asociación
Española
de Compliance



Instituto de Estudios
de Compliance