

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 7, pp. 78-109

RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE LOS MIEMBROS DE CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN^{***}

Prof. Dra. Heloisa ESTELLITA^{***}

Fecha de recepción: 24 de julio de 2018
Fecha de aprobación: 12 de septiembre de 2018

Resumen

La omisión impropia es una de las formas de atribución de responsabilidad penal a quienes se encuentran en la cúpula de la empresa, cuyo presupuesto central es la posición de garante. En las empresas con administración dual, esto es, aquellas en las que existe, por un lado, un consejo de dirección a cargo de las actividades de gestión y de representación ante terceros (administración de la compañía en sentido estricto), y, por otro lado, un consejo de administración a cargo de las actividades de supervisión y toma de decisiones estratégicas, se cuestiona si, y en su caso cuándo, los miembros de este último órgano pueden ser titulares de deberes de garantes. Después de discutir el fundamento de la posición de garante de los directivos de empresas por delitos cometidos por sus integrantes contra terceros y la titularidad de esa posición de garante en las sociedades anónimas, el texto concluye en que es posible que los miembros del consejo de administración tengan una *posición de garante de vigilancia*, aunque limitada a un determinado círculo de personas y a determinadas medidas delimitadas por sus posibilidades jurídicas de intervención.

* Este artículo es un resumen de una parte de la investigación de posdoctorado realizada en las universidades de Múnich y Augsburgo, Alemania, de 2014 a 2017, financiada por la fundación Alexander von Humboldt y CAPES. La versión completa de esa investigación fue publicada en Brasil en 2017 (ESTELLITA, *Responsabilidade de diretivos de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de diretivos de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2017). El estudio abarca también los efectos de la departamentalización y de la delegación de tareas en la cúpula de las empresas, la posición de garante de los encargados de vigilancia (*compliance officers*) y el estudio de la posición de garante en las sociedades limitadas. Además, incluye observaciones sobre los demás presupuestos de punibilidad de la omisión impropia. Por cuestiones de espacio, no van a reproducirse aquí la discusión ni las fundamentaciones realizadas en ese estudio en forma integral. Por lo tanto, remito al lector al mencionado trabajo.

** Traducción del portugués de Juan Manuel Galindo Roldán (Universidad de Buenos Aires) y Alejandra Verde (Universidad Nacional de Córdoba/Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires), revisada y corregida por Alejandra Verde.

*** Doctora en Derecho Penal por la Universidad de San Pablo (2004) y profesora de la Escuela de Derecho de San Pablo de la Fundación Getulio Vargas. Beneficiaria de la *Humboldt Research Fellowship* para la realización de su posdoctorado en Alemania, en la Ludwig-Maximilians-Universität de Múnich y en la Universidad de Augsburgo (2015-2017), en cooperación con CAPES. E-mail de contacto: heloisa.estellita@fgv.br.

Palabras clave: Criminalidad de empresa – Omisión impropia – Delitos de comisión por omisión – Posición de garante de vigilancia – Directivos – Sociedades por acciones – Consejo de administración

Title: Omission Liability of the Supervisory Board

Abstract

Improper omission is one of the forms of attribution of criminal responsibility to individuals holding top managerial positions in a corporation. Its fundamental requirement is that such individuals are given a legal duty to act (known as “guarantor’s position” in civil law jurisdictions), which arises whenever they have a certain degree of control over or authority to control the employee’s actions. In corporations with two-tier systems, which segregate management and supervisory functions into two different boards, it is arguable whether members of the supervisory board may hold a guarantor’s position for purposes of criminal liability per omission. After discussing the guarantor’s position of the corporation’s managers for criminal offenses perpetrated by other corporation’s members against third parties, and the scope of the decision-making power exercised by members in these two different boards, the author concludes that it may be possible for members of the supervisory board to hold a guarantor’s position, although restricted to a certain circle of employees and to certain decisions limited by their authority to perform in the situation.

Keywords: Omission – Individual criminal liability – Duty to act – Stock companies – Supervisory and management boards

Sumario

I. Introducción; II. El fundamento de la posición de garante de los directivos de empresas; III. Directivos como garantes originarios de vigilancia; IV. Sociedades anónimas; 1. Consejo de dirección; 2. Consejo de administración; a. Las atribuciones y los poderes del CA; b. ¿Garante de la vigilancia del consejo de dirección y además integrantes de la empresa?; i. Los miembros del CA no tienen posición de garante de vigilancia por los actos de los directores u otros miembros de la compañía; ii. Los miembros del CA solo en casos excepcionales tienen posición de garante de vigilancia sobre el consejo de dirección u otros miembros de la compañía; iii. Los miembros del CA tienen posición de garante de vigilancia sobre el consejo de dirección u otros miembros de la compañía; c. Toma de posición; V. Colofón; VI. Bibliografía.

I. Introducción

En noviembre de 2015, un desastre ambiental colocó a Brasil en la primera plana de los noticieros mundiales. La caída de una represa de contención de desechos de minería causó una avalancha de lodo que destruyó una aldea, ocasionó la muerte de más de una decena de personas y lesiones corporales en otras tantas, además de daños patrimoniales y de un impacto ambiental gravísimo.¹ La represa pertenecía a una sociedad por acciones (o sociedad anónima) controlada por dos grandes empresas del rubro de la minería. Pese a no cotizar en bolsa, esa sociedad anónima tenía su administración estructurada en forma dual, es decir, con dos grandes órganos en la cúpula: el consejo de administración y el consejo de dirección. A pesar de que la gestión de la represa correspondía a los miembros del consejo de dirección, la acusación formulada se dirigió también contra los miembros del consejo de administración, a quienes se les imputó delitos de homicidio y ambientales en la forma omisiva impropia.²

También ubicaron a Brasil en las noticias internacionales comportamientos delictivos investigados en el marco de la *Operação Lava Jato*.³ Una parte de los hechos allí constatados reveló comportamientos delictivos tales como corrupción y fraude a licitaciones que involucraban a funcionarios públicos de una empresa de economía mixta abierta, conductas típicas llevadas a cabo por miembros del consejo de dirección y estratos gerenciales subordinados a aquel. Aunque, por cierto, todavía no hubo acusaciones contra los miembros del consejo de administración, su responsabilidad omisiva no estaría, en principio, descartada.

Estos dos ejemplos retratan uno de los temas más importantes de la dogmática de la criminalidad económica, esto es: las formas de atribución de responsabilidad penal a aquellos que ocupan la cúpula de la empresa y, entre estas, la imputación omisiva impropia por delitos cometidos por integrantes de la empresa contra terceros⁴, cuyo presupuesto central es la existencia de posición

¹ En varios idiomas y con enlaces sobre fuentes locales, cf. [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Mariana](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Mariana;); https://en.wikipedia.org/wiki/Bento_Rodrigues_dam_disaster; https://es.wikipedia.org/wiki/Cat%C3%A1strofe_de_las_represas_de_Bento_Rodrigues, y https://de.wikipedia.org/wiki/Dammbruch_von_Bento_Rodrigues.

² Referencias al tenor de las acusaciones en los enlaces de Wikipedia de la nota anterior.

³ Cf. https://pt.wikipedia.org/wiki/Operação_Lava_Jato, disponible en varios idiomas y con más referencias.

⁴ La responsabilidad penal de los directivos por no impedir la comisión de delitos de otros miembros de la empresa puede referirse a bienes jurídicos de la propia persona jurídica o a bienes jurídicos de terceros. Este artículo se enfoca justamente

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

de garante de los directivos de la empresa.⁵ Esta afirmación ya es de por sí polémica, pero se vuelve aún más delicada cuando a los directivos⁶ de la empresa se les asignan competencias desiguales. Es lo que comúnmente ocurre en empresas con administración dual, como es el caso de la sociedad por acciones en el derecho brasileño⁷ o en la *Aktiengesellschaft* en el derecho alemán. En esas sociedades las competencias de administración son divididas entre un órgano de representación y gestión, denominado “consejo de dirección” en Brasil y “*Vorstand*” en Alemania, y otro órgano de supervisión y toma de decisiones estratégicas, llamado, respectivamente, “consejo de administración” y “*Aufsichtsrat*”.

Aunque la forma societaria prevaleciente en la economía brasileña es la sociedad limitada,⁸ el análisis de las sociedades anónimas, con una estructura de gestión tendencialmente más compleja, es capaz de ofrecer ayuda para la solución de dificultades similares que tienen lugar en el contexto (tendencialmente) menos complejo de la gestión de las sociedades limitadas.⁹

en la segunda hipótesis, es decir, cuando se trata de bienes jurídicos de terceros, como puede verse en los dos ejemplos que inician el texto. El tratamiento de la hipótesis de delitos contra bienes jurídicos de la propia persona jurídica será brevemente referido en el apartado IV, más abajo.

⁵ Cf. la emblemática y pionera obra de SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, München, 1979, *passim*, escrita en 1979. A fin de ilustrar la actualidad e importancia del tema, vale decir que solo en 2018 ya fueron publicadas en Alemania por lo menos dos monografías de particular relevancia sobre el tema, a saber: NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, y DÖSSINGER, *Strafrechtliche Haftungsrisiken von Mitgliedern des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018. Aunque es central para la imputación omisiva impropia, la posición de garante es tan solo uno de los presupuestos del tipo objetivo. Los demás, según la opinión mayoritaria, son la situación típica (resultado); la omisión de la conducta determinada y exigida de evitar el resultado, a pesar de la capacidad físico-real de hacerlo; el nexo de causalidad y la imputación objetiva del resultado. Discuti algunas particularidades de esos presupuestos en: ESTELLITA, *Responsabilidade de directivos de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omisiva imprópria de directivos de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2017, pp. 235 y ss.

⁶ El término “directivo” es empleado en este texto para designar tanto a los administradores de hecho como a los de derecho, es decir, a todos aquellos que tienen una relación jurídicamente fundada con la empresa, la que se caracteriza por ser un poder, total o parcial, sobre su organización (cf. ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 35-36). [N. de T.: la autora, para dar cuenta de esta distinción, empleó el término portugués “*dirigente*”; pero en la bibliografía castellana sobre el tema la palabra estándar para expresar exactamente eso es “directivo”].

⁷ Nada impide que las empresas estructuradas bajo otras formas societarias, como las sociedades empresarias de responsabilidad limitada, opten también por la constitución de un consejo de administración. Todavía la estructura dual es facultativa para las sociedades por acciones cerradas y obligatoria para las que cotizan sus acciones en la bolsa de valores, las sociedades de economía mixta y las empresas públicas.

⁸ Cf. PARGENDLER, *Direito Societário em Ação: Análise Empírica e Proposições de Reforma*, Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 16, n. 59, 2013, pp. 215-256, *passim*.

⁹ Una discusión completa sobre las sociedades limitadas puede encontrarse en ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 200-206.

En este artículo pretendemos examinar justamente si, y en su caso cuándo, es posible afirmar que los miembros del consejo de administración, en sociedades con administración dual, pueden considerarse garantes a los fines de una potencial responsabilidad omisiva impropia por delitos cometidos por directores o empleados de la compañía. Para ello, será necesario esbozar un brevísim panorama sobre la discusión acerca de la posición de garante de los directivos de empresas (apartado II), para luego discutir quiénes son los destinatarios originarios de los deberes de garante en esas estructuras de forma general (apartado III) y, en especial, en las sociedades anónimas con sistema dual de administración (apartado IV). En estas últimas, la gran polémica gira en torno a los miembros del consejo de administración, dada su limitada actuación en la conducción de los negocios de la compañía, razón por la cual es necesario realizar un análisis más profundo del significado penal de sus competencias y atribuciones (apartado IV.b.) antes de tomar una posición al respecto (apartado IV.c.). Todo ello permitirá formular una conclusión sobre el problema propuesto.

II. El fundamento de la posición de garante de los directivos de empresas

Sobre la polémica discusión acerca de la posición de garante de directivos de empresas hay, esencialmente, tres posturas: una que se asienta en su poder de dirección sobre los empleados, otra que se basa en la injerencia y otra que se funda en el control de los directivos sobre la fuente de peligro representada por la empresa.

La primera postura se basa en la idea de dominio, como fundamento común a los delitos comisivos y omisivos. El dominio del directivo sobre el resultado típico provendría de su poder de mando jurídicamente fundado sobre los empleados y por su conocimiento superior sobre los procesos productivos dentro de la empresa.¹⁰ La segunda se funda en la preexistencia de una organización peligrosa en la empresa, la cual, al generar un riesgo no permitido, implica el deber de actuar para evitar resultados dañinos atribuidos a sus directivos.¹¹ La tercera se apoya en la idea

¹⁰ Esta postura fue desarrollada por SCHÜNEMANN. Véase, SCHÜNEMANN, *supra* nota 5, pp. 62 y ss. También en su texto más reciente, traducido al portugués, SCHÜNEMANN, “Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos”, en: GRECO (coord.), en *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 169 y ss.

¹¹ En Alemania, cf. BEULKE, “Der ‚Compliance Officer‘ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung”, en: FS Geppert, Gruyter, Berlin, 2011, pp. 23–42, 22–42. En Brasil, cf. BOTTINI, *Do tratamento penal da ingerência*, Universidade de São Paulo, 2015, pp. 158 y ss.

de correlación entre libertad y responsabilidad: el reverso de la libertad de crear y manejar el foco de peligro “empresa” consiste en el deber (la responsabilidad) de cuidado para que de ese foco no se produzcan lesiones a bienes jurídicos de terceros o de la colectividad.¹²

A la primera postura se le puede objetar, esencialmente, que no se corresponde con la realidad actual de las organizaciones empresariales, en las cuales no siempre hay un poder de dirección directo de los superiores sobre los subordinados. Esta falta de correspondencia tiene lugar, p. ej., en la relación de los miembros del consejo de administración en una sociedad por acciones con los empleados o incluso con miembros del consejo de dirección. A la segunda se le critica, sustancialmente, que con frecuencia no se da la relación de proximidad exigida entre aquel que crea el riesgo no permitido (la injerencia) y el resultado, proximidad que se ha eliminado o que fue seriamente reducida en empresas con varias capas de gestión entre la cúpula y los encargados de los actos de ejecución.¹³ La postura restante, que se asienta en el binomio libertad-responsabilidad, es lo que parece fundamentar mejor la responsabilidad de los directivos: la libertad de gestionar personas y cosas para la consecución de los objetivos económicos de la empresa se corresponde con el deber de actuar para evitar que de esta devengan daños a terceros o a la colectividad.¹⁴ Queda por saber cómo se da en el ámbito de las empresas.

¹² Esta postura es la que prevalece en la doctrina alemana. Cf. UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, pp. 124 y ss., especialmente, nota 591. Cf. también las últimas manifestaciones de ROXIN sobre el tema, ROXIN, “Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren”, en: *FS Beulke*, C. F. Müller, 2015, Heidelberg, pp. 239-256. En Brasil, por su parte, véase SILVEIRA, *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, pp. 205 y ss.

¹³ Quedarían sin una respuesta satisfactoria casos claros de responsabilidad por omisión impropia, como el famoso caso del aerosol para cuero (Lederspray-Fall, sentencia del BGH del 6/7/1990 – 2 StR 549/89, BGHSt. t. 37, p. 107), puesto que no es posible afirmar una conducta precedente ilícita, toda vez que el producto fue comercializado en cumplimiento de todas las reglas de seguridad de la época. Cf. sobre esa discusión GRECO/ASSIS, “O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa”, en: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, pp. 81-122, 111 y ss. El lector encontrará una descripción detallada del caso y de la discusión bajo el sesgo del nexo de causalidad en ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, pp. 140 y ss.

¹⁴ Posición con la cual me alinee, cf. ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 122-125, 108-125. Se argumenta que las responsabilidades del subordinado serían un impedimento general para la imputación omisiva impropia a la cúpula por delitos cometidos por ellos. Ese argumento puede ser superado, como intento demostrar en el trabajo mencionado (pp. 125-127). En el mismo sentido véase GRECO, “Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade”, en: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, pp. 203-214, *passim*; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 18; y, más recientemente, NOLL, *supra* nota 5, pp. 34-47.

III. Directivos como garantes originarios de vigilancia

Los peligros provenientes de la gestión de personas y cosas en la empresa son, en primer lugar, asumidos por la persona jurídica. Sin embargo, como actúa por medio de personas naturales, que ejercen los actos de gestión y de representación en la vida económica, sus directivos son, entonces, los destinatarios originarios de los deberes de garantía,¹⁵ pues ellos son quienes tienen una relación jurídicamente fundada de control sobre la empresa concebida como fuente de peligro, la que debe, además, ser confirmada por la asunción fáctica de esa función.

Son dos, esencialmente, los supuestos legales de la posición de garante: la relación de control jurídicamente fundada sobre la empresa, por un lado, y la asunción fáctica de esa función, por el otro.¹⁶ No alcanza, por lo tanto, con la mera designación formal en los documentos societarios, sino que es necesaria la asunción de hecho de tal posición de control, aunque sea parcialmente, como ocurre, p. ej., en la asunción de la jefatura del consejo de dirección con ámbitos de competencia predeterminados. De este modo, se aleja ya de entrada la posibilidad de que la responsabilidad de los directivos pueda fundarse en la mera ocupación formal de una posición en la administración de la empresa,¹⁷ es decir, el hecho de “ser socio” o “ser director” jamás fundamentará por sí solo una posición de garante.

¹⁵ En el mismo sentido, véase DANNECKER, § 5 - *Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation*, en: ROTSCH (ed.), *Criminal Compliance*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 188; OTTO, “Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen”, en *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 339-356, 344; BÜLTE, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 232; BOTTINI, *supra* nota 11, p. 253; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 166-167; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, en: ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165-189, 169; NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen. Dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995, p. 171; RANSIEK, *Strafrecht im Unternehmen und Konzern*, ZGR - Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, v. 28, 1999, p. 619.

¹⁶ Cf. ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 130-134.

¹⁷ Eso es negar que la responsabilidad penal tiene como presupuesto la realización de una conducta, como señala ASSIS, “A responsabilidade penal omissiva dos directivos de empresa”, en: *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*, Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, pp. 45-67, p. 52, nota 24. Como afirmó recientemente SCHÜNEMANN, la imputación directa a la cúpula de la empresa es un resquicio de un modelo de derecho penal de las sociedades primitivas y arcaicas, que establecían la responsabilidad penal con base en la mera causalidad o en el hecho de que esa persona pertenecía a una casta (SCHÜNEMANN, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die*

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

La relación de control fundada jurídicamente sobre la empresa presupone sujetos con capacidad de actuar en su nombre ante terceros y de ejercer los actos de gestión necesarios para el logro del objeto social. Sobre estas personas, facultadas para ejercer la libertad de organización de la gestión y del ejercicio de las actividades necesarias para el manejo del objeto social de la empresa, es que podrán recaer originariamente los deberes de vigilancia.¹⁸ Las personas naturales competentes para ello son, en principio, los administradores de la sociedad, tanto en razón de la creación del riesgo en la estructuración de la gestión de la empresa (división de funciones y tareas y delegación), como en función de la directa atribución por ley de deberes de vigilancia respecto de actividades intrínsecamente peligrosas. Solo ellos pueden, en una etapa posterior, constituir garantes secundarios o derivados por medio de actos de delegación. De esto se sigue la importancia de la determinación inicial de los administradores, toda vez que ser administrador es un indicio a favor de la existencia de una posición de garante.

IV. Sociedades anónimas

En las sociedades anónimas la administración corresponde al consejo de dirección y también al consejo de administración, si así lo dispone el estatuto.¹⁹ Desde el punto de vista relevante para este texto, la incumbencia de la administración a dos órganos societarios formados por diversos

vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, v. 10, 2016, pp. 655-656).

¹⁸ Una tesis diferente sostiene UTZ, para quien el garante originario es el titular de la empresa; es decir, por regla, la sociedad con personalidad jurídica, que no puede actuar por sí sola; actúa por medio de sus representantes o por delegación de sus funciones. Para ello, es necesario reconocer que la persona jurídica es destinataria de normas penales y, por tanto, de deberes de garantía (UTZ, *supra* nota 12, pp. 269-270, principalmente). Parece extraño atribuir deberes de actuar a quienes están imposibilitados de cumplirlos, pero la construcción es interesante y, al fin y al cabo, una vez acogidas las formas propuestas por el autor, por asunción o transferencia de los deberes de garante a los directivos, los resultados son semejantes a los aquí obtenidos.

¹⁹ Materia regulada en Brasil por el art. 138 de la ley n.º 6404/1976, también conocida como Ley de las Sociedades Anónimas (en adelante, LSA): "Art. 138. La administración de la compañía será competencia, según lo que disponga el estatuto, del consejo de administración y del consejo de dirección o solamente del último. § 1.º El consejo de administración es un órgano de deliberación colegiada, siendo la representación de la compañía exclusiva de los directores. § 2.º Las compañías abiertas y las de capital autorizado tendrán, obligatoriamente, un consejo de administración". Para no cansar al lector, solo serán transcritos los artículos de la ley que resultan esenciales para la comprensión de este trabajo. El texto integral de esta ley es accesible en este sitio electrónico oficial: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6404compilada.htm. Aunque el estatuto puede crear órganos técnicos y consultivos, sus miembros no son considerados administradores por la LSA, como sucede, inclusive, con los miembros del *Conselho Fiscal* (cf. ADAMEK, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S.A e as ações correlatas*, Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 25-26). Por esta razón y porque la reglamentación se hará en los documentos societarios de cada sociedad, no sería posible extraer elementos generales que permitiesen un examen como el que se realizará más adelante respecto del consejo de dirección y del consejo de administración. La eventual posición de garante de sus miembros deberá, entonces, ser reducida a presupuestos generales.

miembros, que no trabajan en una relación jerárquica de subordinación, sino en una del tipo lógico-horizontal de complementariedad, presenta desafíos más complejos que los surgidos en el marco de sociedades en las que la administración incumbe única y exclusivamente a un órgano societario, como suele ser el caso de las sociedades limitadas. Esto se debe a que es necesario decidir si todos los miembros de esos dos órganos o solo los de uno de ellos pueden ser los destinatarios originarios de los deberes de garante.

La LSA regula expresamente atribuciones y poderes conferidos a esos dos órganos societarios, pero también deja un buen margen para la autorregulación. Tan es así que el estatuto puede atribuir la administración de la compañía exclusivamente al consejo de dirección (art. 138). El análisis de las competencias atribuidas a los órganos es, pues, decisivo para evaluar si sus miembros pueden ocupar, en teoría, una posición de garante originaria, y si la respuesta fuese afirmativa, también lo es para indicar el ámbito de su posibilidad jurídica de actuar. Como el consejo de dirección es el órgano central de la administración de las sociedades anónimas, el único exigido para la propia constitución de una sociedad anónima, lo analizaremos en primer lugar.

1. Consejo de dirección

El consejo de dirección es el órgano de representación y gestión de las sociedades por acciones. A sus miembros les compete dirigir la empresa, gestionarla internamente y representarla en forma exclusiva en todos los actos y negocios realizados con terceros externos (art. 138, encabezado y § 1). No es un órgano colegiado, sino que cada director tiene funciones propias que son ejercidas individualmente (art. 143, IV, y 144²⁰).²¹ Nada impide, sin embargo, que el estatuto determine que todas o ciertas decisiones sean tomadas en forma colegiada por el consejo de dirección o, incluso, que esa sea una práctica efectiva dentro de la sociedad. En tanto que corresponde a los directivos, primordialmente, estructurar y ejecutar la gestión de la empresa, y que tienen libertad de

²⁰ LSA: "Artículo 143. El consejo de dirección estará compuesto por 2 (dos) o más directores, elegibles y destituibles en cualquier momento por el consejo de administración, o, si este no existiese, por la asamblea general, debiendo el estatuto establecer: I. el número de directores o la cantidad máxima y mínima permitida; II. el modo en que pueden ser sustituidos; III. el plazo de gestión, el que no podrá ser superior a 3 (tres) años, y será permitida la reelección; IV. las atribuciones y los poderes de cada director". "Artículo 144. Ante el silencio del estatuto al respecto e inexistente deliberación del consejo de administración (artículo 142, apartado II y párrafo único), corresponde a cualquier director la representación de la compañía y la práctica de los actos necesarios para su funcionamiento regular. Párrafo único. Dentro de los límites de sus atribuciones y poderes, los directores pueden constituir mandatarios de la compañía, debiendo ser especificados en el instrumento los actos u operaciones que podrán realizar y la duración del mandato, que, en caso de mandato judicial, podrá ser por plazo indeterminado".

²¹ ADAMEK, *supra* nota 19, p. 23.

conformación según los límites establecidos por la ley y por los documentos societarios, son sus poderes de gestión y representación de la empresa los que los convierten en garantes originarios de vigilancia por excelencia en el ámbito de las normas sociedades anónimas.

2. Consejo de administración

El otro órgano de administración de las sociedades por acciones es el consejo de administración (en adelante: CA). Prácticamente existe consenso en la doctrina en cuanto a la posición de garante de vigilancia de los miembros del consejo de dirección con respecto a sus subordinados. Sin embargo, ese consenso termina cuando se discute acerca de la posición de garante de los miembros del CA en las mismas situaciones. Las dificultades aquí derivan de una característica intrínseca de los sistemas duales de estructuración del poder social en las sociedades por acciones: la división de atribuciones y poderes entre esos dos órganos que separan, por un lado, las actividades de gestión y representación ante terceros (administración de la empresa en sentido estricto), atribuidas al consejo de dirección, y, por el otro, las actividades de supervisión y toma de decisiones estratégicas, atribuidas al consejo de administración.²²

Esta administración dual no se da bajo la lógica de la delegación en el marco de una estructura vertical, sino en el de la complementación. Hay una demarcación tendencialmente rígida entre las atribuciones y poderes de esos órganos de administración de las sociedades por acciones, tanto que veda la delegación orgánica entre estos (art. 139, LSA²³) y, de esa forma, obedece a una lógica de equilibrio de poderes, en donde no existe relación de subordinación, pero sí de cooperación.²⁴

En vez de concentrar la administración de la sociedad en un solo órgano, el consejo de dirección, el legislador autoriza o exige —en ciertos casos, como se ve— que se instale un órgano más, el CA, que tiene una función primordial como instancia de control. Esta división de

²² ADAMEK, *supra* nota 19, p. 18. En lengua inglesa el sistema es denominado “two-tier boards”, porque hay separación entre las funciones de “managing” y “monitoring” entre los órganos societarios, como ocurre en Brasil y en Alemania, en contraposición al sistema de “one-tier” board, en el cual esas funciones están concentradas en las manos de los miembros de un solo “board”, como ocurre en los Estados Unidos, el Reino Unido y Japón (ARMOUR, “The basic governance structure: the interests of shareholders as a class”, en: *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 2).

²³ LSA: “Artículo 139. Las atribuciones o poderes conferidos por ley a los órganos de administración no pueden ser otorgados a otro órgano, creado por ley o por el estatuto”.

²⁴ La relación es horizontal y sin jerarquía, cf. RANSIEK, *supra* nota 15, p. 625.

atribuciones y poderes en la cúspide de la administración de las sociedades por acciones representa de por sí una posible fuente de peligro para bienes jurídicos de terceros, la cual, desde un punto de vista político-criminal, apunta a la necesidad de establecer una responsabilidad penal de los miembros del CA por omisión.²⁵

Los bienes jurídicos de terceros externos a la compañía no deben recibir menos protección contra fuentes de peligro provenientes de la empresa, por el hecho de que el legislador o los accionistas de la sociedad hayan decidido que las tareas de administración sean divididas y equilibradas entre dos órganos (o tres o cuatro, etc.). Frente a los terceros, los deberes de garante recaen sobre los administradores de la empresa como si se tratase de un empresario individual.²⁶

Son estas particularidades de la administración dual de las compañías las que acaban generando el problema arriba examinado, referido a la posibilidad de que miembros del CA puedan ocupar posiciones de garante. Central para esta discusión es develar las atribuciones y los poderes que competen a ese órgano para revelar si también sus miembros tienen una relación de control jurídicamente fundada sobre la empresa.

a. Las atribuciones y los poderes del CA

El CA es un órgano colegiado que desempeña, junto con el consejo de dirección, la administración de la compañía (art. 138, § 2.º, LSA). Sus miembros son elegidos y destituidos por la asamblea general de accionistas. Sus deliberaciones se hacen por mayoría de votos, a menos que exista una exigencia expresa de quórum calificado en el estatuto (art. 140, LSA²⁷). Sus atribuciones y poderes involucran las siguientes actividades: a) fijar la orientación general de los negocios de la compañía; b) elegir y destituir directores y fijar sus atribuciones, de acuerdo con lo que disponga el estatuto; c) fiscalizar la gestión de los directores, pudiendo examinar, en cualquier momento, libros y papeles de la compañía; solicitar información sobre contratos celebrados o en vías de celebración

²⁵ SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2008, p. 153.

²⁶ NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen. Dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen*, pp. 87-88; y también SCHILHA, *supra* nota 25, p. 153.

²⁷ LSA: "Artículo 140. El consejo de administración estará compuesto al menos por 3 (tres) miembros, elegidos por la asamblea general, y serán destituibles por esta en cualquier momento, debiendo el estatuto establecer: (...) IV. las normas sobre convocatoria, instalación y funcionamiento del consejo; que este se pronunciará por mayoría de votos, pudiendo establecer el estatuto un quórum calificado para determinadas deliberaciones, siempre que especifique las materias".

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

y de cualquier otro acto; d) convocar a la asamblea general; e) manifestarse sobre el informe de la administración y sobre las cuentas del consejo de dirección; f) manifestarse previamente sobre actos y contratos en los términos establecidos por el estatuto; g) autorizar la venta de bienes del activo permanente, constitución de cargas reales y prestación de garantías, si el estatuto no dispone otra forma; h) elegir y destituir a los auditores independientes, si los hubiese (art. 142, LSA).²⁸

A diferencia de lo que sucede con los directores, los miembros del CA no tienen atribución o poder para tomar decisiones individuales,²⁹ pues sus decisiones son necesariamente colegiadas (art. 138, § 1.º, LSA). La voluntad del órgano social es resultante, por lo tanto, de la conjugación de la voluntad de los consejeros,³⁰ lo que tiene carácter decisivo con relación al deber concreto de actuar de los consejeros, tal como se verá a continuación.³¹ Por el hecho de ser administradores están sujetos a los mismos deberes de diligencia previstos para los directores.³² No son responsables por actos ilícitos de otros administradores, salvo que hayan actuado en connivencia con ellos, si fuesen negligentes en descubrirlos o si tuviesen conocimiento del hecho y dejasen de actuar para impedir su comisión (art. 158, § 1, LSA³³), responsabilidad que es de naturaleza civil y no penal.³⁴ Se exime

²⁸ En las sociedades que no tengan constituido un CA, esas competencias recaerán en el consejo de dirección, que deberá deliberar en forma colegiada sobre estas, cf. CARVALHOSA, *Comentários À Lei de Sociedades Anônimas*, 5.ª ed. rev., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 107.

²⁹ CARVALHOSA, *supra* nota 28, p. 56; también ADAMEK, *supra* nota 19, p. 22.

³⁰ ADAMEK, *supra* nota 19, p. 12.

³¹ La exigencia de decisiones colegiadas impacta en forma relevante en el establecimiento del nexo de causalidad, discusión que por razones de espacio no será trabajada en este texto, razón por la cual remito al lector a lo que ya escribí sobre ese tema en ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 254 y ss., con más referencias bibliográficas.

³² Específicamente sobre el deber de diligencia de los miembros del consejo de administración en la jurisprudencia del *Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional* (CRSFN), cf. SALAMA; BRAGA, *Dever de Diligência do Conselho de Administração: lições da jurisprudência administrativa nas companhias abertas*, FGV Direito SP Research Paper Series, v. 146, pp. 1-17, 2016, *passim*.

³³ LSA: “Art. 158. El administrador no es personalmente responsable por las obligaciones que contraen en nombre de la sociedad ni en virtud de un acto regular de gestión; responde, sin embargo, civilmente, por los perjuicios que causare cuando actúe: I. dentro de sus atribuciones o poderes, con culpa o dolo; II. en violación de la ley o del estatuto. § 1.º El administrador no es responsable de actos ilícitos realizados por otros administradores, salvo que haya actuado en connivencia con ellos, si fuese negligente en descubrirlos o si tuviese conocimiento de ello pero dejase de actuar para impedir su comisión. Se exime de esa responsabilidad al consejero disidente que haga consignar su divergencia en el acta de reunión del órgano de administración o, si eso no fuese posible, que informase inmediatamente y por escrito al órgano de administración, al consejo fiscal, si este estaba en funcionamiento, o a la asamblea general”.

³⁴ Sea porque se refiere genéricamente a “ilícitos”, sin ninguna caracterización sobre su naturaleza; sea porque la omisión de evitar el ilícito allí establecida prescinde de la posición de garante, elemento esencial para la imputación omisiva impropia; sea porque el principio de subsidiariedad del primero impide proyectar la responsabilidad penal a la civil. Así, la imputación del resultado típico no tiene lugar porque el agente omitió el cumplimiento de un deber extrapenal (societario, p. ej.), sino

de esa responsabilidad al consejero disidente que haga consignar su divergencia en el acta de la reunión del órgano de administración o, si eso no fuese posible, que informase inmediatamente al consejo fiscal, si existiese, o a la asamblea general (art. 158, § 1.º).

El CA tiene, en el formato que le dio la LSA, una función de actuación orientada hacia la estrategia general de la empresa, sin involucrarse en la administración diaria y sin tener poderes de gestión directos sobre sus negocios, con excepción de las disposiciones estatutarias que exijan su autorización previa para realizar determinadas operaciones y actividades o que, por disposición estatutaria expresa, se le atribuyan mayores poderes de gestión.

Por regla, su actividad es más general, sin participación en el día a día de la empresa.³⁵ Esta es una razón más por la cual no puede afirmarse una delegación en cuanto a la gestión de la empresa entre la CA y el consejo de dirección, porque el CA no podría delegar una facultad que no le corresponde originariamente.³⁶ Es justamente en virtud de ese carácter general de orientación de los negocios de la compañía, de fiscalización de los actos del consejo de dirección, pero sin tener el poder para sustituirla en sus funciones, que se plantea una controversia sobre si sus miembros son garantes originarios por la comisión de delitos de directores u otros miembros de la compañía.

Para comprender la discusión nos servimos de la literatura alemana, dada su escasez en Brasil y la similitud de la regulación legal de este órgano en ambos países. En general, los poderes y las atribuciones del *Aufsichtsrat* de la sociedad por acciones alemana son similares a los previstos en la

porque incumplió un deber penal especial vinculado a su posición de garante, establecida exclusivamente por el derecho penal. En este sentido, se puede afirmar que el art. 13, § 2.º, CP brasileño ("§ 2.º La omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar le compete a quien: a) tenga obligación de cuidado, protección o vigilancia, fundada en la ley; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de que ocurra el resultado") establece una limitación para la accesoriedad al vedar que el mero incumplimiento de un deber de actuar extrapenal constituya una posición de garante (cf. ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 141-142). Su papel es residual e indiciario en cuanto a la posición de garante y delimitador del alcance y del contenido del deber de actuar para evitar el resultado (ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 142-144).

³⁵ CAMPOS, "Deveres e Responsabilidades", en: LAMY FILHO; PEDREIRA (coord.), *Direito das companhias*, v. I, Forense, Río de Janeiro, 2009, pp. 1212-1213.

³⁶ En sentido similar, aunque trata los presupuestos de la delegación de competencias en forma general, cf. SILVA SÁNCHEZ, MONTANER FERNÁNDEZ, PASTOR MUÑOZ, "La responsabilidad penal de los administradores", en: *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley Digital, Madrid, 2011, p. 21.

legislación brasileña para el CA,³⁷ lo que nos permite aprovechar la riqueza del debate doctrinario alemán.

En la ley de sociedades por acciones alemana (*Aktiengesetz* o *AktG*³⁸), el § 111 establece las atribuciones del *Aufsichtsrat*, órgano que se asemeja al consejo de administración brasileño.³⁹ Su función principal es la de supervisar la administración de la compañía ejercida por el consejo de dirección (*Vorstand*). Tiene el poder de examinar los libros y documentos de la compañía, así como también los informes referidos a sus bienes, su caja, etc. También decide por mayoría y tiene el poder de convocar a la asamblea general (*Hauptversammlung*).

Al *Aufsichtsrat* no se le pueden delegar o transferir las actividades de gestión de la compañía (*Geschäftsführung*), pero el estatuto puede determinar que ciertos negocios dependan de su autorización previa. Si el órgano rechaza su consentimiento, el consejo de dirección puede recurrir a la junta general para obtener esa autorización. Las atribuciones del consejo no pueden ser desempeñadas por otras personas u órganos. Según el § 84, al *Aufsichtsrat* le compete la elección y la destitución de los miembros del consejo de dirección. En el último caso, cuando hubiese razones relevantes, p. ej., ante una violación grave de sus deberes.⁴⁰ La competencia para la destitución es,

³⁷ Cf. COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3.ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1983, pp. 80 y ss. En KRAAKMAN, et al., *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 80 y ss., se encuentra un estudio comparativo que coloca lado a lado las regulaciones brasileña y alemana y que da fundamento a las afirmaciones aquí efectuadas en cuanto a las semejanzas entre los dos ordenamientos jurídicos en los puntos que entendemos relevantes para la responsabilidad penal. Véase otro estudio comparativo que involucra la legislación alemana en VENTORUZZO, *Comparative corporate Law*, West Academic, St. Paul, 2015, p. 249 y ss. Sobre su composición, especialmente marcada por la presencia de miembros indicados por los empleados, y sobre las razones históricas de esta opción legislativa (una reacción frente a hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial), cf. GELTER, *Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light*, Social Science Research Network Working Paper Series, 2010, pp. 40 y ss.

³⁸ También con relación a la AktG, solamente transcribiremos y traduciremos libremente las disposiciones esenciales. El texto legal puede ser consultado en estos sitios electrónicos: <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/> (en alemán) y <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-147035.pdf> (en inglés).

³⁹ ADAMEK traduce *Aufsichtsrat* como “consejo de supervisión” (ADAMEK, *supra* nota 19, p. 84). El sistema alemán también es dual y, por eso, parece equivocado afirmar que la administración efectiva de la sociedad es competencia efectiva del *Aufsichtsrat* en el derecho alemán, tal como lo hace MONTANER FERNÁNDEZ, *supra* nota 15, p. 175.

⁴⁰ Las normas del *Deutscher Corporate Governance Kodex* complementan la regulación legal da las relaciones entre la asamblea general, el consejo de administración (*Aufsichtsrat*) y el consejo de dirección. Hay una versión en lengua inglesa en: <https://www.dcgk.de/en/code//foreword.html>. Sobre la importancia de esa regulación en el derecho penal económico, cf. WAGNER, *Die Akzesorietaät des Wirtschaftsstrafrechts Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016, pp. 303 y ss. A BM&FBovespa brasileña también estableció su propio sistema de niveles o segmentos de gobierno para clasificar las compañías abiertas que operan allí. Son cinco segmentos con exigencias crecientes

por lo tanto, más restrictiva en la legislación alemana que en la brasileña, ya que exige que la conducta se subsuma en alguna de las causales indicadas en la ley que regula la destitución. En Brasil, por el contrario, la LSA no exige la necesidad de un fundamento para destituir a un director por parte del CA.⁴¹

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esas competencias, esos poderes y esas atribuciones dependerán en gran medida de las disposiciones concretas del estatuto. No es poco común que existan compañías cuyos accionistas sean miembros de la misma familia, todos instituidos como consejeros, cuyas atribuciones alcancen tal amplitud que se puede incluso afirmar una relación de jerarquía y subordinación entre el consejo de dirección y el consejo de administración.⁴² En estos casos, el análisis de la responsabilidad penal debe tener en cuenta la estructura concreta establecida en el marco de la autorregulación de la compañía. Hecha esta reserva, y para que podamos avanzar en la discusión, el análisis que sigue tomará como hipótesis una compañía en la que se decidió seguir estrictamente las disposiciones de la LSA.

b. ¿Garante de la vigilancia del consejo de dirección y además integrantes de la empresa?

Frente a ese cuadro de poderes y atribuciones, se encuentra dividida la literatura respecto de la posibilidad de que se configure una posición de garante de vigilancia de los miembros del CA con relación a los delitos cometidos por directores y otros miembros la empresa.⁴³ Se trata de saber, pues, si los miembros del CA tienen el deber de intervenir ante delitos que serán inminentemente

en los niveles de transparencia y de garantías a los accionistas. Cf. http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/.

Finalmente, la reforma de 2001 de la LSA otorgó poderes a la Comisión de Valores Mobiliarios para clasificar a las compañías abiertas en categorías y especificar las respectivas normas (cf. ADAMEK, *supra* nota 19, p. 117).

⁴¹ En el mismo sentido de la disciplina brasileña, véanse los ordenamientos británico, francés, italiano y japonés, cf. KRAAKMAN *et al.*, *supra* nota 37, p. 55.

⁴² En una investigación empírica, realizada con empresas que operaban en la bolsa brasileña en 2005, se constató que la independencia del consejo de administración es débil en empresas abiertas controladas por familias o grupos, BLACK, CARVALHO, GORGA, *The Corporate Governance of Privately Controlled Brazilian Firms*, Revista Brasileira de Finanças, v. 7, n.º 4, p. 385-428, 2009, p. 1. La estructura real puede romper el sistema dual, como registran, entre otros, KRAAKMAN, *supra* nota 37, p. 51: “board practices can blur the distinction between the two structures. Informal leadership coalitions can short-circuit the legal separation between management and supervisory boards”.

⁴³ Un diagnóstico reciente acerca del posicionamiento de la doctrina en Alemania lo caracteriza como “incierto”, cf. SCHWERTFEGGER, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandstraftaten*, Duncker & Humblot, Berlín, 2016, p. 46.

cometidos o cuya ejecución ya haya comenzado a realizarse por miembros del consejo de dirección o por otros miembros de la compañía contra terceros externos. La raíz de las divergencias parece derivarse, principalmente, de tres circunstancias: que el CA no tiene poderes de gestión, que no puede representar a la compañía ante terceros y que su relación con el consejo de dirección es predominantemente horizontal.⁴⁴

i. Los miembros del CA no tienen posición de garante de vigilancia por los actos de los directores u otros miembros de la compañía

Cuando se fundamenta la posición de garante del directivo por delitos cometidos por sus subordinados en el marco de su poder de dirección sobre los subordinados, la ausencia de una relación de subordinación entre el CA y el consejo de dirección impediría afirmar la posición de garante de los miembros del primer órgano. Es lo que sucede con los que siguen de cerca la fundamentación originaria de SCHÜNEMANN, que basa la posición de garante en el dominio sobre la causa del resultado, y, en lo que se refiere al dominio sobre las personas, en el poder de dirección del superior sobre los subordinados.⁴⁵

Como el CA no tiene tal poder, sus miembros estarían desprovistos de dominio sobre la causa del resultado y, por lo tanto, no podrían detentar posición de garante sobre los actos del consejo de dirección o de otros integrantes de la empresa. Para ello, sería necesario establecer un equivalente al dominio sobre el subordinado, que sea reconocido jurídicamente a través del derecho de instrucción del empleador con relación al empleado, lo que no sucedería con respecto a los miembros del consejo de dirección, que no son empleados, en el sentido de la legislación laboral, y no están subordinados a un poder o derecho de dirección atribuido al *Aufsichtsrat*.⁴⁶ Lo mismo valdría para los subordinados a los directores, sometidos solo a un poder de dirección, el de los miembros del consejo de dirección, pero no del *Aufsichtsrat*.

Hay quien sostiene, incluso, que aunque la posición de garante de los directivos se funde en el

⁴⁴ LSA, art. 142, III; AktG, § 111, párrafo 1.º (“*Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen*”). Traducción libre: “el *Aufsichtsrat* tiene que vigilar la dirección de la empresa”).

⁴⁵ Más reciente, cf. DÖSSINGER, *supra* nota 5, especialmente pp. 437 y ss.

⁴⁶ BEULKE, *supra* nota 11, p. 37, nota 57. También KRAUSE, “Ist der Aufsichtsrat Garant (§ 13 StGB) für die Verhinderung von Straftaten des Vorstandes? Zur Reichweite der strafrechtlichen Organhaftung”, en: *FS Wessing*, C. H. Beck, München, 2015, pp. 117-120.

control sobre la empresa entendida como fuente de peligro y no en un poder de dirección, habría que negar tal posición originaria de los miembros del CA, ya que ni los miembros de la junta directiva, ni otros integrantes de la empresa padecerían de un déficit en su autorresponsabilidad, ni siquiera representarían de por sí una peligrosidad especial.⁴⁷ Lo mismo vale si se fundase la responsabilidad por la fuente de peligro en la ocupación de un cargo al que está vinculada una responsabilidad de organización de la empresa, puesto que el CA no tiene atribuciones vinculadas a la organización de la empresa, como la de determinar sus operaciones, asignar a personas en cargos y funciones, o pronunciarse sobre una suspensión del trabajo.⁴⁸

Además, para los que comparten esta postura, el poder de aprobar previamente ciertas transacciones u operaciones por parte del CA/*Aufsichtsrat* podría fundamentar tal posición, porque, aunque la ley societaria contemplase la posibilidad de que el estatuto reserve esferas de control al CA, al exigir, p. ej., su autorización previa para la realización de ciertas transacciones o actividades de la compañía, ese control limitado y localizado no equivaldría a un derecho de impartir órdenes o instrucciones, ya que le está vedado al consejo someter a su previa aprobación todos los negocios relativos a la gestión de la compañía,⁴⁹ o incluso implementar las medidas decididas por él, porque esta actividad corresponde exclusivamente al consejo de dirección. Además, el deber de supervisión de las actividades del consejo de dirección, previsto legalmente, sería solo una forma especial de ejercer los deberes de protección que los consejeros tienen *ante la compañía* en función de la asunción de sus atribuciones, es decir, vinculados a una *posición de garante de protección*.⁵⁰

Se argumenta que los poderes de nombramiento y destitución de los miembros del consejo de dirección tampoco servirían para fundamentar una posición de garante. En cuanto a la elección y al nombramiento, ambos ocurren antes del ejercicio de los actos de gestión y dirección por el nombrado. Por ello, ese poder no se traduciría en una verdadera posibilidad de influir en la actividad del director. En cuanto a la destitución, dado que se trata de un instrumento represivo que tiene lugar después del comportamiento ilegal, no puede ser considerado, por lo tanto, causa del resultado, en tanto que es implementado después de que la conducta delictiva ocurrió.⁵¹

⁴⁷ UTZ, *supra* nota 12, pp. 230-231.

⁴⁸ SCHWERTFEGGER, *supra* nota 43, pp. 189-192.

⁴⁹ CRAMER, “Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten”, en: *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter STREE und Johannes WESSELS zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 584.

⁵⁰ BEULKE, *supra* nota 11, p. 37, nota 57; KRAUSE, *supra* nota 46, pp. 246 y ss.

⁵¹ CRAMER, *supra* nota 49, p. 585.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

Además, como se trata de un acto discrecional del CA, sería incongruente, frente al principio de la unidad del ordenamiento jurídico, que se contemplara la discrecionalidad del acto en el derecho societario y su obligatoriedad en el derecho penal. Pero incluso si la destitución fuese anterior a la comisión de un delito, lo que permitiría superar el argumento de su inutilidad para evitar un resultado que ya se concretó, no resistiría al argumento de la naturaleza discrecional de esta medida.

Ahora bien, si de estos, que son los medios más fuertes de influencia del consejo, no se deriva una posición de garante con respecto a los delitos cometidos por directores contra terceros externos a la empresa, con mayor razón no resultaría tal posición de los demás medios que están a disposición del consejo, como p. ej. la competencia de supervisión y aprobación ulterior de las cuentas de la gestión de la compañía y la de convocar a la asamblea general⁵².

Por último, la atribución de destituir a los miembros del consejo de dirección no fundamentaría un poder de este órgano para dar órdenes o instrucciones a los directores, ni incluso para organizar su trabajo,⁵³ ya que tal proceder sería ilegal. Esta atribución sería meramente negativa respecto de la conformación de la organización de la empresa y, por lo tanto, no implicaría una influencia positiva del CA en el consejo de dirección, lo que haría cuestionable fundar en eso la posición de garante de sus miembros.⁵⁴

Sin embargo, podría pensarse una posición de garante por asunción, ya que asumirían estas funciones con su nombramiento en el consejo por un acto de la asamblea general. Lo que ocurre es que, entre las facultades legalmente atribuidas a tal órgano, no se encuentra incluida la de proteger bienes jurídicos de terceros contra actos delictivos del consejo de dirección. Esto no excluiría la posibilidad de que, en el caso concreto, esas tareas fueran atribuidas a sus miembros o que las asumieran de hecho, en cuyo caso, excepcionalmente, podrían ser reconocidos como garantes de vigilancia.⁵⁵

La última posibilidad sería la vía de la fundamentación de la posición de garante por asunción

⁵² POSECK, *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Nomos, 1997, Baden-Baden, pp. 117-120.

⁵³ SCHWERTFEGGER, *supra* nota 43, p. 204.

⁵⁴ SCHWERTFEGGER, *supra* nota 43, p. 199-200.

⁵⁵ UTZ, *supra* nota 12, pp. 231-232.

de una función de representación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 14, párrafo 1.º, n.º 1, del Código Penal alemán (StGB), que regula la responsabilidad de los representantes o de quien actúa en nombre de otro. Sin embargo, los miembros del CA no tienen poder para representar a la compañía, ya que se trata de una tarea exclusiva de los directores. Así, al fin y al cabo, solamente sería admisible una posición de garante por asunción de hecho del círculo de deberes de vigilancia e intervención, propias de los miembros del consejo de dirección.⁵⁶

ii. Los miembros del CA solo en casos excepcionales tienen posición de garante de vigilancia sobre el consejo de dirección u otros miembros de la compañía

Hay quienes admiten la existencia de una posición de garante de vigilancia de los miembros del CA, pero solo en casos de *actividades intrínsecamente peligrosas* de la empresa, que en sí mismas representen peligros para terceros externos. En estos casos, los directivos tendrían el deber no solo de vigilar para evitar que causen daños a terceros y a la colectividad cosas peligrosas, sino también el deber de vigilar a las personas que mantienen contacto con esas cosas, para evitar que su mal uso o su manipulación inadecuada causen tales daños.⁵⁷

iii. Los miembros del CA tienen posición de garante de vigilancia sobre el consejo de dirección u otros miembros de la compañía

Finalmente, algunos admiten, total o parcialmente, que los miembros del CA tienen una posición de garante de vigilancia, y desarrollan sus argumentos a partir, esencialmente, de las tres competencias antes mencionadas: de supervisión de la gestión de la compañía, de aprobación anticipada de ciertas operaciones y de nombramiento y destitución de los directores. Entre ellos se encuentra, p. ej., TIEDEMANN, quien afirma que hay posición de garante de vigilancia amplia de los consejeros respecto de la evitación de delitos cometidos por otros órganos sociales u otros miembros de la empresa en perjuicio de terceros. El autor deriva esa posición de garante directamente de la tarea de supervisión de la gestión de la empresa que dispone el art. 111 de la AktG.⁵⁸

En contra de este argumento, se objeta, con razón, que, aunque la norma sea un fuerte

⁵⁶ UTZ, *supra* nota 12, p. 233, y también KLATTENBERG, *Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit für die Nichtverhinderung deliktischen Verhaltens Dritter in Kapitalgesellschaften: zugleich ein Beitrag zur sogenannten „strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung“*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2017, pp. 314-315.

⁵⁷ WEIGEND, "§ 13", en: *LK StGB*, 12.ª ed., De Gruyter Recht, Berlín, 2007, pp. 815-873, n.º m. 55.

⁵⁸ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed. [s.l.], Vahlen, 2017, n.º m. 359.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

indicador de las tareas atribuidas al consejo entendido como un todo, ello no fundamenta la posición de garante de sus miembros, porque la competencia de vigilancia sobre los actos del consejo de dirección no implica una facultad para tomar decisiones que le sean oponibles, de modo que una posición de garante no puede derivarse exclusivamente de esta competencia, sino que debe complementarse con otras que impliquen poder de decisión real, por lo menos parcial, sobre la organización de la compañía (control sobre la empresa entendida como fuente de peligro) y, además, la posibilidad jurídica de actuar para evitar el resultado.⁵⁹ Por eso, es necesario tener en cuenta las atribuciones, los poderes y los deberes del consejo para identificar factores indiciarios de una posición de control y gestión de la fuente de peligro, su contenido y sus límites.

Esa es la postura que asumen, p. ej., autores como SCHILHA y RANSIEK, quienes afirman que existe posición de garante de los directivos por delitos cometidos por integrantes de la empresa contra terceros, siempre que alguien, a la par del control fáctico sobre una fuente de peligro, también pueda, en el caso concreto, ejecutar su intención para evitar el peligro por medio de competencias de intervención jurídicas efectivas.⁶⁰

Respecto de los miembros del CA, por lo tanto, se debe evaluar su ámbito de responsabilidad tanto dentro del sistema dual de administración de la sociedad por acciones, como su limitado ámbito de influencia sobre la gestión de la fuente de peligro. La vigilancia sobre los objetos peligrosos dentro de la empresa se legitima como contrapunto de la libertad de organización y de la competencia exclusiva que tiene el propietario sobre la cosa.⁶¹ La vigilancia sobre las personas, entendidas como fuente de peligro, se legitima, por su parte, en función del poder de dirección fundado en normas jurídicas laborales, o, en otras palabras, en una relación de subordinación legalmente fundada,⁶² que deviene de la atribución legalmente concedida de tomar decisiones sobre el comportamiento de terceros, es decir, se trata de un dominio jurídicamente fundado sobre las fuentes de peligro dentro de la empresa.

Una relación laboral de subordinación de esa clase no existe entre miembros del CA y del

⁵⁹ RANSIEK, *supra* nota 15, p. 624.

⁶⁰ SCHILHA, *supra* nota 25, p. 123; RANSIEK, *supra* nota 15, pp. 624 y ss.

⁶¹ SCHILHA, *supra* nota 25, p. 162.

⁶² Con lo que queda claro que SCHILHA sigue una concepción próxima a la de SCHÜNNEMANN (SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 167-168). RANSIEK funda esa posición en el dominio, total o parcial, sobre la organización de la empresa (RANSIEK, *supra* nota 15, pp. 617-618).

consejo de dirección. Ello obliga a buscar en el derecho societario otra posible fuente de legitimación de la posición de garante de vigilancia de los consejeros con respecto a los directores, la cual, sin embargo, no podrá basarse en una relación de subordinación inexistente entre esos órganos, toda vez que se relacionan en una estructura horizontal de división de funciones y poderes en la administración de la compañía.⁶³

Resta, entonces, por examinar si las competencias del CA le permitiría imponer su voluntad al consejo de dirección de forma eficaz para evitar la lesión de bienes jurídicos de terceros, la cual, afirmada, consolidaría un poder de dominio en el sentido de la dogmática de la posición de garante.⁶⁴

La existencia jurídica de ese poder tiene que ser verificada a partir de las competencias del consejo.⁶⁵ Una verdadera posibilidad de imponer su voluntad a la del consejo de dirección resultaría de la competencia de aprobación previa de ciertos negocios de la compañía, prevista en el § 111, párrafo 4, AktG. Esta atribución permitiría un poder de veto del consejo que podría impedir la comisión de delitos por parte de los miembros del consejo de dirección.

Sin embargo, quedaría por saber si se equipararía materialmente al poder de dirección de naturaleza laboral, especialmente teniendo en cuenta que el consejo de dirección podría superar el veto del consejo por medio de la obtención de una autorización para la operación emitida por la junta de accionistas.⁶⁶

Una decisión que autorizara la comisión de un ilícito sería de por sí nula, pero, aun así, la posibilidad de poder recurrir a la asamblea no sustrae al consejo de la posibilidad de evitar un intento delictivo del consejo de dirección. Si es un presupuesto normativo de un poder de control que el garante pueda imponer su voluntad a la persona que representa una fuente de peligro, entonces, el poder de veto del consejo se equipararía materialmente al poder de dirección del empleador e

⁶³ SCHILHA, *supra* nota 25, p. 169.

⁶⁴ SCHILHA, *supra* nota 25, p. 170.

⁶⁵ De la competencia de asesoramiento y opinión no se podría extraer tal poder, ya que es solo indicativa, pero no vinculante para el consejo de dirección. De la competencia para dar órdenes de estructuración y atribuciones del consejo de dirección, prevista como competencia excepcional del consejo (§ 77 párrafo 2 AktG) y de innegable importancia como medio de ejercer influencia en la estructura organizativa de la compañía, tampoco se deriva tal poder, toda vez que de esta no derivaría un poder de dar órdenes a los directores. Lo mismo puede decirse de la competencia para convocar la asamblea general (SCHILHA, *supra* nota 25, p. 170).

⁶⁶ SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 171-172.

implicaría una forma negativa de control del comportamiento del consejo de dirección.

De lo anterior se deriva no solo que el deber de actuar para evitar resultados típicos se limitaría, por su competencia estatutaria, únicamente a las operaciones que demanden su autorización previa, sino que, además, *solo se aplicaría a conductas activas del consejo de dirección*, porque no hay un derecho de veto sobre una omisión del consejo de dirección, ya que el consejo no puede tomar iniciativa de gestión de la compañía (§ 111, párrafo 4, 1.^a oración, AktG⁶⁷). El derecho de veto se muestra, entonces, como un medio apropiado y eficaz para evitar la comisión de delitos del consejo de dirección y, por ello, los miembros del CA están obligados a hacer uso de este en situaciones de peligro a bienes jurídicos externos a la empresa, ante tentativas realizadas por el consejo de dirección.⁶⁸

Pero la competencia más eficaz atribuida al consejo, para evitar la comisión de delitos de los miembros del consejo de dirección (y de sus subordinados), es la de destitución, toda vez que con esta se puede evitar la persistencia del resultado típico.⁶⁹ De esta competencia derivaría un derecho, implícito, de que el consejo emita una instrucción para el miembro del consejo de dirección, como medida menos gravosa y previa a la destitución, cuyo acatamiento funcionaría como una condición para la permanencia en el cargo. Con ello, el consejo tendría una competencia especial de emitir instrucciones para los directores que fundamentaría un poder de control constitutivo de la posición de garante de sus miembros.⁷⁰

De la facultad de aprobar ciertos negocios en forma previa (cuyo reverso es el poder de veto) y de destituir a los directores (que trae consigo una competencia implícita de emitir instrucciones) se infiere, para SCHILHA, una estructura de control personal y, para RANSIEK, un dominio sobre la organización, capaces de fundamentar la posición de garante de los miembros del consejo. El alcance

⁶⁷ AktG, § 111, párrafo 4.º, 1.ª oración: “4) Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden” (traducción libre: “Las medidas de dirección de la empresa no pueden ser transferidas al Aufsichtsrat”).

⁶⁸ SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 172-175.

⁶⁹ SCHILHA se esfuerza, entonces, por justificar que la inminencia de la comisión de un delito por parte de los directores sería una hipótesis de grave violación a los deberes sociales de los directores que autorizaría la destitución del director por el consejo. Esto es así porque el § 84, párrafo 3.º, 1.ª oración, AktG, exige, como se ha visto, un “fundamento relevante” para el ejercicio de la facultad de destitución. Para RANSIEK, el hecho de existir un riesgo de que se haya perpetrado un delito ya es fundamento suficiente (RANSIEK, *supra* nota 15, pp. 625-626). Para los que entienden que hay un deber general de destitución o, por tanto, para sistemas jurídicos como el brasileño, que no tienen esa exigencia, no hay necesidad de fundamentar la destitución (SCHILHA, *supra* nota 25, p. 180, especialmente nota 452).

⁷⁰ SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 177-181; en el mismo sentido, RANSIEK, *supra* nota 15, pp. 625-626.

de su responsabilidad se limitaría, evidentemente, al ámbito de sus competencias de control y son, pues, estas competencias las que brindarán los contornos de sus deberes de actuar para evitar el resultado: deber de veto y deber de destitución. Ambos, como se ve, con efectos internos, dentro del ámbito de la compañía.⁷¹ Además, como esas facultades tienen como destinatarios a los miembros del consejo de dirección, el deber de vigilancia del *Aufsichtsrat* se encuentra igualmente limitado a ese círculo de personas. Eso no impide afirmar un deber de actuar ante la comisión de delitos de otros integrantes de la empresa a los que los directores hayan delegado funciones y tareas debido a la departamentalización.

Así, cuando los miembros del consejo perciben que los directores no están ejerciendo correctamente sus deberes de vigilancia y control sobre sus subalternos, bajo la amenaza concreta de ser responsables de los delitos cometidos por ellos por omisión, los consejeros tendrían el deber de actuar, pero ese deber, en virtud de sus competencias sobre el consejo de dirección, solo tendrá como objetivo al director responsable, lo que implica decir que la medida solo será, eventualmente, eficaz en forma indirecta para la evitación del resultado⁷² y que, evidentemente, solo podrá tener por objeto los delitos relativos a las actividades de la empresa.⁷³ Ante la convicción de que un director va a cometer un delito, es deber del consejo destituirlo y su omisión puede acarrear su punibilidad por participación omisiva.⁷⁴

c. Toma de posición

La última postura nos parece la más convincente para los modelos duales con división de funciones de administración en dos órganos societarios:⁷⁵ los miembros del CA son garantes originarios de vigilancia y tienen competencias directamente vinculadas al cargo que ejercen dentro

⁷¹ SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 181-182.

⁷² SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 183-184, lo que tendrá impacto en el establecimiento de la relación de causalidad, especialmente tratándose de hipótesis de omisiones sucesivas (cf. ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 265 y ss.).

⁷³ ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 184-186.

⁷⁴ CRAMER, *supra* nota 49, pp. 575-576. No admiten la participación por omisión en nuestra literatura BATISTA, *Concurso de agentes*, 4.ª ed., Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, p. 174, SANTOS, *Direito penal: parte geral*, 3.ª ed., ICPC, Lumen Juris, Curitiba, 2014, p. 369, los que se encuentran dentro de los que sostienen que el omitente garante es siempre autor.

⁷⁵ Por esta razón, las consideraciones realizadas en este texto no son trasladables al modelo norteamericano, en el cual el poder de decisión está concentrado en manos de un solo órgano, la *board of directors*, que concentra tanto las actividades de supervisión como las de gestión (cf. KRAAKMAN, *supra* nota 37, pp. 50-51).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

del órgano.⁷⁶ Esto solo se aplica, sin embargo, a situaciones específicas relacionadas con sus atribuciones y dentro de los límites de las posibilidades jurídicas de actuar que tienen sus miembros, esto es, dentro de los límites de sus poderes, conforme a los lineamientos arriba detallados.

En un sistema dual, el CA participa de la administración de la compañía, aunque los poderes de intervención en su gestión son bastante limitados. Las competencias que se le atribuyen traducen una relación jurídicamente fundamentada con empresa entendida como fuente de peligro y le atribuyen un control, aunque limitado, sobre su organización. Además de las competencias arriba abordadas —vigilancia, aprobación previa de ciertos negocios y destitución de directores—, se adiciona en Brasil la competencia atribuida al CA de fijar las atribuciones de los directores, en los términos de lo que dispone el estatuto (art. 142, II, LSA), competencia que les permite organizar la estructura del órgano de gestión de la compañía, esto es: el consejo de dirección. Pueden, p. ej., crear una nueva dirección que se encargue de riesgos ambientales que haga más eficientes los controles; pueden fusionar atribuciones de dirección, como la jurídica y la controladora; pueden decidir la creación de un consejo de dirección encargado exclusivamente de *compliance*, común en tiempos recientes.⁷⁷

Se considerará que, además de todas esas competencias de organización, serán los miembros del CA quienes nombrarán y destituirán a los directores e, incluso, para ciertos negocios de mayor tamaño, quienes deberán manifestarse previamente. Este cúmulo de competencias expresa un poder organizacional que fundamenta un control relevante sobre la empresa entendida como fuente de

⁷⁶ Los mismos autores que niegan la posición de garante del CA terminan reconociéndola en ciertos casos como los aquí analizados, sea bajo el ámbito de aceptación de una posición de garante de protección de los bienes de la compañía por daños materiales o inmateriales, como hace UTZ, *supra* nota 12, p. 229; sea, más restrictivamente, bajo el punto de vista de una posición de garante de protección del honor de la empresa, SCHWERTDTEGER, *supra* nota 43, p. 210.

⁷⁷ La reciente Ley 13.303, del 30/06/2016, alteró las competencias de los CA de las empresas públicas, sociedades de economía mixta y de sus subsidiarias en el ámbito de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios (cf. especialmente art. 18), lo que con seguridad tendrá impacto en el ámbito de la responsabilidad penal individual de sus miembros. Digno de mención es lo dispuesto en su art. 9, donde se determina que la gestión de riesgos debe ser ubicada en el ámbito del consejo de dirección (estatutario) con eventual reporte directo al CA cuando “se sospeche la participación del director-presidente en irregularidades o cuando este fuera a evadir la obligación de adoptar medidas necesarias respecto de la situación que le fue reportada” (§ 4.º), lo que refleja justamente la dinámica que entendemos más adecuada en el ámbito de las sociedades, en cuanto a que la gestión de riesgos debe corresponder al consejo de dirección y la participación del CA debe limitarse a sus atribuciones, en el caso, la actuación sobre el consejo de dirección. La reciente Resolución Bacen n.º 4.595, del 28/08/2017, impone al CA el deber de “garantizar que las medidas correctivas sean adopten cuando se identifiquen errores de conformidad” (art. 9.º, II), lo que podrá demandar ajustes en los instrumentos societarios que tratan las atribuciones de ese órgano.

peligro y, por lo tanto, una posición de garante de vigilancia de sus miembros.

Es cierto que el consejo no ejerce un control total sobre la compañía. Sin embargo, eso no impide afirmar la existencia de una posición de garante. Por lo tanto, solo en una sociedad unipersonal, o en la que solo un socio fuese también administrador, se podría hablar de garante de vigilancia de los peligros provenientes de la empresa. Si la posición de garante solo se pudiera fundamentar en relación con un control total sobre la empresa, sería una tarea simple soslayar la responsabilidad omisiva impropia fragmentando la administración de tal forma que, al fin y al cabo, ningún órgano o integrante poseyera control sobre esta en su totalidad. Algo semejante ni siquiera es exigido de los miembros del consejo de dirección, que actúan en estructuras horizontales con división de áreas de competencias determinadas por el estatuto. Al exigirse que solo haya garante allí donde haya control total, entonces, ningún director sería garante y se daría la extraña situación de una compañía cuyos miembros del consejo de dirección, que es su órgano de representación y gestión, no tendrían posición de garante de vigilancia sobre sus subordinados.

Muchas veces no se considera, como debería, que en las sociedades con administración distribuida entre más de un órgano de administración, es justamente su desempeño en conjunto lo que debe designarse como "administración".⁷⁸ Si no se puede hablar de una relación estrictamente jerárquica entre esos órganos, tampoco se puede hablar de la administración de la compañía, sino como resultado de su actividad conjunta. En su porción de administración de la compañía, no cabe negar a los miembros del CA una posición de garante en virtud del carácter limitado de sus competencias y de que no pueden practicar actos de gestión del día a día. Si bien es cierto que sus competencias son limitadas, esto no niega su posición de garante, pero indudablemente limita sus posibilidades jurídicas de actuar y, en efecto, el contenido concreto de sus deberes de actuar.

A pesar de que la administración de la compañía es una tarea conjunta del CA y del consejo de dirección, y de que el CA es un órgano que decide de forma colegiada, ello no equivale a atribuir al consejero los actos de la sociedad, ya que la responsabilidad penal es siempre individual, por actos propios, personal y subjetiva.⁷⁹ La responsabilidad penal, por lo tanto, deberá ser individualizada, señalando en específico respecto de cada consejero el incumplimiento de sus deberes concretos de actuar para evitar el resultado, los que se delimitan por la posibilidad jurídica de actuar determinada

⁷⁸ Destaca esa línea de división entre las tareas del *Aufsichtsrat* y del *Vorstand*, CRAMER, *supra* nota 49, p. 569.

⁷⁹ Discusión y crítica de la propuesta de un abordaje *top-down* en ESTELLITA, *supra* nota 5, pp. 52 y ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

legalmente.⁸⁰

Como ya se dijo, el CA solo puede tomar decisiones en forma colegiada y, por lo tanto, sus actos de intervención directa en la organización de la empresa no pueden ser adoptados individualmente por cada consejero, sino que dependen de su sometimiento al consejo entendido como un todo, lo que delimita el contenido de sus deberes de intervención. Así, ante la comisión de delitos por parte de los directores, es obligación del consejero accionar a los demás miembros del órgano, informarlos y votar la aprobación de las medidas de contención o eliminación del peligro (o de salvamento del bien jurídico, en caso de que se trate del patrimonio de la propia compañía).⁸¹

Entonces, p. ej., en una institución financiera, si un miembro del consejo toma conocimiento de la inminencia de la comisión del delito prescrito en el art. 6 de la Ley 7492/1986⁸², por parte de directores con la ayuda de sus subordinados, debe accionar el CA y votar a favor de la destitución de los directores superintendentes y financieros. Como el consejero tiene que tomar todas las medidas jurídicamente adecuadas y posibles para evitar el resultado típico, la abstención de votar en la decisión que tenga por objeto medidas de ese tipo puede implicar responsabilidad penal por omisión⁸³. En caso de disidencia y de inminencia de la comisión del delito en el ámbito de la compañía, el consejero debe comunicar el hecho a la junta general, ya que tiene que hacer todo lo que le sea legalmente permitido para evitar el resultado típico.^{84 85}

⁸⁰ En el mismo sentido, aunque en forma más general, cf. SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ/ PASTOR MUÑOZ, *supra* nota 36, p. 28.

⁸¹ En el mismo sentido, SCHWERTDFEGER, *supra* nota 43, pp. 123 y 155; también SCHILHA, *supra* nota 25, p. 378.

⁸² Ley 7.492/1986: "Art. 6.º Inducir o mantener en error a un socio, un inversor o una repartición pública competente, en relación con la operación o situación financiera, ocultándole información o brindándosela falsamente: Pena - Reclusión de 2 (dos) a 6 (seis) años y multa".

⁸³ En ese sentido, SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 372-373.

⁸⁴ Previsto en el art. 158, § 1.º, parte final, LSA.

⁸⁵ Es cuestionable si el deber de actuar para evitar el resultado abarca también una exigencia de comunicación del hecho a las autoridades externas encargadas de la persecución penal, sea por la ausencia de disposición expresa en ese sentido en nuestro derecho positivo, sea a la luz del deber de lealtad de los administradores frente a la compañía abierta (art. 155, § 1.º, LSA). En el mismo sentido, SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 376-377. En contra, SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ/PASTOR MUÑOZ, *supra* nota 36, p. 32. En el ordenamiento jurídico alemán la situación es diferente, pues el art. 138 del StGB castiga la no comunicación de una intervención determinada en delitos desde que comienza su ejecución o cuyo resultado aún pueda ser evitado. Ante este tipo penal omisivo puro se puede investigar la hipótesis de colisión de deberes, causa de justificación peculiar de los delitos omitidos. Se trata de los casos en los que hay dos deberes de actuar que obligan a un mismo agente, en forma simultánea, pero solo uno de ellos puede ser cumplido y, por lo tanto, se deberá incumplir el otro. Habría que investigar la equivalencia entre el bien jurídico sacrificado y el bien jurídico salvado, la que dependería de los bienes jurídicos

Por último, la competencia reservada al CA para la *aprobación previa* de ciertos negocios de la compañía atribuye al órgano un poder de veto apto para impedir la comisión de delitos de los miembros del consejo de dirección. Si un presupuesto de la posición de garante es la existencia de un poder de control sobre cursos causales potencialmente lesivos a bienes jurídicos, la facultad de negarse a aprobar negocios con tal potencial podrá configurar una forma de control, aunque indirecto, de la gestión de la compañía. En esos casos, el deber de actuar de los consejeros, es decir, de votar en contra de la aprobación de tales negocios, se limitaría, de acuerdo con su competencia estatutaria, solo a las operaciones que demanden su autorización previa y *solo se aplicaría a conductas activas del consejo de dirección*, porque no existe un derecho de veto respecto de una omisión del consejo de dirección, toda vez que el CA no puede tomar iniciativas de gestión de la compañía. Ante una omisión penalmente relevante del director, la medida adecuada a tomar es su destitución. Nos parece que también de esa competencia resulta un poder de control, aunque limitado, sobre cursos causales que ponen en peligro a bienes jurídicos externos de la compañía, que también fundamenta la posición de garante de los miembros del CA.^{86 87}

en juego en el caso concreto (cf. ROXIN, *Strafrecht: allgemeiner Teil - Band II - Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, München, 2003, § 31, n.º m. 204 y ss.; KÜHL, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 8, Vahlen, München, 2017, § 18, n.º m. 134 y ss.). Específicamente sobre esta cuestión en el ámbito del derecho penal económico y, particularmente, respecto al *whistleblower*, cf. SPÄTH, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, pp. 384 y ss. Por supuesto que existe la posibilidad de que la compañía decida colaborar voluntariamente, por medio de sus administradores, con las autoridades públicas en la investigación de delitos e infracciones, conducta, por otra parte, cada día más frecuente y legalmente premiada, como en Brasil, de forma más elocuente, en el art. 7.º, VII, de la ley 12.846/2013. Para que el administrador no corra el riesgo de incurrir en responsabilidad ante la sociedad, la decisión tiene que ser tomada por el órgano competente e implicar medidas que redunden en beneficios para la compañía, o que no le ocasionen perjuicios (arts. 154 y 155, II, LSA). En los países que la tipifican, el acto podría configurar administración fraudulenta, como es el caso de Alemania, a tenor de lo dispuesto en el § 266 StGB (*Untreue*) y, en España, según el art. 252 del CP español, con la redacción dada por la LO 1/2015. Sobre lo primero, cf. SCHÜNEMANN, §266, en: *Leipziger Kommentar StGB*, 12.ª, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 653-880, *passim*, sobre lo segundo, COCA VILA/PASTOR MUÑOZ, *El delito de administración desleal: claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2016, *passim*. Específicamente sobre el delito de la *Untreue* cometido por el *Aufsichtsrat*, SCHWERTFEGGER, *supra* nota 43, pp. 54 y ss.

⁸⁶ También, en el caso de la aprobación, cuando estuviéramos ante un acto comisivo, habría que ponderar, como hacen SILVA SÁNCHEZ, MONTANER FERNÁNDEZ y PASTOR MUÑOZ, que podría tratarse de un mero acto preparatorio de participación. Entonces, como la ejecución ulterior del negocio está a cargo del consejo de dirección, no se puede hablar de autoría respecto de los consejeros. Ocurre que la participación en este caso, en forma de investigación o determinación, o incluso ayuda, es impune, si el delito no llega al menos a ser intentado por el consejo de dirección (art. 31, CP brasileño) (cf. SILVA SÁNCHEZ, MONTANER FERNÁNDEZ y PASTOR MUÑOZ, *supra* nota 36, p. 29), algo que, aunque poco probable, no es impensable.

⁸⁷ Las normas societarias concretas de la compañía pueden atribuir competencias de organización e incluso de gestión aun mayores al consejo, o reservar las competencias mínimas y vedarle, p. ej., delimitar las atribuciones de los directores. En estos casos, esa regulación tendrá consecuencias sobre los ámbitos de vigilancia de los consejeros, así como también sobre el contenido concreto de sus deberes. Una de esas posibilidades es, incluso, la creación de comités dentro del propio CA,

V. Colofón

En conclusión, allí donde los miembros del consejo de administración de las sociedades por acciones con sistema dual de administración gozan de competencias para aprobar ciertas operaciones, nombrar y destituir miembros del consejo de dirección o definir sus atribuciones, existe la posibilidad de que sean titulares de deberes de garante de vigilancia a efectos de la responsabilidad penal omisiva impropia, cuyo ámbito de actuación personal y material se limitará a ciertos estratos de la gestión de la empresa y a medidas limitadas por su posibilidad jurídica de actuar, las que deben ser determinadas en el caso concreto a partir de la estructura propia de cada compañía.

VI. Bibliografía

ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S.A e as ações correlatas*, Saraiva, São Paulo, 2010.

ARMOUR, John, ENRIQUES, Luca, HANSMANN, Henry, “The basic governance structure: the interests of shareholders as a class”, en: *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017.

ASSIS, Augusto, *A responsabilidade penal omissiva dos directivos de empresa*, en: *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2017, pp. 45-67.

BATISTA, Nilo, *Concurso de agentes*, 4.ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

BEULKE, Werner, “Der ‘Compliance Officer’ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung”, en: *FS Klaus Geppert*, Gruyter, Berlín, 2011, pp. 23-42.

BLACK, Bernard S., CARVALHO, Antonio Gledson de, GORGA, Érica, *The Corporate Governance of*

encargados de tareas específicas y especializadas de supervisión, como, p. ej., respecto de riesgos ambientales de alguna actividad o de la planta industrial de la compañía, o de riesgos vinculados con la participación en licitaciones y contratos para las compañías que actúan intensamente en sectores que involucran contrataciones con el poder público. Esto no altera la calidad de la posibilidad jurídica de actuar de los consejeros, que se mantiene limitada, pero impacta en la intensidad de los deberes de vigilancia de los propios consejeros eventualmente designados para presidir o coordinar individualmente tales comités, con el reconocimiento para los designados y la parcial deshonra para los no designados. En el mismo sentido, SCHILHA, *supra* nota 25, pp. 379-381.

Privately Controlled Brazilian Firms, Revista Brasileira de Finanças, v. 7, n.º 4, 2009, pp. 385-428.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *Do tratamento penal da ingerência*, Universidade de São Paulo, 2015.

BÜLTE, Jens, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

CAMPOS, Luiz Antonio, “Deveres e Responsabilidades”, en: LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.), *Direito das companhias*, v. I., Forense, Rio de Janeiro, 2009.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários À Lei de Sociedades Anônimas*, 5.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011.

COCA VILA, Ivo/PASTOR MUÑOZ, Nuria, *El delito de administración desleal: claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983.

CRAMER, Peter, “Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten“, en: *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter STREE und Johannes WESSELS zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 563-586.

DANNECKER, Gerhard, “§ 5 - Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation“, en: ROTSCH, Thomas (ed.), *Criminal Compliance*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica“, en: ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán (dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165-189.

DÖSSINGER, Tobias, *Strafrechtliche Haftungsrisiken von Mitgliedern des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands*, Duncker & Humblot, Berlín, 2018.

ESTELLITA, Heloisa, *Responsabilidade de directivos de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de directivos de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2017.

GELTER, Martin, *Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light*, Social Science Research Network Working Paper Series, 2010, pp. 641-730.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

GRECO, Luís, *Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade*, en: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, pp. 203-214.

GRECO, Luís/ ASSIS, Augusto, “O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa”, en: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo. 2014, pp. 81-122.

KLATTENBERG, Leenert, *Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit für die Nichverhinderung deliktischen Verhaltens Dritter in Kapitalgesellschaften: zugleich ein Beitrag zur sogenannten “strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2017.

KRAAKMAN, Reinier, ARMOUR, John, DAVIES, Paul, *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2017.

KRAUSE, Daniel, *Ist der Aufsichtsrat Garant (§ 13 StGB) für die Verhinderung von Straftaten des Vorstandes? Zur Reichweite der strafrechtlichen Organhaftung*, en: FS Wessing, C. H. Beck, München, 2015, pp. 241-251.

KÜHL, Kristian, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Vahlen, München, 2017.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.

NEUDECKER, Gabriele, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen. Dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995.

NOLL, Mathias, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

OTTO, Harro, *Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen*, en: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 339-356.

PARGENDLER, Mariana, *Direito Societário em Ação: Análise Empírica e Proposições de Reforma*, Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 16, n.º 59, 2013, pp. 215-256.

POSECK, Roman, *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1997.

RANSIEK, Andreas, *Strafrecht im Unternehmen und Konzern*, ZGR - Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, v. 28, 1999, pp. 613–658.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROCHA, Ronan, *A relação de causalidade no direito penal*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

ROXIN, Claus, “Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren”, en: *FS Werner BEULKE*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 239-256.

—, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, t. II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, München, 2003.

SALAMA, Bruno Meyerhof, BRAGA, Vicente Piccoli M, *Dever de Diligência do Conselheiro de Administração: lições da jurisprudência administrativa nas companhias abertas*, FGV Direito SP Research Paper Series, v. 146, 2016, p. 1-17.

SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito penal: parte geral*, 3.ª ed., ICPC, Lumen Juris, Curitiba, 2014.

SCHILHA, Ralph, *Die Aufsichtsrats Tätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd, §266, *Leipziger Kommentar StGB*, tomo 9/1, 12.ª ed., De Gruyter, Berlín, 2012, pp. 653-880.

—, “Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos”, en: GRECO, Luís (coord.), *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 159–181.

—, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda*, ZIS - Zeitschrift für Internationale

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

Strafrechtdogmatik, v. 10, 2016, pp. 654-671.

—, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, München, 1979.

SCHWERTFEGER, Max, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten*, Duncker & Humblot, Berlín, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La responsabilidad penal de los administradores”, en: *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley Digital, Madrid, 2011, pp. 1-109.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

SPÄTH, Florian Jochen, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2016.

TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed. [s.l.], Vahlen, 2017.

UTZ, Maximilian, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2016.

VENTORUZZO, Marco, CONAC, Pierre-Henry, GOTO, Gen, *Comparative corporate Law*, West Academic, St. Paul, 2015.

WAGNER, Markus, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016.

WEIGEND, Thomas, “§ 13”, en: *LK StGB*, 12.ª ed., De Gruyter Recht, Berlín, 2007, pp. 815-873.