



TÍTULO

**LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL
VELO SOCIETARIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS**

AUTOR

José Miguel Modelo Flores

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2013

Directora	Ana María Prieto del Pino
Curso	Experto Universitario en Derecho Penal: Aspectos Materiales y Procesales (2011)
ISBN	978-84-7993-941-0
©	José Miguel Modelo Flores
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha documento	2013



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

DICTAMEN DEL LETRADO QUE SUSCRIBE ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

OBJETO DE DICTAMEN.-

Se plantea en el presente dictamen la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, incidiendo especial, pero no exclusivamente, en la vertiente de la determinación de la responsabilidad de las personas que ostentan la administración, tanto de hecho, como de derecho, de las personas jurídicas.

Tras realizar una breve semblanza teórica de la figura y reseñar algunos de los supuestos más importantes en los que el recurso a la misma aparece, al menos en principio, como un instrumento jurídico capaz de evitar una injusta e injustificada elusión de responsabilidad por parte de quien obra ilícitamente parapetándose tras una persona jurídica, se efectuará una aproximación a una cuestión tan importante como compleja. Dicha cuestión es la siguiente: **tras la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, que ha traído consigo la definitiva abolición del principio “societas delinquere non potest”, ¿qué papel puede y/o debe desempeñar la doctrina del levantamiento del velo, con su consiguiente extensión y/o traspaso de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la persona física que la representa -ya sea como administrador de hecho o de derecho- en el sistema penal español?**

Al hilo de la cuestión planteada se esbozarán las ventajas e inconvenientes jurídicos que suscitan o impiden, respectivamente, su aplicación y que favorecen o no el mantenimiento de la figura analizada, tanto en el ámbito puramente penal, como en el plano de la responsabilidad civil derivada del delito.

LEGISLACIÓN ESTUDIADA.-

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la que se aprueba el Código Penal.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Código Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.-

1. INTRODUCCIÓN.

Nuestra Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 22, en sede de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, el **derecho de asociación**. Por su parte, desde la primigenia concepción teórica del Derecho Civil relativa a la contradicción-complementación de la persona física y la persona jurídica, se reconoce a esta última la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y la de actuar en el tráfico jurídico, a través de sus órganos o representantes, como sujeto de relaciones jurídicas plenamente eficaces.

Teóricamente, se ha dotado a esta ficción de la persona jurídica (o realidad social, pues a ambos conceptos atiende) de una aséptica separación entre los ámbitos o planos de la personalidad (la de sus socios y la de la propia sociedad) y de sus patrimonios diferenciados. Justificando esta necesaria dualidad se ha conceptualizado la **autonomía patrimonial** como uno de los rasgos caracterizadores de las sociedades, matizando en el ámbito

mercantil la independencia (que será mayor, menor o nula según el tipo de sociedad) del patrimonio de los socios respecto del patrimonio de la sociedad, y las limitaciones en la responsabilidad de aquellos respecto de las deudas u obligaciones contraídas por la persona jurídica de la que forman parte.

Esta separación patrimonial ha sido constantemente alegada en Derecho cuando se ha pretendido la determinación y extensión de responsabilidades a los miembros de las personas jurídicas. Sin embargo, el concepto de autonomía patrimonial, construido sobre la cierta y también necesaria garantía que la persona jurídica necesita para su funcionamiento, no puede servir jamás de ámbito omniprotector de ésta, máxime cuando los comportamientos que se analicen sean susceptibles de reproche penal por el ordenamiento jurídico español.

De ahí que, en determinadas ocasiones, los tribunales hayan decidido romper el hermetismo que rodea a la sociedad para vislumbrar si el comportamiento analizado constituía o no un ilícito tipificado.

De elaboración eminentemente doctrinal, el concepto de “*levantamiento del velo*” pudiera equipararse a una especie de metáfora jurídica que sugiere o permite la entrada en la abstracción que supone la propia naturaleza de la persona jurídica y la ruptura de ese referido cierto hermetismo con el que, durante siglos, han operado las sociedades en el tráfico jurídico habitual.

Esta “*inmisión*” en el ámbito que por naturaleza ha sido creado para proteger a la persona jurídica y a sus bienes se justifica cuando lo que ha pretendido la propia sociedad es la realización de actos en fraude de ley, en perjuicio de terceros, o la huida del propio ordenamiento a través de la interposición de figuras que amparen un ámbito de pseudo-legalidad.

Como indica BOLDÓ RODA, “*si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, por lo cual ha de romper con el hermetismo que la caracteriza, esto es, con la radical separación entre persona jurídica y sus miembros componentes. Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley,*

*para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar”.*¹

A mi entender, y ya por la mera y necesaria referencia al principio de **seguridad jurídica** que ha consagrado todo el ordenamiento jurídico post-constitucional, el levantamiento o corrimiento del velo de la sociedad atiende a principios orientados a la garantía de que la misma, tanto en su ámbito personal como en su ámbito patrimonial, no pueda ser cobijo de acciones tipificadas, de ficciones jurídicas favorecedoras del ilícito, ni de construcciones teorizadoras que impidan la verdadera determinación de la responsabilidad, bien de la persona jurídica propiamente dicha, bien de la persona física que ostenta fáctica o jurídicamente su administración.

2. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO COMO RECURSO DE SOLUCIÓN A UN SUPUESTO ANTIJURÍDICO. MECANISMOS DE ACTUACIÓN.

La doctrina del levantamiento del velo tiene origen anglosajón, más concretamente en los Estados Unidos de América, donde bajo el nombre de *Disregard of legal entity* surge para dar respuesta a los problemas suscitados en torno a la nacionalidad de las sociedades en el ámbito de la Primera Guerra Mundial. Posteriormente, se aplicó para dar solución a problemas como impedir que determinadas industrias pasasen a manos extranjeras, así como el reforzamiento de los controles de carácter fiscal a las empresas extranjeras que se iban constituyendo. Más adelante se ampliaron los supuestos de aplicación a los intentos de defraudación de acreedores, evasión de impuestos, monopolios de protección delictiva y situaciones de fraude en general.

Tal y como queda manifestado más arriba, la elaboración de la teoría del levantamiento del velo hay que atribuirla a la jurisprudencia.

Sin perjuicio de la mención y estudio de otras matizaciones doctrinales de imprescindible referencia en el presente dictamen, por su importancia debe destacarse desde ya la sentencia que supone de alguna forma la génesis de la conceptualización que nos ocupa por lo que al ordenamiento jurídico español respecta.

¹ BOLDÓ RODA, C.: *El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1997.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, Sala de lo Civil (RJ 1984/2800) establece por vez primera el pronunciamiento íntegro de esta doctrina con la siguiente argumentación:

“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1º.1 y 9º.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar la vía de equidad y acogimiento al principio de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley concede personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de los “derechos de los demás” (art. 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 del Código Civil)”.

En definitiva, con la tesis expuesta en esta valiente resolución, el Tribunal Supremo venía a sentar los mimbres de una opción judicial que permite romper la previsible opacidad de una persona jurídica que le permita albergar, con impunidad, la comisión de un ilícito ya penal, ya civil, o ciertos comportamientos defraudatorios de la buena fe en el ámbito privado. En suma, la resolución habilita la posibilidad concedida a los jueces y tribunales de penetrar en el interior de la persona jurídica para evitar el abuso de su independencia perpetrado por aquella.

Como digo, estos abusos en la forma legal de la sociedad, fundamentalmente en la de capital, han propiciado a lo largo y ancho del funcionamiento societario la proliferación de determinadas actitudes de incumplimiento, unas veces difíciles de identificar por quien sufre dichos abusos o defraudaciones, y otras imposibles de probar en orden a la obtención de un pronunciamiento condenatorio de dicho comportamiento.

En la práctica, salvo supuestos muy puntuales, dicha opción no ha sido recogida por el legislador más que en matizaciones de determinados tipos, como se verá, y otras veces en ciertos giros legislativos que hacen suponer una intención regulatoria que por ahora no tiene ni abundante ni suficiente eco en la legislación positiva.

Es por ello que el peso específico de su mantenimiento, asumido no sin ciertas cautelas jurídicas, así como la responsabilidad de su rango evolutivo, una vez elaborada la base de su conceptualización, recaen en la Jurisprudencia que constantemente matiza, perfila y pule su aplicación a supuestos, desgraciadamente, cada vez más habituales.

De esta forma, la disposición casi exclusivamente en manos jurisdiccionales de la regulación de esta doctrina, permite vislumbrar los peligros de desvío judicial y de obtención de una solución contraria a la pretendida con la aplicación de aquella, esto es, lo que entiendo podría constituir un **giro hacia el injusto**. La disposición que en manos del juzgador se resida no puede atender, al menos ahora y a falta de una regulación meridianamente concreta, a otro criterio que no sea el de oportunidad, criterio abundantemente denostado como elemento de juicio y con peligrosas aristas susceptibles de quebrar la teleológica pretensión de justicia material que insistentemente se busca, porque debe hacerse, detrás de cada resolución judicial.

Si finalmente el único elemento justificativo que permita la utilización de la tesis sea el recurso a la equidad de la resolución judicial, Pantaleón Prieto ² identifica aquí otra debilidad de esta doctrina, ya que el artículo 3.2 del Código Civil, en sede de los criterios de aplicación de las normas, propugna que:

“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar exclusivamente en ellas cuando la ley expresamente lo permita”.

Por su parte, y en referencia más explícita al ámbito penal, el apartado 2 del artículo 4 del Código Civil dispone:

² PANTALEÓN PRIETO, F.: *Comentario a la Sentencia de 3 de junio de 1991*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 4. 1984.

“Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

Los insoslayables criterios de seguridad jurídica, y de aséptico respeto al principio de legalidad, fundamentadores *prima facie* de todo ordenamiento jurídico, justifican seguramente las determinaciones de estos dos artículos.

¿Qué puede quedar, entonces, en el substrato de la resolución judicial que nos garantice la adopción de justos criterios de solución, en lugar de pronunciamientos arbitrarios y vagamente ejemplificadores por parte de Jueces y Tribunales? Al menos desde mi modesta opinión, la pregunta no puede tener otra vía de salida más que la necesaria fe que sigue depositándose en la formación de los Jueces y Magistrados y la constante esperanza de la ciudadanía, de la doctrina y de los operadores jurídicos residenciada en la simple y contundente tendencia natural y profesional a realizar correctamente su trabajo por parte de aquellos que tienen la responsabilidad de decidir, por más que el mismo esté constantemente sujeto a ajuste y revisión, como por otra parte no puede ser de otra forma en un estado de derecho cuya tendencia, también natural y finalista, es la legal y justa solución de las pretensiones de cada individuo.

Por lo que respecta a los **mecanismos concretos** que han sido utilizados por los Jueces y Tribunales como resorte de aplicación de la teoría del levantamiento del velo, destaco, a continuación, algunos de los que me parecen más interesantes en torno a la breve semblanza aplicativa que interesa destacar en el presente dictamen.

Sustentada la teoría del levantamiento del velo fundamentalmente en el ámbito del derecho privado, son algunas las referencias en el ámbito penal que deben ser destacadas cuyo análisis es inevitable apuntalar junto a importantes determinaciones del derecho mercantil, por constituir este último uno de los ámbitos regulatorios propios de la empresa.

Todas estas matizaciones deben analizarse por prudencia, y también por seguridad jurídica y en evitación de eventuales posicionamientos de conflicto, al amparo que para las determinaciones de naturaleza empresarial establecen principios tan importantes como la libertad de empresa, la

libertad de contratación y la autonomía de la voluntad negocial, todos ellos troncales en el funcionamiento habitual de las personas jurídicas.

De esta forma, nuestra Constitución Española sienta en su artículo 38, en sede de Derechos y Deberes de los ciudadanos que:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Por otra parte, el artículo 1.255 del Código Civil consagra que:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

En un primer ejemplo de situación, por lo que respecta a la configuración de los márgenes del **delito fiscal**, así como a las obligaciones tributarias que competen a las empresas, el legislador utiliza la doctrina del levantamiento del velo como cláusula específica de lucha contra el fraude fiscal. Interesa destacar formulaciones como la de Zabala Rodríguez-Fornos, que apunta:

“En principio, y en teoría, no cabe concurrencia de la simulación con el fraude de ley si existe simulación absoluta, pues la inexistencia o falsedad de causa del negocio simulado supone evidentemente la imposibilidad de que subyazca bajo él otro real aunque disimulado. Solamente en la simulación relativa sería posible que, bajo lo falso, aparezca una realidad negocial aquejada, a su vez, de fraude de ley, es decir, un negocio disimulado o encubierto en fraude de ley.

Pero la verdad es que estas sutilezas pueden aparecer como simplificaciones conceptuales cuando distan de salvar las dificultades que pueden surgir para su concreta aplicación práctica, pues simulación y fraude de ley concurrirán en no pocas ocasiones cuando se trata de actos o negocios complejos, conexos o coligados, que es lo usual en lo que la Exposición de Motivos de la nueva Ley General Tributaria llama “fraude sofisticado”. Pensemos, al menos, en los casos de simulación “parcial” sobre algunos requisitos, presupuestos o efectos del negocio que, por no

ser esenciales, “naturales” o “necesarios”, no conducen a la nulidad de éste, sino a su conversión o corrección, y en las diferencias de grado con que ello puede incidir sobre elementos imprescindibles para la realización de la función económica objetiva correspondiente al tipo o forma contractual elegida y alcanzar el fin empírico perseguido por las partes.

Pensemos, por ejemplo, en la frecuencia con que el fenómeno se presenta con ocasión de la técnica del levantamiento del velo en sociedades o personas jurídicas, que habitualmente tiende a eliminar las llamadas “interposiciones subjetivas ficticias” que constituirían una simulación subjetiva, pero que por sí o más frecuentemente si concurren con otros negocios, pueden entenderse como casos de fraude de ley en cuanto se suponga que buscan amparo en unas normas –las societarias de personificación jurídica del ente colectivo, las reguladoras de responsabilidad por deudas o por daños– cuya aplicación se niega porque se contraviene su función económico-jurídica”. ³

Debemos recordar que el **artículo 305.1 del Código Penal** recoge en su segundo párrafo una agravante específica dentro de la conceptualización del delito fiscal:

“Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.”*

Choclán Montalvo, desmembrando el tipo, asevera que:

*“La frontera entre el fraude de ley –no punible– y la simulación punible se encuentra en la necesidad de que el delito fiscal tenga como presupuesto la **ocultación del hecho imponible**.*

(...) Hay que distinguir a estos efectos la utilización de sociedades vacías para poder ocultar la titularidad real de un activo patrimonial, en cuyo caso la ausencia de empresarialidad es ciertamente relevante; de aquellas otras situaciones en las que la sociedad es utilizada, no para la

³ ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.: *Sobre la subsistencia del fraude de ley en la nueva Ley General Tributaria*. Working Paper nº 227. InDret, julio 2004.

*ocultación de un patrimonio, sino simplemente para la realización de una operación real que está a la vista, por mucho que la utilización de la sociedad en la operación es jurídicamente anómala o desacostumbrada en atención al fin perseguido por las partes. En la primera situación la sociedad es utilizada de forma fraudulenta; en la segunda situación sólo de forma anómala. La simulación subjetiva mediante la interposición de persona es considerada circunstancia agravante en el artículo 305 CP. (...) Y es en este caso cuando cobra sentido la doctrina del levantamiento del velo. Como declara la STS de 20 de mayo de 1996 (...) “la jurisprudencia de esta Sala ha venido reconociendo que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la **realidad económica** que subyace a la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden “correr el velo” tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente dentro del patrimonio de la sociedad”.⁴*

Sin embargo, y para dar justa cabida a otras voces que no están exactamente de acuerdo con esta agravación específica, debe destacarse la interpretación sustentada por Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, los cuales mantienen, en sentido ciertamente complementario, que:

*“Las razones de la agravación en la hipótesis de las **personas interpuestas** (por ejemplo, testaferros) según la Exposición de Motivos de la LO 6/95 –reforma que introdujo estos supuestos agravados– es la concurrencia de circunstancias que denotan una especial voluntad de defraudar y de dificultar la investigación de los hechos constitutivos de delito. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de una forma de engañar que no reviste ninguna especificidad, ya que ni aumenta la ilicitud del hecho, ni la culpabilidad del autor. En este sentido, no parece que sea más grave valerse de interpósita persona que de documentos falsos. La participación de otras personas en la comisión de un delito no configura –en general– un motivo de agravación. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado últimamente que en los delitos especiales propios los partícipes no cualificados (extraneus) resultan punibles, aunque no sean los obligados fiscales.*

⁴ CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Anomalía del negocio jurídico y delito fiscal*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 551. Editorial Aranzadi, S.A., 2002.

El origen de esta agravante tiene lugar a partir del caso sobre las cesiones de créditos y ante el requerimiento de Hacienda a las entidades crediticias para que remitieran los listados de los titulares de dichas cesiones de crédito. Ante la inexistencia de una agravante como ésta, no estaba claro que estos supuestos fueran, con anterioridad, constitutivos de delito fiscal.

*Algún autor señala que el precepto del artículo 305.1 a) no se limita única y exclusivamente a la interposición de personas físicas, sino que cabe interpretar también que alcanza a testaferros y **personas jurídicas**, con lo que esta agravante revestiría mayor importancia y trascendencia práctica por permitir alcanzar los supuestos en los que la ocultación de la identidad del obligado tributario se produce por medio de la utilización de sociedades “pantalla” o de “fachada”. Sin embargo, esta interpretación no surge a nuestro juicio, del tenor del artículo. Sin lugar a duda, es una consecuencia que podría haber sido, desde un punto de vista político criminal, interesante”.⁵*

Desde otro punto de vista, el último párrafo del artículo 130.2 del Código Penal ha negado la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la **disolución es meramente aparente**, con el siguiente tenor literal:

“No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

Es decir, propugna que la pretendida disolución a través de aspectos formales no conlleva la extinción de sus responsabilidades si puede probarse que subsiste la realidad de los medios materiales y económicos de la misma a través de otra persona jurídica, o de otro ente sin personalidad. Estos supuestos pueden ser utilizados incluso para la pretendida evasión de responsabilidades económicas de la propia empresa, comportamiento que

⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª Edición, 2010.

concurriría con un posible supuesto de alzamiento de bienes del artículo 258 del Código Penal.

Aquí, la doctrina del levantamiento del velo operaría anulando los pretendidos efectos defraudatorios de la disolución de una sociedad que posteriormente vuelve a refundirse bajo otra forma jurídica.

Por otra parte, debo destacar que si bien la necesidad regulatoria en el ámbito de ley positiva podría dotar de más seguridad jurídica a los supuestos determinados en los que utilizar la doctrina del levantamiento del velo, no son pocas las **voces discordantes de la doctrina** más autorizada en el ámbito tributario que vienen a contradecir, no sé si de manera sorpresiva, la regulación positiva de los supuestos de aplicación. Por todas, me parece más interesante la manifestada por la Profesora Ruiz Hidalgo, cuando concluye que:

*“La regulación de la doctrina del levantamiento del velo como supuestos de responsabilidad subsidiaria en la Ley General Tributaria responde a una ampliación del conjunto de facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, en este caso, aplicada de manera exorbitante y desorbitada, cuando se podía haber continuado con la aplicación jurisprudencial del levantamiento del velo. A nuestro juicio, no hacía falta su inclusión legal, sino que, la aplicación a los supuestos fraudulentos debía corresponder al juez en la interpretación de la norma, tal y como se venía haciendo en los últimos tiempos. Así la aplicación del principio de proporcionalidad por el juez permite realizar una interpretación correctiva de la norma”.*⁶

En el plano de los delitos que tienen que ver con el **ámbito laboral** de la empresa, la doctrina del levantamiento del velo se relaciona con supuestos de utilización abusiva de la personalidad jurídica en relación con aspectos tan importantes como las determinaciones de responsabilidad solidaria sobre grupos de empresas destacando el contenido de distintas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 9 de junio de 1995, Sala de lo Social (RJ 1995/4885), que determina que toda la construcción del grupo de empresas tiene por objeto adecuar a los términos reales, económicos y de organización la efectividad del empresario, levantando el velo de la ficción jurídica. Por su parte, destaca también la STS de 20 de enero de

⁶ RUIZ HIDALGO, C.: *La responsabilidad por levantamiento del velo como una cláusula antielusiva*. Quincena Fiscal Aranzadi número 3/2011, Editorial Aranzadi, 2011.

1997, Sala de lo Social (RJ 1997/618), que viene a disponer que la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada empresa del grupo determina la exigencia de responsabilidad solidaria.

Otro aspecto destacable se produce en el ámbito de la sucesión de empresa, donde la teoría del levantamiento del velo se aplica, entre otros, a los supuestos de sucesión en fraude de ley sin que, tal y como establece la STS de 24 de julio de 1989, Sala de lo Social (RJ 1989/5908), sea preciso apreciar con carácter previo el carácter delictivo de la cesión.

Finalmente, se considera igualmente los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, donde destaca la utilización de la doctrina para establecer las consecuencias de falsas contrataciones, como destaca, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997, Sala de lo Social (RJ 1997/2612).

Esta idea es recogida a la perfección por Sempere Navarro y Luján Alcaraz, cuando establecen que el Estatuto de los Trabajadores intenta solventar estos problemas *“cuando establece la responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por las obligaciones laborales y de Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata (art. 42 ET), hace responsables solidarios al empresario cedente y cesionario en los casos de tráfico ilegal de mano de obra (art. 43 ET) o impone la misma clase de responsabilidad en los casos de transmisión de empresas para la garantía de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión (art. 44 ET).*

Sin embargo, muchas veces, en especial cuando el empresario es persona jurídica o un grupo de empresas, la posible lesión de los derechos de los trabajadores no puede prevenirse mediante estos mecanismos y se hace preciso levantar el velo que también en el área de las relaciones laborales cubre tradicionalmente la realidad subyacente a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.⁷ De lo que se trata, pues, es de examinar en cada caso concreto si “la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a la que constituye la justificación de dicha figura”, porque, en caso afirmativo, “los Tribunales podrán descartarla o prescindir de ella o de alguna de las consecuencias que de la misma dimanen, como puede ser

⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V./ LUJÁN ALCARAZ, J.. *El empresario aparente y la doctrina del “levantamiento del velo”*. Presentación de Aranzadi Social Tomo II, Editorial Aranzadi, 1996.

*la separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación entre sus respectivos patrimonios”.*⁸

Respecto de otro de los supuestos de aplicación, en el marco de los procedimientos en materia de jurisdicción contable competencia del Tribunal de Cuentas, en concreto los **procedimientos de reintegro por alcance contable**, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, determina que:

“El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

Pues bien, en este ámbito de responsabilidad contable, la teoría del levantamiento del velo tendría igualmente aplicación autorizando sobrepasar el límite impuesto por la existencia de una forma legal societaria, para llegar hasta las personas físicas que se encuentran detrás de ella, cuando es la propia personalidad jurídica la que es susceptible de causar perjuicios en los intereses, que aquí serán públicos, lo cual también evidencia un ejercicio antisocial del derecho. De esta forma, se habilitaría por esta doctrina evitar que el necesario resarcimiento del alcance producido en los fondos del ente público no permita garantizar lo que constituiría de por sí un efectivo perjuicio para los intereses públicos por mor de haber dotado a la persona jurídica de una forma societaria que debe ser evitada.

Finalmente, por lo que al importantísimo ámbito de la **responsabilidad civil** respecta, el Tribunal Supremo favorece, como determina en su Sentencia nº 450/2007 de 30 de mayo, Sala de lo Penal (RJ 2007/4817), las facultades de la jurisdicción penal en orden a *“delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente”*. En una apoyatura jurisprudencial más semejante a un auténtico acto de fe en la institución, la Sentencia nº 867/2002 de 29 de julio, Sala de lo Penal (RJ 2002/6357) propugna:

“La jurisprudencia española dispone de abundantes resoluciones, en las que se ha puesto en marcha el mecanismo del levantamiento del velo de las sociedades, saltando por encima de las ficticias protecciones que

⁸ En referencia de los autores a *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Civitas, 1990.

podiera proporcionar el formalismo legal. Se puede establecer una indiscutible responsabilidad civil subsidiaria cuando la configuración de las diversas apariencias contractuales pueden entenderse como constitutivas de un negocio simulado o ficticio, que constituye un verdadero fraude de ley”.

En definitiva, a efectos de determinar la verdadera titularidad de los bienes que deban restituirse o incluirse en el conjunto objeto de responsabilidad civil, debe buscarse más allá de la apariencia formal, para vislumbrar quien ostenta, siquiera sea ocultamente, la verdadera titularidad de los mismos.

3. EL PAPEL DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO TRAS LA ABOLICIÓN EXPRESA DEL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*: DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.

La reforma operada a través de la **Ley Orgánica 5/2010**, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha dado carta de naturaleza a la exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica, y ha evidenciado la ruptura y abolición del tradicional axioma jurídico “*societas delinquere non potest*”, extendiendo los supuestos de actuación ilícita al comportamiento propio de las personas jurídicas, tal y como se recoge en el nuevo **artículo 31 bis**, determinando además las reglas de aplicación de las penas a dichas entidades en el **artículo 66 bis del Código Penal**.

Al mismo tiempo, como no podía ser de otro modo, en sede del Título II, se ha mantenido -subsistiendo a la reforma- la determinación de responsabilidad del administrador establecida en el **artículo 31.1 del Código Penal**, que determina:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Como señala la **jurisprudencia, coincidiendo con el parecer doctrinal**, la intención que persigue el legislador con este artículo es “*obviar la impunidad en la que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes*”.⁹

Así, el precepto “*contempla lo que se ha denominado “actuaciones en nombre de otro” y que, por lo demás, en adecuada hermenéutica, impone la distinción entre los comportamientos realizados por el órgano de la persona jurídica de los efectuados aprovechando tal condición y a título puramente personal, utilizando en fraude de ley una titularidad formal para finalidades desconectadas de la simple estructura de la persona jurídica; por encima de cualquier sutileza (...) se ha de distinguir necesariamente entre delitos cometidos por el ente social (a través naturalmente, de sus órganos) y delitos cometidos utilizando tal condición representativa como mera forma*”.¹⁰

En relación con los delitos especiales, el Código Penal español permite, por lo tanto, expresamente, castigar a las personas físicas *extranei* que, ostentando el dominio del hecho, cometen un delito representando a un *extraneus* persona física o jurídica.

Así, en el elenco de sujetos finalmente responsables tras la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo podemos evidenciar a los administradores de hecho, a los administradores de derecho, a los representantes y a determinados sujetos subordinados. Debe partirse de la base de que la construcción de ambas responsabilidades es configurada por nuestra legislación positiva como absolutamente independientes entre sí, tal y como recoge, en correcta formulación, el apartado 3 del artículo 31 bis del Código penal.

⁹ S.T.C. nº 253/1993 de 20 de julio, Sala 1ª (TOL 82274), con cita de la S.T.C. nº 150/1989 de 25 de septiembre, Sala 1ª (TOL 81598).

¹⁰ S.T.S. de 14 de mayo de 1991, Sala de lo Penal (RJ 1991/3648).

Por lo que respecta a las figuras establecidas por el mencionado artículo 31 del mismo texto, la jurisprudencia ha perfilado casi perfectamente la conceptualización de ambos.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 816/2006 de 26 de julio, Sala de lo Penal (RJ 2006/7317)** determina que:

- Por **administradores de derecho** *“se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (artículo 123 de la LSA; art. 214 del Real Decreto Legislativo 1/2010 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital a partir del 1 de septiembre de 2010) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil”*.
- Los **administradores de hecho** *“serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por si sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”*.

Así, a la figura del administrador de hecho se le suponen los mismos instrumentos de acción o actividad en el seno de la empresa o sociedad en los que, a pesar de estar privado de un estricto reconocimiento legal en el que inevitablemente se enmarca el administrador de derecho, ejerce un idéntico poder de decisión que este. La doctrina se decanta en la matización del concepto de administrador de hecho como aquél que tiene el verdadero dominio del hecho, atendiendo a la realidad material del poder de dirección de la empresa, y no a sus resortes de inscripción y habilitación legal, aquel que tiene el dominio del acontecimiento, el verdadero propietario de la empresa, el sujeto que está detrás del testarferro y que dispone de la consumación del delito, siendo, en definitiva el **“señor del hecho”**.

En este sentido, como muy bien matiza Ortiz de Urbina Gimeno, debe atenderse al *“poder fáctico de dirección de la empresa, y no sólo de ejecución de la gestión: persona que ejerza un “cargo directivo” (o “posición directiva”, o “posición de mando”) en la persona jurídica “basada en un poder de representación de la persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica”. Es decir: que lo relevante es el poder de dirección, y el concreto motivo por el que se ostente (poder de representación, capacidad de tomar decisiones en nombre de la empresa, poder “de facto”) es irrelevante”*.¹¹

Por lo que respecta al concepto de representante, este sería susceptible de interpretarse restrictivamente pues, al igual que el concepto penal de administrador de hecho es mucho más extenso que el concepto mercantil, *“representante (...) no es cualquier sujeto con limitados poderes, sino sólo quien ejerce la representación de la sociedad extendida a la generalidad de los actos comprendidos en su objeto social”*.¹²

Sin embargo, la previsión legal del art. 31 CP presenta un importante problema de aplicación práctica. Y es que, inevitablemente, la actuación del administrador, para que su castigo no resulte expresión de pura responsabilidad objetiva, ha de ser calificable como autoría directa, mediata o coautoría. No quedan, empero, claramente solventadas las dudas de atribución acudiendo a las reglas de determinación de autoría del artículo **28 del Código Penal**:

“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados como autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”*.

El castigo del administrador *extraneus* pasa, por lo tanto, por la previa determinación de que poseía el dominio del hecho delictivo

¹¹ *Memento Experto Reforma Penal 2010, Ley Orgánica 5/2010*. Coordinador Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Ediciones Francis Lefebvre, 2010.

¹²

Memento Experto Reforma Penal 2010, Ley Orgánica 5/2010. Coordinador Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Ediciones Francis Lefebvre, 2010.

cometido en nombre o representación de la persona jurídica *intraneus*. Serán los jueces los que habrán de establecer, en cada caso, si el administrador realmente tenía el control sobre la consumación del delito o si, por el contrario, carecía de él. Solo sobre esa base podrá operar de modo garantista a la vez que eficaz la doctrina del levantamiento del velo.

Pues bien, aunque el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es algo obviamente distinto de la cláusula del actuar en lugar de otro, ambas cuestiones plantean un problema fáctico común, cual es el de la determinación de la autoría del administrador.

Conforme al apartado 1 del referido art. 31 bis, en los supuestos previstos en el Código Penal, *“las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”*. Asimismo, *“en los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”*.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, con arreglo a lo previsto en el art. 31 bis, no excluye –sino que se añade a– la (eventualmente) exigible a las personas físicas que llevan a cabo el hecho delictivo.

Ahora bien, la posibilidad de castigar a la persona jurídica por los actos de sus administradores introducida por la reciente reforma del Código Penal, suscita una de trascendental importancia en relación con la responsabilidad penal exigible a las personas físicas que la administran, esto es, con la determinación de la responsabilidad de los administradores cuando es la persona jurídica la que se encuentra imputada:

-¿Puede en algún caso eximirse de responsabilidad la persona jurídica imputada por el delito cometido por su administrador o está permitiendo nuestro CP exigirle responsabilidad objetiva a los entes colectivos?

Téngase en cuenta, por una parte, que el art. 31 bis CP en su apartado 2 permite castigar al sujeto colectivo *“siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.”* En otras palabras: la persona jurídica responde penalmente por el acto de su administrador (o persona que obra bajo su control) aunque éste no pueda ser castigado. Por otra parte, adviértase que aunque la doctrina española mayoritaria está afirmando que la empresa puede eximirse de responsabilidad si implementó correctamente un programa de cumplimiento normativo eficaz destinado a prevenir que sus administradores delinquieren, el CP no contiene ninguna previsión de este tenor, y concede a dichos programas un mero efecto atenuatorio.

Ahora bien, si nuestros tribunales acogiesen la posición de la doctrina mayoritaria en lo concerniente a la exención de responsabilidad por implementación de programas de cumplimiento normativo, las personas jurídicas serían, sin duda, las primeras interesadas en la eficaz aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo.

La necesidad de conjurar los riesgos derivados de una utilización abusiva de la doctrina del levantamiento del velo parece en este contexto evidente.

Asimismo, especial trascendencia cobra el levantamiento del velo en aquellos supuestos en los que el administrador de la sociedad, sea, a su vez, una persona jurídica. Por más que pueda parecer una vuelta de tuerca del derecho, no son pocas las ocasiones en que deben analizarse las consecuencias de esta representación dando juego, como analizaré más adelante, a alguna solución determinada para evitar la actuación fraudulenta en aquella.

4. BREVE SEMBLANZA JURISPRUDENCIAL COMPLEMENTARIA.

Sin perjuicio de la jurisprudencia que a lo largo de este dictamen he venido desgranando, en alusión a cada uno de los supuestos analizados, entiendo oportuno finalizar con algunas matizaciones recogidas por la

jurisprudencia, tanto de nuestro Alto Tribunal, como alguna Jurisprudencia menor de Audiencias Provinciales, en la intención de que sirvan para terminar de retocar la institución objeto de análisis, en orden a su definitiva configuración en nuestra doctrina, y que paso a aludir brevemente y de manera capitular.

Así, en lo referente a supuestos de **empresario único**, la STS de 3 de junio de 1991 Sala de lo Civil (RJ 1991/4411), que expone:

“Por último, cabe aplicar también para rechazar los motivos la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, acogida por esta Sala en abundantes Sentencias (...) que proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. En la situación jurídica originada, por la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, que legalmente no es causa de disolución de la misma, es más fácil perpetrar este abuso, pues el socio único tiende a comportarse como si los bienes de la sociedad fuesen suyos, y los terceros que contratan con él sobre ellos tampoco suelen preocuparse de más porque su voluntad es la voluntad social. En realidad, tanto uno como otros acostumbran a prescindir de los órganos sociales de representación, ya que o bien la tiene el socio como administrador único o bien otra u otras personas físicas que son nombradas y cesadas a voluntad del mismo”.

Sobre el **carácter restrictivo de su aplicación**, la STS de 23 de diciembre de 1997, Sala de lo Civil (RJ 1997/8903) señala que la aplicación de semejante doctrina *“de la que ha de hacerse un uso restrictivo... solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica”.*

Acerca de la **diferenciación**, para poder o no aplicar tal doctrina, entre la **administración fraudulenta** y la **mala administración**, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2004, Sala de lo Civil (RJ 2004/5744), glosando una resolución anterior, determina:

“La reciente sentencia de esta Sala, de 14 de julio de 2004 niega la aplicación de tal doctrina a un caso de administración perjudicial para los

acreedores, a los que dejó de pagar; dice así: “una cosa es que la sociedad se revele como una forma de actuar en el tráfico de su socio único, que quiere limitar así su responsabilidad a los bienes aportados a la sociedad (salvo que cumpla las prescripciones legales para ello), o como un instrumento creado para defraudar a terceros por parte de los socios, o incumplir sus obligaciones para con aquéllos, casos en los cuales es posible el “levantamiento del velo”, y otra muy distinta que la sociedad se administre mal, consciente o negligentemente, para lo cual la legislación mercantil da los remedios apropiados mediante la acción social o individual de responsabilidad contra los administradores. La solución del perjuicio causado por la mala administración no debe venir por la vía de la negación de personalidad jurídica a la sociedad, sino por el ejercicio de aquellas acciones”.

Sobre la **realización fraudulenta de operaciones vinculadas** entre sociedades, la STS nº 83/2011 de 1 de marzo, Sala de lo Civil (RJ 2011/456), sobre el supuesto de aportaciones a sociedades ostentando un particular la condición de socio y administrador único de una de las sociedades y al mismo tiempo siendo administrador solidario de la otra, determina la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo *“habiendo incurrido en la figura de la autocontratación al haber representado a ambas sociedades en el mismo acto o, en su caso, estaríamos en presencia de operaciones vinculadas que, en derecho de sociedades, merecen el mismo tratamiento que la autocontratación pues, en definitiva, vienen a responder a la misma filosofía de utilización por una sola persona de dos sociedades distintas”.*

Finalmente, destaco como alguna **“jurisprudencia menor”** interesante:

- La Sentencia nº 201/2011 de 9 de mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca (JUR 2011/195659), que aplicó la doctrina del levantamiento del velo a un supuesto de fraude en la administración concursal.
- La Sentencia nº 378/2005 de 29 de julio, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2006/228164), en un supuesto donde la recurrente no negaba la existencia de una deuda reclamada, alegando únicamente la indebida aplicación de la teoría del levantamiento del velo, concluyendo la Audiencia que

“El hecho de compartir la administración de dos sociedades de índole familiar u ostentar poderes de gestión no implica per se que haya un abuso de la personalidad jurídica”.

5. CONCLUSIONES DEL DICTAMEN Y VALORACIÓN FINAL.

Analizada, como creo, al menos en sus parámetros básicos, la doctrina del levantamiento del velo societario en la determinación de la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas, considero preciso resumir, siquiera brevemente, los aspectos más importantes que debe suscitar la aplicación de aquella.

Siendo una doctrina de creación moderna y relativamente reciente, recordar aquí que la resolución que sentó las bases de su teorización en el ordenamiento jurídico español fue la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, la aplicación contemporánea de la misma nos sitúa en un ámbito temporal donde se ha potenciado la criminalización de la persona jurídica, fundamentalmente a través de la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Junto a las determinaciones de la misma, subsisten aspectos regulatorios anteriores como la responsabilidad penal de los administradores de aquellas, establecida en el artículo 31 del Código Penal. Además, la expansión de la llamada delincuencia económica, generada tal vez por la crisis global en que nos encontramos inmersos, o quizás alentada por la falta de controles originarios que establezcan una prevención especial sobre este tipo de delitos, ha introducido numerosos supuestos típicos alrededor del mundo empresarial cuyo aumento exponencialmente progresivo no podemos obviar.

Los esfuerzos provenientes de todos los sectores sociales y jurídicos en torno a encontrar y aplicar soluciones que permitan limitar la proliferación de este plano criminal reflejan un patente estado de preocupación que para algún sector doctrinal también desemboca inevitablemente en una incesante persecución de diversos aspectos de la actividad empresarial. Fruto de esta situación son no solo los nuevos ámbitos regulatorios aludidos, sino un mayor eco social y jurídico de los delitos de carácter económico. Puedo citar como ejemplo el contenido sobre el que versan las últimas Circulares de la Fiscalía General del Estado,

como son la “Circular 4/2010, sobre las Funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal”; la “Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010” y la “Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales”, que reflejan cual es el norte al que apuntan los más recientes intentos de la política criminal por mejorar la situación delictiva.

Con estos mimbres está absolutamente justificada la pretensión del Tribunal Supremo de evitar, con la doctrina que analizo, el abuso de una determinada fórmula jurídica social y desvelar las verdaderas situaciones en orden a la justa y cabal determinación de la personalidad de las empresas, para evitar perjudicar intereses ajenos, ya públicos, ya privados, causar maliciosamente daños o burlar los controles impuestos por el propio ordenamiento jurídico.

En definitiva, el aspecto finalista debe ser bien acogido pues se pretende evitar la utilización de la personalidad jurídica societaria como medio o instrumento fraudulento y en definitiva ilícito.

Sin embargo, toda esta bondad de la teoría puede difuminarse si la doctrina es utilizada con fines torticeros y alejados de la pretensión inicial para la que fue creada. En este sentido debo destacar el que me parece en su utilización el aspecto más importante, y que jamás debe ser obviado, cual es el de su **aplicación excepcional**. Esto lleva a determinar que su implementación, entiendo que sin relativismos y tal y como ha señalado el propio Tribunal, debe atenerse a un uso absolutamente ponderado y meridianamente restringido.

Además, el carácter de los principios en que se basa la misma, los de equidad y buena fe, sugieren que el recurso a esta doctrina se cuide suficientemente de garantizar también los derechos de la persona jurídica afectada. Si la propia naturaleza de la pretensión doctrinal es corregir los problemas de la limitación de responsabilidad en las personas jurídicas, la posibilidad de “*rasgar el velo*” que rodea, y a veces protege, a aquellas permitirá imputar las consecuencias de los actos abusivos de dichas sociedades a las personas, físicas o jurídicas, que estén detrás de las mismas.

Las finalidades buscadas en cada supuesto concreto deben ser evitar que aspectos como la pretendida separación patrimonial, la elusión del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil (“*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”) y el hermetismo fraudulentamente buscado por una sociedad priven a otro del cabal y justo ejercicio de sus derechos. Pero la oportunidad que el juzgador tiene de realizar una interpretación correctiva de la norma debe materializarse, honestamente entiendo, desde una exquisita y aséptica ponderación del **principio de proporcionalidad**.

Esta “*prudencia judicial*”, por ser inmanente a la propia naturaleza del ordenamiento penal su consideración como “*ultima ratio*”, debe ajustarse en sentido paralelo al **carácter subsidiario** que tiene el recurso al levantamiento del velo, de donde debe colegirse que el mismo no debería ser aplicado cuando el supuesto pueda ser subsumido en otros comportamientos ya tipificados, o como “*expediente de conveniencia*” para eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica, conjurando con ello los riesgos que pueden derivarse en torno a una posible atribución arbitraria de la responsabilidad. Esta aplicación excepcional, junto a su uso “*ponderado y restringido*” permitirán que, aunque el dilema es constante, ahora y en un futuro el recurso a esta doctrina, por otra parte clara y decididamente instrumental, permita corregir los errores generados por la falta de los controles precisos que debieran haber sido instaurados por la legislación positiva.

Tras la expresa abolición del principio *societas delinquere non potest* en nuestro Código Penal, la inseguridad jurídica y la falta de presupuestos legislativos claros únicamente podrán ser atajados mediante una suficiente fundamentación jurídica que permita al juzgador decidir, esta vez sin vértigo alguno, a la hora de imputar la responsabilidad, para no convertir en pura entelequia la aplicación del derecho en mano. Solo en su preparación y prudencia, y no en ningún otro lugar, puede residir el verdadero carácter ejemplificador de la sentencia.

Es este el parecer del Letrado que suscribe, y que informa en base a la documentación y doctrina analizada, debiendo quedar el presente dictamen sometido a las consideraciones de cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Málaga, a veintiuno de septiembre de dos mil once.

Ltdo.: José Miguel Modelo Flores

BIBLIOGRAFÍA CITADA.-

- **Bajo Fernández, Miguel - Bacigalupo Saggese, Silvina.** *Derecho Penal Económico.* Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª Edición, 2010.
- **Boldó Roda, Carmen.** *El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.* Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, 1997.
- **Choclán Montalvo, José Antonio.** *Anomalía del negocio jurídico y delito fiscal.* Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 551. Editorial Aranzadi, S.A., 2002.
- **De Ángel Yagüez, R.** *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia.* Civitas, 1990.
- **Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo** (Coordinador). *Memento Experto Reforma Penal 2010, Ley Orgánica 5/2010.* Ediciones Francis Lefebvre, 2010.
- **Pantaleón Prieto, F.** *Comentario a la Sentencia de 3 de junio de 1991.* Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 4. 1984.
- **Ruiz Hidalgo, Carmen.** *La responsabilidad por levantamiento del velo como una cláusula antielusiva.* Quincena Fiscal Aranzadi número 3/2011. Editorial Aranzadi, S.A., 2011.
- **Sempere Navarro, Antonio V. - Luján Alcaraz, José.** *El empresario aparente y la doctrina del “levantamiento del velo”.* Presentación de Aranzadi Social Tomo II, Editorial Aranzadi, S.A., 1996.
- **Zabala Rodríguez-Fornos, Arturo.** Sobre la subsistencia del fraude de ley en la nueva Ley General Tributaria. Working Paper nº 227. InDret, julio 2004.

JURISPRUDENCIA CITADA.-

- S.T.C. nº 253/1993 de 20 de julio, Sala 1ª (TOL 82274).
- S.T.C. nº 150/1989, de 25 de septiembre, Sala 1ª (TOL 81598).
- S.T.S. de 14 de mayo de 1991, Sala de lo Penal (RJ 1991/3648).
- S.T.S. nº 816/2006 de 26 de julio, Sala de lo Penal (RJ 2006/7317).
- S.T.S. de 28 de mayo de 1984, Sala de lo Civil (RJ 1984/2800).
- S.T.S. de 9 de junio de 1995, Sala de lo Social (RJ 1995/4885).
- S.T.S. de 20 de enero de 1997, Sala de lo Social (RJ 1997/618).
- S.T.S. de 24 de julio de 1989, Sala de lo Social (RJ 1989/5908).
- S.T.S. de 21 de marzo de 1997, Sala de lo Social (RJ 1997/2612).
- S.T.S. nº 450/2007 de 30 de mayo, Sala de lo Penal (RJ 2007/4817).
- S.T.S. nº 867/2002 de 29 de julio, Sala de lo Penal (RJ 2002/6357).
- S.T.S. de 3 de junio de 1991, Sala de lo Civil (RJ 1991/4411).
- S.T.S. de 23 de diciembre de 1997, Sala de lo Civil (RJ 1997/8903).
- S.T.S. de 16 de septiembre de 2004 Sala de lo Civil (RJ 2004/5744).
- S.T.S. nº 83/2001 de 1 de marzo, Sala de lo Civil (RJ 2011/456).
- Sentencia nº 201/2011 de 9 de mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca (JUR 2011/195659).
- Sentencia nº 378/2005 de 29 de julio, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2006/228164).