

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 testamento 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).