

FACULTADE DE DEREITO
UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO 2013/2014

**“EL TRANSPORTE DE
MERCANCÍAS POR MAR Y SUS
AVATARES LEGALES”**

EL BUQUE “POBRE MITROFÁN”

Autora: Fátima Muiños Celorio

Tutor: José Luis García-Pita y Lastres

A fecha 17 de Junio

ÍNDICE

- CONSIDERACIONES JURÍDICAS (página 1)

- INTRODUCCIÓN (página 4)

1. INFORME SOBRE LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS
EN EL PROCESO DE INTERCEPTACIÓN DEL BUQUE “POBRE MITROFÁN”
(página 5)

1.1 COMPETENCIA JURISDICCIONAL (página 5)

1.2. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS
(página 7)

2. INFORME SOBRE LAS SOLICITUDES DE ASILO CON RESPECTO A LOS
MIGRANTES A BORDO DEL BUQUE “POBRE MITROFÁN” (página 13)

2.1. EL DERECHO DE ASILO (página 14)

2.2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO DE ASILO
(página 16)

2.3. EL DERECHO DE ASILO COMO PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DENTRO DEL ÁMBITO COMUNITARIO (página 17)

2.4. EL DERECHO DE ASILO COMO PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DENTRO DEL ÁMBITO EXTRACOMUNITARIO (página 21)

2.4.1. BURKINA FASO (página 23)

2.4.2. FILIPINAS Y PERÚ (página 27)

3. INFORME SOBRE LOS ASPECTOS RELATIVOS A LA SOLICITUD DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL ACTA DE INFRACCIONES LABORALES (página 29)

3.1. PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (página 29)

3.1.1. SOLICITUD DE PRESTACIÓN FAMILIAR POR HIJOS MENORES DE EDAD (página 31)

3.1.2. SOLICITUD DE PRESTACIÓN POR DESEMPLEO (página 33)

3.2. ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA RELATIVA A LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LAS PARTES IMPLICADAS (página 35)

3.2.1. OPCIÓN A: EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL (página 36)

-ACTA DE INFRACCIONES LABORALES (página 38)

3.2.2. OPCIÓN B: INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL (página 42)

4. INFORME SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES CON RESPECTO AL BUQUE “POBRE MITROFÁN” (página 45)

4.1. CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DEL BUQUE (página 45)

4.1.1. CONTRATO DE FLETAMENTO (página 45)

4.1.2. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO (página 47)

4.2. CONTRATO DE CARGA Y DESCARGA (página 50)

4.3. CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO (página 50)

ANEXO I (página 53)

ANEXO II (página 58)

ANEXO III (página 66)

ANEXO IV (página 68)

5. INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD CORRESPONDIENTE AL ADMINISTRADOR DE LA EMPRESA “CONSERVAS Y CONGELADOS SOUSA-HOLSTEIN S.A.” (página 71)

5.1. RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN (página 71)

5.1.1. CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA FIGURA DEL SR. SILVESTRE HOLMS COMO SENADOR DE LAS CORTES GENERALES DEL REINO DE ESPAÑA (página 72)

5.2. RESPONSABILIDAD DEL CAPITÁ O PATRÓN DE BUQUE (página 74)

5.3. HECHOS ILÍCITOS (página 75)

5.3.1. EL CONTRABANDO DE TABACO (página 75)

5.3.2. EL TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS (página 77)

- CONCLUSIONES (página 81)

- BIBLIOGRAFÍA (página 84)

- NORMATIVA APLICABLE (página 86)

- JURISPRUDENCIA (página 88)

- RECURSOS INFORMÁTICOS (página 89)

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Es emitido por la Letrada Fátima Muiños Celorio, informe jurídico relativo a las consecuencias que se desprenden de diversos hechos punibles en base al siguiente

OBJETO

El propósito del presente informe tratará de precisar las consecuencias jurídicas, más concretamente en cuanto al régimen internacional, penal, y marítimo procedentes de la evaluación de cuestiones relativas a los hechos acontecidos en la costa española desde el día 30 de Diciembre del 2013 hasta el día 3 de Enero del 2014.

Sobre la base de la documentación examinada se deducen los siguientes

ANTECEDENTE DE HECHO

- I. El día 30 de Diciembre de 2013 es interceptado por las patrulleras de la Guardia Civil el buque “Pobre Mitrofán”, con pabellón español, a 50 millas de la costa gallega. El buque viene de Mauritania con un cargamento perteneciente a una empresa de conservas y congelados denominada “Sousa-Holstein S.A”. Las patrulleras actúan en base a la sospecha de que dicha embarcación lleva a cabo actividades de contrabando.

- II. Al realizar la inspección del buque las autoridades encuentran 2.000 cajetillas de tabaco y detienen a los miembros de la tripulación, entre los cuales hay seis españoles, cuatro daneses, cuatro nacionales de Burkina Faso, dos peruanos y dos filipinos. Todos ellos se encuentran sin contrato y, salvo en el caso de la tripulación de nacionalidad española, la única

declaración o documentación por la que podemos verificar la identidad y procedencia del resto de los tripulantes es su propia declaración verbal.

- III. El buque llega al puerto de Burela, Lugo, donde los tripulantes de nacionalidad española son puestos a disposición de la autoridad judicial. El resto de los tripulantes son entregados a la Policía.
- IV. Los tripulantes extranjeros presentan solicitud de asilo en cuanto llegan a España. Alegan haber sido víctimas de una trama de tráfico ilícito de migrantes.
- V. Dos de los nacionales de Burkina Faso, la Sra. Amina y el Sr. Thomas, declaran estar casados y vivir en Ugadudú (Burkina Faso). Además, los dos nacionales de Burkina Faso restantes son sus hijas, Laina y Alima, ambas menores de edad. La familia declara que huye de su país por temor a que sus hijas sufran la mutilación genital realizada en su pueblo natal. Por ello solicitan asilo, una prestación familiar de seguridad social por hijos menores de edad y la prestación por desempleo.
- VI. Por otro lado, el Sr. Gutiérrez, patrón del barco y nacional español, niega la existencia de un comercio ilegal con respecto al tabaco hallado en el buque, alegando que probablemente fuesen los tripulantes quienes hubiesen introducido las cajetillas en la embarcación sin su consentimiento. Además, rechaza las acusaciones sobre tráfico ilegal de migrantes alegando que todos ellos formaban parte de la tripulación del barco desempeñando diversas labores a bordo.
- VII. Con fecha 3 de Enero de 2014, el juez de instrucción ordena la detención de Sr. Silvestre-Holmes, de nacionalidad española, con domicilio social en Lalín, Senador de las Cortes Generales del Reino de España y administrador de la empresa “Conservas y Congelados Sousa-Holstein S.A” Asimismo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levanta un acta por infracciones laborales.

A la vista de los acontecimientos expuestos anteriormente, la Letrada analizará cada uno de los puntos examinando las consecuencias jurídicas que de ellos se desprenden, aludiendo a los responsables y sancionando los actos contrarios a la ley. Por todo ello procedo a detallar las siguientes consideraciones jurídicas.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del estudio que realizaremos sobre las circunstancias que afectan al buque “Pobre Mitrofán” y a los sujetos relacionados con el mismo, nos sumergiremos en el campo del Derecho Marítimo y, de un modo más concreto, en el ámbito del transporte de mercancías a nivel internacional. En definitiva, abordaremos cuestiones relativas al uso del buque como elemento principal dentro de una actividad comercial y que, al mismo tiempo, será objeto de una controversia protagonizada por el desarrollo de una serie de ilícitos que contravendrán la normativa vigente tanto a diferentes niveles.

Dentro del margen de la exposición centraremos nuestro estudio en una serie de informes mediante los que indagaremos en las particularidades del caso. Comenzaremos situando los acontecimientos, tanto geográficamente como judicialmente, es decir, será importante saber donde transcurren los hechos y quiénes son los responsables para así conocer a que jurisdicción corresponderá su tratamiento. Por otra parte, proseguiremos nuestra investigación analizando los órganos que intervienen en el proceso de interceptación del buque y examinaremos la manera en la los mismos deben proceder. Con posterioridad, centraremos el estudio en aquellos aspectos relativos a los derechos de los extranjeros en España y en la protección ofrecida a las personas que precisen ayuda humanitaria así como los requisitos para ser beneficiario de la misma y el procedimiento administrativo por el cual se otorga o deniega esta ayuda. En tercer lugar expondremos las consecuencias del transporte de extranjeros, cuenten o no con un contrato de trabajo, y las repercusiones legales derivadas de dicha actividad. Para terminar, enumeraremos los contratos de carácter mercantil que pudiesen haber sido perfeccionados en virtud de las relaciones comerciales desarrolladas entre la empresa naviera, la empresa dedicada a la comercialización de productos en el extranjero y los colaboradores de ambas a bordo de la embarcación. Finalmente, desarrollaremos un informe por el cual se determine la responsabilidad y las consecuencias de la misma en cuanto a los ilícitos cometidos a bordo. Para ello nos remitiremos a la legislación mercantil, tanto en lo relativo a las características de las sociedades de capital en el ámbito nacional como al comercio y transporte de mercancías por mar con carácter internacional y, a la legislación penal.

Tras exponer la idea según la cual desarrollaremos este estudio y, sin más dilación, procederemos a la redacción de los informes requeridos.

1. INFORME SOBRE LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS EN EL PROCESO DE INTERCEPTACIÓN DEL BUQUE “POBRE MITROFÁN”

En lo que respecta a este primer epígrafe, nos planteamos diferentes cuestiones. Primeramente, no podremos analizar la actividad de las autoridades españolas sin saber si el Estado tiene competencia para interceptar el buque, por lo que antes de profundizar en el protocolo que deben seguir los organismos estatales, abordaremos el tema de la competencia jurisdiccional, es decir, determinaremos si es España el país que debe ocuparse de este caso en concreto y en función de la posición geográfica del navío y sus circunstancias frente al derecho nacional.

Desde este punto de vista será pertinente definir el buque como elemento de derecho y, por otro lado, para conocer el tratamiento que deben ofrecer las autoridades y organismos estatales a dicha embarcación, vamos a estudiar la idea de buque desde un punto de vista más técnico entendiendo como tal aquella creación flotante que, cumpliendo una serie de normas industriales, tecnológicas y navales, lleva a cabo la navegación siendo destinada a una función marítima.

En definitiva, por un lado trataremos la competencia española sobre el caso que estamos analizando y, por otra parte, desarrollaremos la legislación aplicable al protocolo de actuación que deben cumplir los organismos estatales.

1.1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Como decía, la primera cuestión que se me plantea antes de comenzar el análisis del supuesto es la relativa a la jurisdicción competente. Se trata de un buque situado a 50 millas de la costa gallega, circunstancia que coloca a la embarcación en un punto geográfico conflictivo a la hora de determinar los límites en cuanto a la soberanía del Estado ribereño.

Basándonos en la información aportada, situaremos el buque “Pobre Mitrofán” en la Zona Económica Exclusiva¹ del Estado español. Podemos definir este espacio como aquel situado “entre la línea exterior del mar territorial español hasta una distancia de doscientas millas náuticas contadas a partir de las líneas de base”². Dicho esto, para conocer los límites de los espacios marinos recurriremos a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. Esta norma establece las condiciones y la normativa aplicable a los Estados parte en cuanto a los espacios marinos para así dar solución a las diferentes controversias territoriales. En primer lugar se refiere a este espacio como el área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste. España según esta norma, cuenta con derechos de soberanía³ con respecto a fines de “*exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales*”. Asimismo, cuenta con poder jurisdiccional en cuanto al “*establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica y la protección y preservación del medio*”. Si continuamos leyendo el artículo 73 de la misma, comprobaremos que según lo establecido, el Estado ribereño tendrá la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir sus leyes y

1. Ley 15/1978 sobre la Zona Económica Exclusiva, art. 1.

2. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA y JOSÉ MARÍA RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación, marítima*, cit., pag. 80 y MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2013, pag. 237

3. Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, art. 73.

reglamentos nacionales pudiendo llegar al ejercicio del derecho de visita, inspección, apresamiento e iniciación de procedimientos judiciales.

Por otra parte y remitiéndonos al derecho interno, la Ley Orgánica del Poder Judicial expone cuáles serán los casos, dentro del orden penal, en los que España tiene jurisdicción. En virtud de la misma, España será competente cuando se trate de delitos realizados en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, ya que estos últimos se consideran parte del territorio nacional¹. Del mismo modo, en esta norma observaremos que los Tribunales españoles conocerán de los delitos cometidos por personas que ostenten dicha nacionalidad aunque el hecho ilícito se desarrollase fuera del territorio español.

Por si lo anterior no fuese suficiente argumento en favor de la jurisdicción española, la Ley Orgánica del Poder Judicial enumera los ilícitos en los que debe intervenir la autoridad española cuando los responsables ostenten tal nacionalidad. Entre ellos se encuentran los delitos relativos al tráfico ilegal o a la inmigración clandestina de personas o aquellos que son perseguidos por el derecho interno de nuestro país como consecuencia de formar parte de diferentes tratados o convenios internacionales.

Al margen de la normativa concreta, debemos tener en cuenta los principios² que rigen el derecho de la navegación a nivel internacional. Con respecto a los buques y aeronaves, regirá el principio de matrícula o pabellón³, el cual significa que el Estado español cuenta con un sistema de registro para buques por el que se le otorga nacionalidad⁴ a la embarcación mediante el abanderamiento. Esta nacionalidad, en definitiva, constituye la base legal sobre la que se fundamentan las cuestiones de competencia del Estado de pabellón. Es una técnica que sirve para asignar al buque un estatuto legal que lo vincule a un Estado, constituyendo sobre la embarcación una serie de obligaciones y derechos. La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante dispone, en su artículo 73, que el buque que enarbole pabellón español tiene nacionalidad española y, por consiguiente, estará sujeto a la ley nacional en materia penal y será competencia de los Tribunales españoles. Tratándose de ilícitos penales, el Estado también se rige por el principio que establece que España tendrá potestad para intervenir en la protección de los bienes jurídicos que afecten a su soberanía como puede ser el tráfico ilegal de personas o el contrabando de material no declarado. Se trata del denominado principio real o de protección de intereses. En este caso y, teniendo en cuenta que estamos ante un supuesto delito de contrabando y tráfico ilegal de personas, existe una relación clara con el Estado, vinculada a una conexión entre los intereses nacionales y el objeto de la causa.

Como vemos, la competencia no viene determinada por la situación, sino por la existencia de un buque con pabellón nacional y la realización de la actividad punible por

1. Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 232.

2. Sentencia 582/2007, de 21 de Junio: Esta sentencia esuelve un recurso de casación que plantea el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de gran Canaria que declaraba la falta de jurisdicción española. En éste caso se trataba de una embarcación hallada a 55 millas de la costa de Gran Canaria que transportaba inmigrantes de origen subsahariano

3. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA Y JOSÉ MARÍA RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pag. 221, "Nacionalidad del buque".

4. Sentencia T.S.J Galicia 636/2013, de 18 de septiembre: "Todo Estado ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque."

parte de sujetos de nacionalidad española. En el caso que nos atañe podemos ver que, además de tratarse de una empresa gallega, el patrón y el administrador social de la empresa, quienes presuntamente han estado a cargo de la embarcación a lo largo del desarrollo de los acontecimientos, siendo de algún modo responsables, cuentan con nacionalidad española.

Por otra parte, la Constitución española¹ identifica como competencia exclusiva del Estado, aquellas materias relacionada con la marina mercante así como aquellas enfocadas a la inmigración.

Concurren de este modo una serie de circunstancias que posibilitan la adopción de medidas por parte del Estado español mediante la aplicación de su derecho interno y aquellas disposiciones internacionales de las que es parte. En definitiva, queda patente que las autoridades españolas tendrían competencia para intervenir el buque y poner a disposición de los organismos españoles el conocimiento del caso para llevar a cabo los trámites pertinentes.

1.2 PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS.

Una vez determinada la competencia del Estado vamos a analizar la actuación de las autoridades con respecto al buque. En un primer momento, serán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los que interceptan el buque mediante las patrulleras de la Guardia Civil.

El buque en cuestión, está inscrito en el registro español y enarbola la bandera del Estado, por lo tanto forma parte de la flota civil española y de la Marina Mercante, siendo así objeto de regulación por parte de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. La marina ordena la actividad de los buques que desarrollan labores de naturaleza mercantil y establece las normas de carácter administrativo dirigidas a la tutela de los intereses públicos mediante la implantación de un cuerpo formado por la policía administrativa de la navegación.

Con respecto a la actuación de las patrulleras y según lo establecido en la Constitución española de 1978, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dirigen su actividad hacia la protección del libre ejercicio de derechos y libertades así como a garantizar la seguridad ciudadana. El artículo 104 dispone que se especificaran mediante ley orgánica las funciones, los principios básicos de actuación y el estatuto de éste organismo.

Según la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, las funciones² que serán competencia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad son el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de la comisión de actos delictivos, la investigación de los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables y la elaboración de informes técnicos y periciales entre otras. En la distribución de las mismas, le corresponderá al Cuerpo Nacional de Policía las realizadas en las capitales de provincia y en los términos municipales establecidos en la legislación de protección civil y, al Cuerpo de la Guardia Civil las funciones que incumban al resto del territorio nacional y al mar territorial.

1. Constitución española de 1978, art. 149, párrafos 2º y 20º sobre las competencias exclusivas del Estado.

2. Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, art. 11 sobre las funciones de la Guardia Civil.

En esta norma se especifica también, que la Guardia Civil podrá investigar los casos situados en cualquier punto del territorio nacional en lo relativo al desempeño de sus funciones propias. A este respecto y teniendo en cuenta que un buque con pabellón español es considerado territorio del Estado, cabría dicha intervención por parte de la Guardia Civil.

En el artículo 12 de la ley, se adjudican las competencias de una manera más concreta, correspondiéndole a la Guardia Civil las actividades encaminadas al resguardo fiscal del Estado, las actuaciones dirigidas a evitar y perseguir el contrabando, la vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas y también la custodia de las vías de comunicación terrestres, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran. Estas son las funciones que me interesan en relación con el caso que analizamos ya que la ley incluye otras en las que no nos vamos a parar.

La ordenación estatal de la navegación incluye un apartado relativo a la potestad administrativa del Estado para la ejecución de la inspección sobre los buques que forman parte de la flota civil. Volviendo a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, España y el resto de Estados parte, tendrán la obligación de trabajar en favor de la creación y el buen funcionamiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz con la finalidad de garantizar la seguridad marítima. Las medidas adoptadas para desarrollar actividades marítimas relativas a cualquier tipo de embarcación, deberán ser ejecutadas por buques o aeronaves que ostenten signos¹ claros e identificables de los cuales se pueda deducir su pertenencia al gobierno del país en cuestión. Asimismo, deberán cooperar con el resto de los países mediante acuerdos para la aplicación óptima de sistemas de salvamento y control. Si complementamos estas disposiciones con el Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo, también denominado Convenio SAR, nos encontramos con una amplia regulación que perfecciona la actuación de las autoridades españolas frente a este tipo de situaciones. El objetivo de éste convenio es brindar socorro a aquellas personas que se encuentren en el mar y que estén en peligro mediante el establecimiento de operaciones de rescate, prestación de primeros auxilios médicos y su traslado a un lugar seguro. En cada país existirán los llamados Centros de Coordinación de Salvamento que asumirán la función de punto de contacto entre los buques y las autoridades nacionales con el objetivo de coordinar las funciones relativas a cada sector.

Dentro de la estructura administrativa de la navegación marítima española, se ha creado la “Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima” o SASEMAR¹.

Esta entidad de Derecho Público depende del Ministerio de Fomento, el cual fijará las directrices de actuación del mismo. Está dotada de personalidad jurídica y cuenta con plena capacidad de obra, lo cual le permite actuar frente a terceros conforme al ordenamiento jurídico privado. El objeto del SASEMAR según lo expuesto en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, es la prestación de auxilio y salvamento de la vida humana en el mar mediante el desempeño de sistemas de búsqueda y control. También trabaja contra la contaminación del medio marino, realiza el seguimiento del tráfico marítimo y asegura la navegación, el remolque o la asistencia de los buques.

1. Sentencia 343/2007, de 20 de abril, (RJ 2007/3594), sobre la actividad de interceptación del buque.

2. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA y JOSÉ MARÍA RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación, marítima*, cit., pag. 107

El SASEMAR podría calificarse como el órgano vinculado a la Guardia Civil destinado a las intervenciones en el mar. En éste sentido, es de gran relevancia para nuestro análisis porque dicha intervención corresponde al Servicio Marítimo de la Guardia Civil y por tanto, a las patrulleras de éste cuerpo. Este cuerpo está regulado por el Real Decreto 246/1991 de 22 de Febrero, el cual nos remite directamente a la Ley de represión del contrabando y a la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que ya hemos citado con anterioridad.

El “Pobre Mitrofán” es intervenido porque las autoridades españolas sospechan que a bordo del mismo se llevan a cabo actividades de contrabando. La Guardia Civil, mediante el servicio de salvamento marítimo detiene la embarcación. En este punto, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante explica, en su artículo 297, que como medida para garantizar la seguridad en la navegación, el Ministerio de Fomento a través de las Autoridades Portuarias y de las Capitanías Marítimas, cuenta con la capacidad para visitar, inspeccionar, apresar, iniciar procedimientos judiciales o adoptar las medidas oportunas en relación con los buques que vulneren o puedan vulnerar bienes jurídicos del Estado. Esto es, la ley otorga al Gobierno la potestad de impedir, restringir o condicionar la navegación a determinados buques para prevenir la realización de actividades ilícitas o para evitar el tráfico prohibido. El incumplimiento de las normas reglamentarias establecidas por el Gobierno constituye una infracción administrativa grave contra la ordenación del tráfico, la cual puede evitarse, por ejemplo, mediante mecanismos enfocados a la inspección de buques civiles. La ordenación administrativa cuenta con potestad para ejecutar medidas de este tipo con el objeto de hacer cumplir las leyes y al mismo tiempo, sancionar los actos delictivos.

Asimismo, el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo de 1979, citado anteriormente como el Convenio SAR, exige que los Estados parte garantizarán el auxilio a las personas que se hallen en peligro en el mar sin perjuicio de su nacionalidad, su condición jurídica o las circunstancias en las que se encuentren. En base a esta última idea, además de luchar contra el incumplimiento del derecho nacional, los órganos que intervengan un buque en estas circunstancias deberán tener velar por los derechos y la seguridad de las personas a bordo.

Con respecto a ello y, dentro del área de la inspección de buques nacionales, contamos con el Real Decreto 1837/2000 de 10 de Noviembre, que aprueba el reglamento de inspección y certificación de buques civiles.

Esta última disposición es aplicable a la flota civil española y define el concepto de actividad inspectora como toda aquella actividad de inspección, control, reconocimiento, aprobación, homologación y certificación relativa a los buques civiles españoles. Este proceso tiene la finalidad de comprobar que tanto el buque, como sus aparatos, elementos, materiales y equipos, así como su carga o tripulación, cumplen con la normativa nacional vigente en materia de seguridad marítima.

En éste punto y, tratándose de un buque español que como tal, se rige por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debemos advertir que las facultades propias de la administración se van a ver limitadas por el hecho de que dicha embarcación es considerada como un domicilio para sus tripulantes. La normativa procesal española establece que no se podrá entrar en el domicilio de ningún español o extranjero sin su consentimiento, a no ser que así lo exprese la ley. Asimismo, su artículo 554 explica que los buques nacionales mercantes serán considerados domicilio de sus tripulantes y, siendo así, la inspección del buque deberá llevarse a cabo según las normas que

garanticen su inviolabilidad. Según la Constitución española, el domicilio es inviolable y por tanto, ninguna entrada o registro será lícita sin el consentimiento del titular o sin la correspondiente resolución jurídica.

El personal de la Administración naval podrá acceder al buque siempre y cuando exista consentimiento, el cual se considerará otorgado con tal de que el responsable del buque no manifieste oposición. Si se invocase el derecho de inviolabilidad del domicilio desde un buque con pabellón español, sería necesario un auto judicial para tramitar la inspección. Según los principios que rigen la inspección de los buques civiles, los inspectores y subinspectores deberán llevar a cabo su actividad teniendo en cuenta el respeto y la consideración con los tripulantes, protegiendo así su derecho a la intimidad.

El procedimiento a seguir para la correcta realización de la inspección del buque, está estipulado en el Real Decreto 1837/2000. La actividad inspectora¹ de los buques civiles es una de las funciones de la Administración General del Estado. El órgano de ejecución de ésta es la Dirección General de la Marina Mercante, que realizará también las actividades destinadas a su supervisión. Más concretamente, serán las Capitanías Marítimas quienes ejecutarán y controlarán la función inspectora siempre y cuando se realice dentro de su ámbito territorial. El procedimiento se inicia de oficio o mediante la solicitud de la persona interesada. En el caso del buque gallego se iniciaría de oficio ya que, como se expone en el artículo 16 del Real Decreto, cabrá dicha iniciativa en los casos en que se pretenda ejecutar la inspección como medio de verificación del cumplimiento de la normativa sobre utilización del buque en navegación y en aquellos supuestos en los que se realice mediante resolución motivada de la Dirección General de la Marina mercante cuando ésta tenga conocimiento sobre hechos que pusieran en peligro la seguridad marítima.

Las inspecciones marítimas se llevan a cabo por funcionarios pertenecientes al Ministerio de Fomento, debidamente acreditados y con la titulación correspondiente al desempeño de su labor. A cada inspección se asignará un determinado inspector según el campo en el que esté especializado y todos ellos tendrán el rango de autoridad pública. En el caso del “Pobre Mitrofán”, la actividad inspectora se desarrollará en un buque mercante y el objeto de la inspección será su carga por tanto, según lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 1837/2000, el procedimiento será llevado a cabo por inspectores marítimos náuticos encargados del seguimiento y supervisión de los procedimientos y disposiciones operativas de los buques, así como de las actividades relacionadas con los contenidos recogidos en el artículo 6.3 y 6.4 del mismo real decreto, los cuales hacen referencia a la inspección en cuanto a la carga y en cuanto a la cualificación profesional de la tripulación.

Dentro del área de los servicios portuarios, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante establece en el apartado segundo de su artículo 125, que los inspectores y subinspectores estarán facultados para acceder, tras su identificación, y realizar las comprobaciones pertinentes dentro de los buques civiles con pabellón español.

El cuerpo de inspectores podrá recabar, si lo considera oportuno, la ayuda de las autoridades para la realización de su cometido. Es importante saber que, los informes, actas o certificados expedidos por el cuerpo de inspectores tienen valor probatorio en relación con los hechos que en ellos se plasmen.

1. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA y JOSÉ MARÍA RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación, marítima*, cit., pag. 238 sobre la inspección y certificación de buques.

Una vez validada la información recabada por los inspectores, y al tratarse en este caso de un buque que se encuentra en navegación, la documentación se trasladará a las autoridades del puerto al que vaya a arribar y siempre con anterioridad a la llegada a dicho puerto. Las autoridades españolas una vez conozcan las circunstancias del caso, darán comienzo a las investigaciones con el fin de determinar el alcance de las incidencias y adoptar las medidas oportunas para avalar la seguridad marítima.

Una vez finalizado, el informe de inspección refleja la existencia de 2000 cajetillas de tabaco y 18 tripulantes sin contrato de los cuales 12 son extranjeros y no llevan consigo ningún documento que pueda identificarlos.

Como hemos visto, es la Guardia Civil la que detiene el buque pero será el Servicio de Vigilancia Aduanera o SVA quien lleve a cabo la manipulación del material de contrabando. El SVA es un cuerpo de carácter policial que depende del departamento de aduanas y desarrolla su actividad, junto a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en favor de la lucha contra el contrabando, el blanqueo de capitales o el fraude fiscal. Este organismo participa de las operaciones relacionadas con los delitos tipificados en la Ley de Represión del Contrabando. En el artículo 13 de la misma se le otorga al SVA la potestad para intervenir ya que, son competentes para conocer de este tipo de infracciones los Órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Además, el artículo 14 dice que, incluso antes de ser iniciado el procedimiento sancionador, las autoridades y fuerzas que tengan conocimiento de conductas o hechos que puedan llegar a constituir una infracción administrativa de contrabando, procederán a la aprehensión cautelar de los bienes.

En la ley podemos ver que la realización del ilícito llevará consigo el comiso de las mercancías que constituyan el objeto del delito, lo que se traduce, en este caso, en la incautación de las 2.000 cajetillas de tabaco. Los bienes decomisados se adjudicarán al Estado y, aquellos bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Por otra parte, tratándose de un buque con tripulación ilegal que solicita asilo del Estado receptor, existen unas directrices con respecto a las personas rescatadas en el mar si es que no se encuentran en condiciones óptimas. Estas directrices están creadas para orientar a los gobiernos en cuanto a la responsabilidad de ofrecer un destino seguro a los afectados por una circunstancia como la que rodea al buque “Pobre Mitrofán”. El Gobierno contará con entidades administrativas en cada región para llevar a cabo las actividades destinadas a este tipo de desplazamientos. El lugar al cual serán dirigidos los afectados deberá caracterizarse por ser un espacio en el cual no corran peligro, donde puedan satisfacerse sus necesidades humanas básicas y en el que se concluyan los acuerdos referentes al destino de cada una de las personas. Las obligaciones que afectan al Gobierno de España como Estado parte del sistema internacional del salvamento marítimo regulado por la Organización Marítima Internacional, son establecidas por un comité especializado perteneciente a ésta última. Entre estos deberes se considera primordial que España cuente con Centros de Coordinación de Salvamento y que las autoridades nacionales y autonómicas cuenten con un sistema de cooperación eficaz en referencia a ellos.

Una vez llevan el buque hasta el puerto de Burela, la parte de la tripulación que no es española, es decir, los 12 extranjeros, son llevados ante la Policía. Los seis nacionales pasan directamente a disposición de la autoridad judicial.

La normativa aplicable a las circunstancias en las que se encuentren los extranjeros situados dentro de nuestro país, es la relativa a la Ley 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. En ésta regulación se exponen una serie de principios que rigen la actuación de todos los organismos estatales. Así es, por ejemplo, que el artículo 2.bis de la Ley de Extranjería nos recuerda que la competencia en materia de inmigración le corresponderá de forma exclusiva al Gobierno y hace referencia a que las Administraciones Públicas ejercerán su actividad mediante el respeto de una serie de principios que rigen la actuación para con los inmigrantes y los extranjeros. Entre estos principios destacaríamos la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas. A mayores, la Administración General del Estado tendrá el deber de cooperar con las Comunidades Autónomas y con los entes que formen parte de la Administración de las mismas, con el objeto de desarrollar los sistemas y medidas necesarias para ofrecer un trato correcto ante las circunstancias que lo requieran en materia de inmigración.

De cualquier manera, el desembarco de inmigrantes rescatados no es una cuestión fácilmente abordable aún cuando se establezcan todas las medidas requeridas en relación con los sistemas de salvamento establecidas por la legislación internacional en cooperación con la normativa nacional de los Estados pero este será un punto que trataremos en el siguiente apartado.

Para finalizar y desde la perspectiva de la información proporcionada, se desprenden una serie de conclusiones. En primer lugar, el Estado español tiene competencia para intervenir el buque a 50 millas de la costa gallega. En segundo lugar, los cuerpos de seguridad del Estado mediante la Guardia Civil y el Servicio de Salvamento Marítimo, son los responsables de interceptar la embarcación a raíz de la sospecha sobre la realización de actividades de contrabando. En tercer lugar, la Administración Marítima está capacitada para realizar la inspección con respecto a la carga y la tripulación del barco y, una vez confirme su sospecha mediante el informe del inspector, podrá incautar los bienes objeto de la infracción e iniciar un proceso judicial para investigar la situación de irregularidad en la que se encuentran los extranjeros, determinar quienes han sido los responsables y establecer las sanciones pertinentes.

2. INFORME SOBRE LAS SOLICITUDES DE ASILO CON RESPECTO A LOS MIGRANTES A BORDO DEL BUQUE “POBRE MITROFÁN”

Una vez efectuada la inspección, la Guardia a Civil pone la tripulación en manos de los organismos pertinentes. Los españoles son llevados directamente ante la autoridad judicial mientras que los extranjeros son trasladados hacia las instalaciones en las que se encuentra la Policía de frontera. Allí son entregados a las autoridades competentes y solicitan asilo al Estado español denunciando el haber sido víctimas de un delito de tráfico ilegal de personas.

El grupo de extranjeros está formado por doce sujetos entre los que podemos encontrar cuatro nacionales de Dinamarca, cuatro de Burkina Faso, dos de Filipinas y dos de Perú. Es importante destacar que, a excepción de los ciudadanos comunitarios, es decir, las personas procedentes de Dinamarca, el resto de los migrantes no cuentan con ningún tipo de documentación mediante la cual puedan acreditar su identidad o su nacionalidad. Toda la información correspondiente a los afectados con la que cuenta la administración española será la transmitida en las declaraciones verbales de cada uno de ellos. Tratándose de ciudadanos pertenecientes a diversos territorios, para realizar el análisis de las solicitudes de asilo tendremos que recurrir a varios regímenes legislativos. Debemos tener en cuenta en esta situación, además de la normativa nacional, el ámbito internacional y el europeo.

Dentro de nuestro Estado, la política de inmigración debe establecer ciertos límites. Aun considerando que el hecho de emigrar es un derecho y no una actividad delictiva, todo Estado cuenta con reglas relativas a la entrada, la circulación y la permanencia de los extranjeros dentro de sus fronteras. La actividad de los gobiernos suele estar enfocada hacia dos puntos, el primero sería el relativo al aspecto punitivo que estaría relacionado con la ejecución de la ley y, el segundo aspecto estaría relacionado con la protección de los derechos humanos. La primera gran diferencia que establece una limitación de derechos entre los extranjeros que llegan a nuestro país es la referente a la legalidad o ilegalidad de su situación. Esta circunstancia viene determinada por el requerimiento de ciertas formalidades con respecto a la entrada en el país, su documentación o su situación personal. En este caso estamos ante extranjeros indocumentados que solicitan asilo por parte del Estado español, por tanto estarán inmersos en un proceso de legalización de su situación, estando así ante un grupo de “migrantes irregulares” que además buscan la protección internacional en base a la vulneración de los derechos humanos en el territorio al cual pertenecen.

Durante el proceso de tramitación de las solicitudes, los afectados deberán permanecer en las instalaciones habilitadas en frontera para el alojamiento de los sujetos que pretendan acceder al territorio hasta que se defina su situación. Estos centros de internamiento no son de carácter penitenciario sino que únicamente restringen el derecho ambulatorio de los ciudadanos que allí se alojen y los internos tendrán el deber de mantenerse a disposición de la autoridad judicial. Estas instalaciones de internamiento tendrán la obligación de ofrecer servicios jurídicos, sociales, culturales y sanitarios al extranjero que lo precise.

Una vez aclarada la circunstancia del grupo de migrantes procederemos al estudio del derecho de asilo y analizaremos las diferentes solicitudes que presentan para así poder determinar su aceptación o denegación.

2.1 EL DERECHO DE ASILO

En un primer momento comenzaremos definiendo el concepto de asilo¹ y las cuestiones que se desprenden del mismo. Este derecho hace referencia a la protección de la que se beneficia aquella persona que, siendo víctima de persecuciones en el Estado en el cual reside, reclama la protección internacional de otro Estado. El derecho al asilo se ha creado como una facultad jurídica soberana para conceder refugio a individuos perseguidos. A nivel internacional, se ha consagrado como un principio por el cual se rigen todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, esto es, 193 de los 194 Estados reconocidos en el mundo reconocen el derecho de toda persona a solicitar protección internacional. Una vez reconocido tal derecho y consagrado el principio por el cual se regirán los Estados, la normativa internacional nos remite a la legislación nacional de cada Estado para así concretar los requisitos que deben cumplir los afectados por este tipo de circunstancias con respecto a la admisión de la solicitud de asilo. No existe, de este modo, un derecho de asilo en el ámbito internacional sino un principio de protección que debe regir la actuación de las naciones. Será cada uno de los Estados quienes, soberanamente, se responsabilizarán de conceder la solicitud caso por caso.

Es importante en este ámbito, hacer referencia al concepto de “refugiado²” como una noción íntimamente ligada al derecho de asilo y la distinción entre ambos puede llevarnos a confusión. La evolución legislativa ha reconfigurado la definición del derecho de asilo, incluyendo el otorgamiento de la condición de refugiado como requisito previo para ser beneficiario de dicha protección. Es decir, la admisión de la solicitud de asilo se fundamentará en la calificación de la persona como refugiado.

En este contexto, España se caracteriza por ser un país receptor de un gran número de inmigrantes. Actualmente, las entradas al territorio por vía marítima suponen un gran riesgo para la península ya que ésta cuenta con unas condiciones fronterizas particulares. Su posición geográfica, situada en el cuadrante suroccidental de Europa y con un perímetro fronterizo marítimo muy extenso, es uno de los accesos más recorridos.

Dentro de la legislación que regula el derecho de asilo, existen importantes textos legales tanto internacionales como nacionales. La preocupación por las situaciones que suponen, hoy en día, la protección internacional del individuo, comenzó tras la Primera Guerra Mundial cuando se creó la Sociedad de Naciones pero la legislación durante este periodo trataba de dar solución a circunstancias muy concretas sin aportar una perspectiva global del problema. El concepto de refugiado adquiere mayor importancia después de la Segunda Guerra Mundial, momento en el que se crea la Organización Internacional para los Refugiados (OIR) en el año 1946, que se convertirá en la actual ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados). Además, ha sido muy importante la inclusión del derecho de asilo en la Declaración Universal de los

1. ALBERTO PALOMAR OLMEDA-Coordinador, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2010, pag. 50 y MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, cit., pag 637

2. ALBERTO PALOMAR OLMEDA- Coordinador, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, cit., pag. 52

Derechos del Hombre¹, clasificando el derecho de asilo como un derecho fundamental, reconocido por los Estados parte.

De un modo más global, el texto más relevante a este respecto sería la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra y adoptada el 28 de Julio de 1951, del cual se desprende el instrumento jurídico más importante, esto es, el otorgamiento de la condición de refugiado. Se trata de una regulación enfocada exclusivamente al reconocimiento del derecho de asilo como derecho fundamental condicionado a este último otorgamiento. La convención establece un trato solidario con respecto a los países parte, reconociendo el carácter social y humanitario de esta circunstancia. Los preceptos que integran esta Convención tienen una validez universal porque, al tratarse de un Texto vinculado a las Naciones Unidas estamos hablando de un elemento ratificado por la gran mayoría de los Estados pertenecientes a la Comunidad Internacional.

El artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 expone la definición de refugiado pero para comprender el precepto al completo debemos hacer algunas aclaraciones.

El párrafo principal, por ejemplo, hace referencia a una serie de Arreglos, Convenciones y Protocolos constituidos en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial que trataban casos muy concretos referidos a individuos afectados por hechos acaecidos durante este conflicto.

Estos textos se redactan antes de la Convención y plasman la principal limitación con la que esta contaba en el momento de su entrada en vigor al tratarse de una regulación cuya intención era resolver un problema transitorio.

Para conocer el significado que se ha alcanzado mediante el desarrollo de la noción de refugiado, debemos referirnos al apartado segundo del artículo 1 que dice lo siguiente:

“El término refugiado se aplicará a toda persona: [...] que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.”

La definición expuesta en el párrafo anterior servirá para determinar, dentro del Derecho español, quien será beneficiario del derecho de asilo porque, como ya dijimos, la legislación internacional cede a los Estados soberanos la regulación de este derecho, los cuales han ido incluyéndola en sus textos constitucionales otorgándole así un rango

1. Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 14: *“En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”*

superior. La Convención de Ginebra no define el derecho de asilo, se limita a especificar lo relativo al concepto de refugiado porque presupone que en la regulación nacional de cada Estado se podrá observar el criterio según se admite o no la solicitud del afectado y las consecuencias que supondrá su admisión.

En conclusión, existe un derecho otorgado por la comunidad internacional y reconocido por cada Estado que está condicionado a la calificación como refugiado.

2.2 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO DE ASILO

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, para conocer la regulación sobre el derecho de asilo debemos remitirnos al estatuto jurídico que ostenta el extranjero con respecto a nuestro Derecho interno.

La Constitución española¹, incluye dicho concepto entre sus primeros treinta artículos, otorgándole así el rango de derecho fundamental. Por otra parte, contamos con una extensa legislación nacional en materia de extranjería. Para empezar, debemos recurrir a la Ley 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que recoge los preceptos reguladores de la condición del extranjero en España y tampoco podemos olvidar la Ley 12/2009, de 30 de Octubre, sobre el derecho de asilo y la protección subsidiaria². El artículo 2 de la Ley 12/2009 define el derecho de asilo y, el artículo 3 de la misma explica las circunstancias en las que se otorgará la condición de refugiado, lo cual creo pertinente incluir en nuestro análisis para comprender la perspectiva ofrecida por nuestro derecho interno. Ambos artículos exponen:

“El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”,

“La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.”

A mayores, el Código Civil, al igual que nuestra norma suprema, refleja la igualdad entre españoles y extranjeros².

1. Constitución española, art. 13.4: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

2. ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Tomo I, cit., pag. 72, sobre la Ley 12/2009

3. Código Civil, art. 27: “Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados.”

Debemos advertir que este tipo de contenidos implican un tratamiento específico del derecho de asilo que en la práctica no es tan tajante. Aún incluyendo el derecho de asilo como protección otorgada a toda persona que se encuentre en situación de necesidad, esta protección está condicionada a una serie de requisitos ya que cada Estado tiene la función¹ de definir la categoría de inmigrante al que le permitirá establecerse en el territorio. En el caso de España, se requerirán diferentes autorizaciones administrativas, ya sea un visado o un permiso de residencia o trabajo. De todo ello podemos deducir que España reconoce los derechos más básicos y relativos a la libertad, dignidad e integridad del ser humano, a toda persona, ya sea nacional o extranjera. Lo que ocurre es que el propio legislador condiciona este reconocimiento al cumplimiento de una serie de requisitos que integrará en la normativa específica.

Como podemos observar, en lo referente al derecho de asilo y en lo que respecta al territorio español, la legislación concede al ciudadano extranjero un derecho a “solicitar” dicha protección, esto es, otorga la capacidad de ser beneficiario de la misma si se cumpliesen las condiciones expuestas en la legislación nacional. En este punto cabe indicar que los solicitantes de asilo ostentarán una posición especial frente al régimen de entrada al territorio nacional.

2.3. EL DERECHO DE ASILO COMO PROTECCIÓN INTERNACIONAL DENTRO DEL ÁMBITO COMUNITARIO

Estamos ante un grupo de extranjeros de los cuales cuatro son procedentes de Dinamarca, es decir, de un Estado miembro de la Unión Europea, circunstancia que pueden acreditar mediante el documento de identidad. Este aspecto será determinante porque a la luz de las solicitudes de asilo presentadas vamos a dividir el grupo de migrantes según los regímenes establecidos por el derecho nacional. Trataremos por una parte a los extranjeros o ciudadanos de terceros países y por otra, a los ciudadanos comunitarios¹ o miembros de la Unión Europea.

La Ley 4/2000 explica la distinción entre los ciudadanos extranjeros y los ciudadanos comunitarios a través de su artículo 1:

“Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.

Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.

3.Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”

Así es que será de aplicación a los ciudadanos comunitarios la legislación europea en materia de asilo, diferente a la legislación aplicable a los no comunitarios. Esta distinción se establece como consecuencia de un proceso de integración europea² con respecto a los Estados miembros, iniciado en el año 1992 con la creación del Tratado de

1. EDUARDO ORTEGA MARTIN, *Manual Práctico de Derecho de Extranjería*, Europea de Derecho-Editorial Jurídica, Madrid, 2003, pag. 25, “Ciudadanía de la Unión”.

2. ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Tomo I, cit., pag. 114, sobre el proceso de integración europea.

Maastricht, el cual incluye la materia referente a la política de asilo dentro del denominado “tercer pilar comunitario”. En un primer momento, la Unión Europea comenzó recurriendo a instrumentos de carácter extracomunitario -como pueden ser los tratados o convenios- para tratar el cruce de fronteras, pero se dieron cuenta de que, en lo relativo a su territorio podían ejercer su soberanía. De este modo diferenciaron entre la normativa aplicable al cruce de fronteras interiores y la aplicable al cruce de fronteras exteriores. La necesidad de tratar de forma conjunta los flujos migratorios relativos a su territorio, inicia un proceso de integración cuyo objetivo será el establecimiento de mecanismos comunes para el control de dicha circunstancia. Se crea de este modo el “espacio de libertad, seguridad y justicia” incluido en el Capítulo V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La posición de España como Estado parte de la Unión Europea nos sitúa dentro del conglomerado de países que ratificaron el Acuerdo Schengen de 14 de Junio de 1985, al que nos unimos en el año 1990 mediante el Convenio de adhesión del reino de España al Acuerdo de Schengen. Dicha adhesión incluye a nuestro país, junto al resto de los países parte del Acuerdo, en el denominado “espacio europeo de libre circulación”. Este espacio abarcaría el territorio correspondiente a todos los Estados miembros y en virtud del Acuerdo se establece la eliminación de fronteras interiores entre los mismos, imponiendo así una única frontera exterior.

Para comprender esta situación recurriremos a la regulación común a todos los Estados europeos porque será ahí donde encontraremos el significado de diferentes conceptos como pueden ser el de “ciudadanía comunitaria”, “frontera interior” o “frontera exterior”. Sobre la base del artículo 17 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea que introduce el concepto de “ciudadanía comunitaria”, el cual abarcará a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro, se reconocen una serie de derechos comunes a los nacionales de la Unión Europea. El Acuerdo Schengen otorga a cada uno de estos ciudadanos comunitarios, el derecho a circular libremente¹ dentro del territorio de la Unión, delimitando de este modo el “espacio de libertad, seguridad y justicia”.

Este territorio libre de fronteras está regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su Título V. El artículo 67 del mismo expone que:

“La Unión Europea garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equivalente respecto de los nacionales de los terceros países”

A partir del artículo 77, el Tratado de Funcionamiento desarrolla “la política sobre los controles en las fronteras, asilo e inmigración”. En éste apartado se garantiza la ausencia de controles para los sujetos que crucen fronteras interiores, dejando en manos del Consejo y el Parlamento Europeo lo concerniente a los sujetos que traspasen las fronteras exteriores.

1. EDUARDO ORTEGA MARTIN, *Manual Práctico de Derecho de Extranjería*, cit., pag 29 sobre el derecho a la libre circulación y residencia.

El artículo 78 del Tratado obliga a los miembros de la Unión a desarrollar una política común de asilo basada en el principio de la no devolución¹ y respetando la normativa establecida por la Convención de Ginebra del 51. Este precepto hace hincapié en la circunstancia por la cual los solicitantes de asilo realizarían dicha reclamación, esto es, aquellos que demanden asilo por parte del Estado español deberán ser personas en situación de peligro y que precisen como consecuencia de dicha situación, protección internacional. En base a la equiparación entre los conceptos de “asilo” y “refugio”, la normativa europea ha terminado situando el derecho de asilo como la consecuencia directa ante el otorgamiento de la condición de refugiado. Según lo convenido por las potencias europeas solo se podrá admitir el derecho de asilo si previamente se ha resuelto que el solicitante cumple con los requisitos necesarios para ser calificado como refugiado o si pretende adquirir tal calificación.

Ahora bien, después de explicar el tratamiento otorgado a los miembros de la Unión Europea y el proceso de integración que la misma ha llevado a cabo con respecto al espacio que abarcan sus Estados miembros, nos centraremos en la posición de Dinamarca frente a esta legislación comunitaria. Dinamarca se rige por el Protocolo nº 22 por el cual se establecen una serie de límites con respecto a su posición ante el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativo al “espacio de libertad, seguridad y justicia”. El artículo 2 del Protocolo dice que las disposiciones, medidas, convenios o decisiones tomadas en función del Título V del Tratado de Funcionamiento no serán de aplicación, en ningún caso, al Estado de Dinamarca. Según esto, Dinamarca no se rige por las mismas normas que el resto de Estados de la Unión Europea, sin embargo, el anexo del Protocolo nº 22 expone que esta podrá notificar al Presidente del Consejo su deseo de participar en la adopción y aplicación de las medidas propuestas en base a este Título V. En caso de que esta medida no pueda llevarse a cabo mediante la participación del Estado danés, el Consejo la adoptará sin vincularlo, es decir, tomará la decisión por unanimidad sin tener en cuenta al representante danés.

De todo ello deducimos que, en principio, el territorio danés no forma parte del “espacio de libertad, seguridad y justicia” pero, del mismo modo, forma parte de las Naciones Unidas y, por consiguiente, respeta lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que incluye el derecho de asilo. Dinamarca es uno de los Estados parte del Acuerdo Schengen por el cual se eliminan las fronteras interiores dentro de la Unión Europea pero no está vinculado al régimen de visados, asilo e inmigración planteado por el Tratado de Funcionamiento, por tanto los derechos y libertades de los que gozará Dinamarca con respecto a estas materias serán aquellos que tenía con anterioridad a la implantación de los mecanismos de integración europea. En conclusión, los ciudadanos comunitarios no serán tratados como parte de la ciudadanía europea a los efectos del Capítulo V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que recibirán el trato de extranjeros y se registrarán por la Ley 4/2000. Aparte de esta excepción, es importante destacar el artículo 7 del anexo relativo al Protocolo nº 22 porque ofrece un tratamiento diferente en cuanto a la recopilación de datos personales de los ciudadanos daneses. En este caso, solo vincularán a Dinamarca aquellas disposiciones que determinen la inspección personal del individuo en favor de la cooperación judicial o policial.

1. ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, cit., pag. 61, sobre el principio de no devolución en los ordenamientos internos y pag. 808 sobre el principio de no devolución o “non refoulement”.

En conclusión, los daneses serán tratados como ciudadanos extracomunitarios. La solicitud de asilo planteada, desde mi punto de vista, se regirá por lo establecido en la Ley 12/2009. Esta norma expone, en el apartado d) de su artículo 20 que:

“d) cuando la persona solicitante proceda de un tercer país seguro, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo y, en su caso con la lista que sea elaborada por la Unión Europea, donde, atendiendo a sus circunstancias particulares, reciba un trato en el que su vida, su integridad y su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política, se respete el principio de no devolución, así como la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, exista la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, a recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra; siempre que el solicitante sea readmitido en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país. Para la aplicación del concepto de tercer país seguro, también podrá requerirse la existencia de una relación entre el solicitante de asilo y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que el solicitante fuera a ese país.”

Para conocer las características que conforman un Estado “seguro” conviene destacar lo expuesto en la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de Diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Para determinar la seguridad de un Estado debemos observar la información ofrecida por el resto de Estados, ACNUR y las Instituciones y Organizaciones Internacionales. Asimismo, debemos tomar en consideración aspectos como su ordenamiento jurídico, la aplicación del Derecho o sus circunstancias políticas. Dinamarca cuenta con un sistema de gobierno moderno. Se rige por un sistema democrático en el cual interviene la función parlamentaria en la toma de decisiones. Además, la sociedad danesa se beneficia de uno de los mecanismos más desarrollados en cuanto a la implantación del estado de bienestar ya que, socialmente, los nacionales daneses cuentan con un gran desenvolvimiento en cuanto a garantías y ayudas sociales. Para que los daneses fuesen reconocidos como refugiados tendrían que alegar una de las causas determinadas por la definición de esta figura aportada por la Convención de Ginebra pero, sabiendo que el Estado garantiza a sus ciudadanos, una vida acorde a las sociedades más desarrolladas, resultan inverosímiles las causas por las que este grupo de ciudadanos solicitan tal ayuda humanitaria.

En definitiva y ante la falta de datos aportados que determinen la situación de este grupo de ciudadanos como refugiados, no cabrá admitir la solicitud por ellos planteada. El Ministerio del interior, deberá motivar tal negativa y deberá notificar la decisión a las personas interesadas en el plazo¹ máximo de cuatro días desde su presentación – artículo 21 de la Ley 12/2009-.

En la fase de inadmisibilidad a trámite, el objetivo de la administración nacional es expulsar de la vía de asilo aquellos supuestos infundados que obstaculicen el

1. Ley 12/2009, art. 21, sobre el plazo de cuatro días para notificar al solicitante de asilo la inadmisibilidad de la misma.

tratamiento de otras solicitudes que sí precisan protección internacional.

A lo largo del periodo de aceptación o denegación de la solicitud, el extranjero que, como en el caso de los ciudadanos daneses, cuente con la documentación apropiada para entrar en el territorio español, podrá hacerlo siempre y cuando las autoridades pertinentes le entreguen un comprobante de la solicitud en trámite, debidamente sellado y unido a la documentación aportada por el ciudadano. Este comprobando permite que el extranjero permanezca en España por un periodo de tiempo determinado.

El proceso para determinar la inadmisibilidad de esta solicitud¹ corresponderá a la Oficina de Asilo y Refugio que, a través del Director General, propondrá ante el Ministro del Interior la causa por la cual esta solicitud debería ser denegada. Del mismo modo deberá notificarse, sobre la propuesta presentada, al representante de ACNUR en España. Si el Ministro del Interior está de acuerdo con la propuesta deberá informar al interesado o, en caso de silencio administrativo, la solicitud se entenderá como inadmitida. Ante la resolución que considere inadmitida la solicitud, el interesado podrá presentar una petición de reexamen en el plazo de 24 horas que será resuelto en los dos días siguientes. La inadmisión a trámite y, por consiguiente, la denegación de asilo, tendrán como consecuencia el retorno, la devolución, la expulsión o la salida obligatoria, a no ser que el solicitante posea los requisitos establecidos en la Ley de Extranjería para realizar la entrada, como es el caso de los ciudadanos daneses. Al contr con un documento acreditativo de su identidad, podrán establecerse durante un tiempo limitado dentro de las fronteras de nuestro país.

2.4. EL DERECHO DE ASILO COMO PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO EXTRACOMUNITARIO.

Una vez analizado el caso de los ciudadanos daneses profundizaremos en el análisis de las solicitudes de asilo propuestas por los ciudadanos extracomunitarios. Este grupo de extranjeros está formado por cuatro nacionales de Burkina Faso, dos nacionales de Perú y otros dos de Filipinas. La legislación a tener en cuenta en éste caso será la relativa a la condición de refugiado a nivel internacional y a la tramitación de asilo a nivel nacional.

Los extranjeros no comunitarios serán sometidos a una comprobación en frontera, más detallada con respecto a los nacionales comunitarios. Esta comprobación incluirá la información otorgada por el Sistema de Información sobre Visados, el cual determinará, basándonos en el Reglamento 539/2009 que indica la enumeración de Estados a cuyos ciudadanos se les exigirá visado para acceder a la Unión Europea. En el caso de los sujetos procedentes de Burkina Faso, Perú y Filipinas, sería necesario presentar un visado que les permita acceder al territorio si no fuesen, además de extranjeros, solicitantes de asilo, ya que esta categoría ofrece un trato diferente² a los mismos, sin tener en cuenta que se trata de extranjeros extracomunitarios. Además de presentar en frontera el documento pertinente que acredite su nacionalidad e identidad, los extranjeros tendrán obligación de explicar el objetivo de su estancia en el país receptor, dar a conocer su situación económica y contar con liquidez para subsistir en el o contar

1 . EDUARDO ORTEGA MARTIN, *Manual Práctico de Derecho de Extranjería*, cit., pag 529, sobre la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo.

2. Reglamento (CE) n1 562/2006 por el que se establece el Código de Fronteras Schengen, art. 1, sobre las leyes en cuanto al cruce de fronteras exteriores. Este artículo especifica que los “derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución” no ser verán afectados por dicha normativa.

con la capacidad de trabajar y cobrar un salario que cubra sus necesidades.

El reconocimiento de la solicitud de asilo supone un procedimiento específico¹ establecido en la Ley 12/2009. Será el Título II de la misma, el encargado de especificar las reglas para el reconocimiento de la protección internacional.

En primer lugar, los trámites han de iniciarse a instancia de parte, lo que quiere decir que el extranjero deberá solicitarlo expresamente mediante su declaración. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados recibirá aviso sobre todas las solicitudes en un plazo de 24 horas y ésta se formalizará mediante una entrevista y un cuestionario que debe ser cumplimentado y firmado.

Los establecimientos ante los cuales se puede presentar la solicitud incluyen la Oficina de Asilo y Refugio, los puestos fronterizos de entrada al territorio, los Centros de Internamiento de extranjeros, las Comisarías provinciales o de distrito señaladas por el Ministerio del Interior así como las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

Junto a la presentación del formulario, las autoridades exigirán la entrega del pasaporte o título de viaje junto con los documentos necesarios para acreditar la identidad y la nacionalidad del afectado. Si no se pueden aportar, como es nuestro caso, el solicitante deberá justificar la causa por la cual no cuenta con dicha documentación.

En este punto es conveniente hacer referencia a la circunstancia que envuelve a los extranjeros que dicen pertenecer a Burkina Faso. Estas cuatro personas forman una familia constituida por un matrimonio entre un hombre y una mujer y sus dos hijas menores de edad. Es importante que en el momento de la presentación el solicitante designe a las personas que dependen de él o que formen su núcleo familiar, de modo que pueda así solicitar el asilo por extensión cuando dichas personas se hallen, al igual que él, en territorio español.

Será también, en este momento, cuando comiencen a desplegarse los efectos de la presentación de la solicitud. Los extranjeros no podrán ser devueltos al país del que provienen según el principio de no devolución al que se atienen hasta que su solicitud sea resuelta. La carga de la prueba corresponderá al interesado, quien deberá constatar la existencia de indicios suficientes para comprobar que está siendo víctima de la persecución requerida en la definición que establece la ley sobre el asilo y el refugio.

Aunque el procedimiento de solicitud es único se pueden diferenciar tres fases sucesivas tras la presentación de la solicitud de asilo: la fase de admisibilidad, la fase de instrucción y la fase decisoria.

En un primer momento, como ya hemos visto en el supuesto referente a los ciudadanos daneses, los trámites están dirigidos a la admisión o denegación de la solicitud. El objetivo del examen de admisibilidad a trámite es encontrar el fundamento por el cual debe ser tramitada la solicitud de asilo, es decir, determinar si los interesados aportan las pruebas suficientes para demostrar la existencia de indicios que justifiquen la necesidad de dicha protección internacional. Esta fase puede presentarse mediante diversas modalidades, es decir, el procedimiento será diferente según se presente la solicitud de asilo en frontera, en territorio nacional o en una Misión Diplomática o Consular. En el caso que no ocupa, los formularios se presentan ante la policía en el puesto fronterizo porque los extranjeros objeto de nuestro estudio no cuentan con la documentación

1. EDUARDO ORTEGA MARTIN, *Manual Práctico de Derecho de Extranjería*, cit., pag 521, sobre la solicitud cursada en frontera y su proceso de tramitación.

necesaria para entrar en el país. El interesado permanecerá en las dependencias fronterizas hasta que se le notifique la admisibilidad de su solicitud.

En el supuesto de que se produzca la admisión a trámite, se iniciaría la fase de instrucción que se realizará a través de la Oficina de Asilo y Refugio. Esta fase conlleva un estudio más exhaustivo de la solicitud y de las circunstancias del afectado. Aquellas solicitudes admitidas a trámite que hubiesen sido presentadas en un puesto fronterizo se regirán según el procedimiento de urgencia, es decir, se aplicará el procedimiento ordinario pero los plazos que en él se estipulen se reducirán a la mitad.

En tercer y último lugar veremos la fase decisoria. Una vez instruido el expediente será la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio la encargada de formular la resolución. Esta decisión se tomará mediante la reunión de un representante de los Ministerios de Justicia, Asuntos Exteriores, Trabajo y Asuntos Sociales e Interior. A estas reuniones siempre acudirá el representante de ACNUR, el cual no tendrá capacidad para votar, aunque sí podrá realizar las observaciones que crea pertinentes. La resolución, una vez completa, será enviada de nuevo a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio y si se considera correcto el expediente, se enviará propuesta de resolución al Ministro del Interior, quien resolverá según comparta o no la opinión de dicho órgano.

Una vez estipulado el procedimiento a seguir, realizaremos un examen global de las solicitudes, caso por caso, y veremos cuando podrán ser aceptadas o denegadas y cuáles son las consecuencias de una u otra decisión.

2.4.1. BURKINA FASO

Para analizar cada uno de los grupos, dividiremos al conjunto de extranjeros según su procedencia. Comenzaremos hablando sobre los ciudadanos africanos ya que cuentan con una serie de particularidades que conviene tener en consideración.

Estas cuatro personas integran una familia formada por un matrimonio y sus dos hijas. Según su declaración y, sin acreditar ningún dato referente a su nacionalidad o identidad mediante un soporte legal, sabemos que vienen de Uagadugú y que el nombre de la mujer es Sra. Amina y el del hombre es Sr. Thomas. También sabemos que viajan con sus dos hijas, quienes responden al nombre de Laina y Alima, ambas menores de edad. Por último, nos transmiten el motivo por el cual huyen de su país y solicitan asilo, que se reduce al temor de que sus hijas sufran la mutilación genital que se practica actualmente en muchos territorios africanos, entre ellos, la ciudad en la que esta familia residía.

Para la determinación de la condición de refugiado, como ya hemos visto con anterioridad, el solicitante de asilo debe encontrarse en las circunstancias¹ expuestas por los instrumentos internacionales. Asimismo, estos actos deberán ser suficientemente graves por su naturaleza o por su carácter reiterativo y constituir, de este modo, una violación grave de derechos fundamentales -incluidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales- o mostrar una

1. La situación de los interesados deberá verse afectada por actos basados en fundados temores de ser objeto de persecución por motivos como la raza, la religión, la nacionalidad, las opiniones políticas o la pertenencia a un grupo social determinado, ya sea por género u orientación sexual. (Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).

acumulación lo suficientemente grave de varias medidas que del mismo modo vulnere las mismas libertades y derechos.

La Ley de asilo establece las circunstancias concretas por las cuales se determinará la situación de necesidad con respecto a la protección internacional y la condición de refugiado. El Título I de la Ley 12/2009 plantea el concepto de “protección internacional” incluyendo en el las condiciones para su reconocimiento. Así, el artículo 6 expone la enumeración de situaciones que podrán revestir actos de persecución, esto es:

- “a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;*
- b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria;*
- c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;*
- d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;*
- e) procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado segundo del artículo 8 de esta Ley;*
- f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.”*

Si bien es cierto que estos hechos tendrán que estar motivados por los supuestos que integran el artículo 7, que son los siguientes:

- “a) el concepto de raza comprenderá, en particular, el color, el origen o la pertenencia a un determinado grupo étnico;*
- b) el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones que comporten una opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta;*
- c) el concepto de nacionalidad no se limitará a poseer o no la ciudadanía, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado;*
- d) el concepto de opiniones políticas comprenderá, en particular, la profesión de opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias;*
- e) se considerará que un grupo constituye un grupo social determinado”*

En el caso de los ciudadanos africanos, podemos afirmar que cumplen los requisitos establecidos ya que, si fuese rechazada la solicitud de asilo planteada por los mismos y fuesen devueltos a su país de origen, el matrimonio tendría que someter a sus dos hijas a la mutilación genital que se practica en Uagadugú, lo cual se definiría como un acto de violencia física e incluso psíquica, además de comportar una actividad de naturaleza sexual sobre las menores. El hecho estaría motivado por diferentes circunstancias entre las que destacaríamos la mentalidad política de esta pareja con respecto a las prácticas sociales permitidas por sus gobernantes, también su religión, el grupo social al que pertenecen como mujeres y su identidad cultural. Asimismo, en cuanto a la

determinación del grupo social, el ACNUR reconoce a las afectadas como “niñas pertenecientes a grupos étnicos a los que se les practica la mutilación genital” o simplemente el conjunto de “mujeres”.

Para plantearnos la obtención de la solicitud por parte de este grupo de personas tenemos que estudiar las circunstancias en las que se desarrolla y gobierna el país del que provienen. La información sobre este territorio nos brindará un punto de vista que puede ayudarnos a la hora de determinar la situación social a la que nos enfrentamos. Burkina Faso es uno de los países más pobres del mundo. Se trata de un Estado subdesarrollado, situado en la parte occidental del continente africano. Este territorio cuenta con gran cantidad de flujos migratorios dirigidos hacia los países con los que tiene frontera. Los motivos que fomentan este tipo de desplazamientos son relativos a la falta de trabajo, la pobreza y las condiciones de vida. Si como vemos, la situación social, política y económica, no ofrece las mejores garantías, tampoco podemos ampararnos en el respeto a los derechos fundamentales. En muchos de los territorios de Burkina Faso se realizan prácticas como las descritas por los solicitantes. Estamos hablando de las mutilaciones femeninas, que son un claro ejemplo de vulneración de derechos y comportan una violación sufrida por muchas de las mujeres africanas. Quienes practican la mutilación la defienden en base a convicciones sociales como parte de la educación sexual de las niñas, teniendo en cuenta que evita la práctica sexual por motivos ajenos a la reproducción. Asimismo, los defensores de dicha práctica suelen concebirla como una circunstancia de carácter religioso. La mutilación¹ comprende todos los procedimientos que, de forma intencionada o por motivos ajenos a la salud de la afectada, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos. Está comprobado que, desde el punto de vista médico, estas operaciones no aportan ningún beneficio a la mujer sino que pueden conllevar hemorragias graves y problemas urinarios además de causar quistes, infecciones, infertilidad, complicaciones en el parto o riesgo de muerte con respecto al recién nacido.

Esta práctica está reconocida a nivel internacional como una actividad que supone la vulneración de los derechos humanos de la mujer y la niña. El Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre los Refugiados ha considerado que la mutilación genital femenina constituye una forma de violencia como consecuencia de una discriminación de género, la cual inflige un daño sobre la mujer, tanto físico como mental, que es equiparable a la persecución expuesta en la definición de refugiado.

Todo ello supone el establecimiento de desigualdades entre géneros y refleja una discriminación¹ clara contra el sexo femenino.

En cuanto a la práctica de dicha mutilación con respecto a los menores de edad, está prevista también como vulneración de los derechos del niño. Del mismo modo afecta a los derechos sobre la salud, la integridad física, la seguridad, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que expone la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El tema concerniente a las niñas menores de edad conlleva un estudio más profundo. El

1.PASCUAL AGUELO NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, Madrid, 2013, pag. 167, sobre el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia 10 de Octubre del 2006, RC 6597/2003, el cual consideró que la huida de una mujer a un país diferente del propio para evitar que le sea practicada la ablación genital, estaba dentro de las causas por las cuales se admite la solicitud de asilo, ofreciendo protección a la afectada

artículo 24.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño explica como los Estados estarán obligados a desarrollar todas las medidas y mecanismos para abolir las prácticas perjudiciales en cuanto a la salud de los niños.

Si una familia fundamenta su solicitud de asilo en la mutilación genital relativa a sus hijas menores, las principales solicitantes serán estas últimas. En cuanto a la unidad familiar, debemos exponer que se garantizará su mantenimiento, ya que, del supuesto en el que una hija se verá beneficiada de la concesión de asilo recibida por uno de sus progenitores se deduce que, de igual manera, el progenitor se verá beneficiado por la protección concedida a la menor. Este proceso es reconocido como la concesión de protección subsidiaria por extensión y su tratamiento está incluido en la Ley 12/2009. El artículo 39 de la misma establece la garantía existente en lo relativo al mantenimiento de la unidad familiar, de modo que se reconoce el derecho de los refugiados a permanecer junto a su familia en los términos expuestos en los artículos 40 y 41 de la misma ley.

El artículo 40 reza:

“El restablecimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrá garantizarse mediante la concesión, respectivamente, del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por extensión familiar, en los siguientes supuestos:

c) Otro adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional, de acuerdo con la legislación española vigente, cuando dicho beneficiario sea un menor no casado.

d) Podrá también concederse asilo o protección subsidiaria por extensión familiar a otros miembros de la familia de la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquellas y la existencia de convivencia previa en el país de origen.”

Del cual se desprende que ambas niñas menores de edad y beneficiarias de la protección internacional, dependiendo de sus padres y conviviendo con ellos en su ciudad natal, determinarán la condición de beneficiario de su padre y de su madre.

El órgano responsable de la tramitación de las solicitudes de extensión será la Oficina de Asilo y Refugio, que lo trasladará a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio para que, una vez estudiado el supuesto, eleve la propuesta de resolución al Ministro del Interior, quien decidirá sobre la misma.

Además, los menores recibirán la asistencia psicológica pertinente y cualificada.

En este supuesto, si por la falta de documentación no se puede determinar la minoría de edad de las dos niñas, se pondrá el caso en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual actuará según su competencia junto con los profesionales relativos al ámbito sanitario que realizarán las pruebas oportunas.

Para el reconocimiento de la situación de refugiado en el caso de una joven que huye por miedo a una mutilación genital, no será necesaria que la carga de la prueba se fundamente en un examen médico como tampoco es un requisito el haber sido víctima

de tal práctica. Para la concesión del asilo simplemente será necesario valorar cuidadosamente la verosimilitud y credibilidad de la declaración de los interesados.

Según lo expuesto cabe deducir que, en el caso de la familia africana, se cumplirían los requisitos necesarios para conceder a los solicitantes la calificación de refugiados. Como ya explicamos, la consecuencia directa de dicha calificación es el reconocimiento del derecho de asilo.

Los efectos de esta concesión serán la autorización de residencia en España, la expedición de documentos de viaje e identidad necesarios, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles y la asistencia sanitaria y económica que reglamentariamente corresponda.

2.4.2. FILIPINAS Y PERÚ

En el caso de los extranjeros filipinos, podemos observar que se trata de un país en vías de desarrollo porque es un Estado de reciente industrialización cuya economía se encuentra en fase de crecimiento. En la actualidad, las relaciones políticas entre España y Filipinas son fluidas y regulares por motivos referentes a la tradición cultural y los lazos históricos. Por otra parte, las condiciones políticas del Estado son óptimas para el correcto desarrollo de una sociedad moderna.

En el caso de los ciudadanos peruanos, debemos destacar que a partir del último cuarto de siglo, los flujos migratorios entre España y Latinoamérica han ido incrementándose. Perú es una región en desarrollo que atraviesa una etapa de crecimiento. La política exterior española está dirigida a la adecuación de las relaciones bilaterales según las peculiaridades que caracterizan a cada país, contribuyendo así a la creación de vías de diálogo político y cooperación.

Desde mi punto de vista, la solicitud de asilo planteada por parte de los nacionales filipinos y peruanos se vería condicionada por el apartado d) del artículo 20 de la Ley 12/2009 citado con anterioridad. Con respecto a este precepto, el hecho de que tanto Filipinas como Perú se consideren países de origen “seguros” será relevante como causa de inadmisión de la solicitud de asilo.

De lo expuesto, concluiremos que los integrantes de este grupo de individuos deberán ser devueltos a su país de origen por falta de verosimilitud a la hora de alegar la persecución¹ que deberían acreditar para ser calificados como refugiados por la Convención de Ginebra. En este caso, basándonos el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre y, teniendo en cuenta que estamos tratando un asunto en el que se niega la entrada en el territorio español a un grupo de extranjeros sin la documentación pertinente para cruzar la frontera, será el transportista quien cuente con la responsabilidad de llevar a los sujetos al país que corresponda. Según la normativa, el transportista deberá encargarse del retorno inmediato ya sea por vía aérea, marítima o terrestre.

1. El concepto de “persecución” en el ámbito de la condición de refugiado es aclarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007, por la cual se expone que: “debiendo entenderse por persecución (...) la existencia de una conducta sistemática tendente a producir daño en la vida o derechos inherentes a la dignidad de la persona y dirigida contra un individuo o un grupo, por motivos o razones de raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Repárese, por lo demás, en que sobre el extranjero solicitante pesa la carga de exponer de forma detallada los hechos en los que basa su solicitud...”

Para realizar la devolución debemos remitirnos al artículo 58 de la Ley 4/2000. De este precepto podemos deducir que no será necesario un expediente de expulsión en el caso de que estuviésemos tratando una de las situaciones establecidas, es decir, en caso de que se contravenga la prohibición de entrada o que se hubiese pretendido acceder al país de una forma ilegal. Asimismo, a raíz del artículo 58 observamos que, con respecto a aquellos extranjeros interceptados en la frontera o en sus inmediaciones y una vez decretada la devolución, se aplicará la prohibición de entrada al territorio por un plazo máximo de tres años. La devolución debería realizarse en las primeras 72 horas de detención pero, en el caso en que esto sea imposible, el juez determinará el internamiento de los afectados.

Los extranjeros que han sido objeto de nuestro estudio han interpuesto solicitudes de asilo y ello les permitirá establecerse en España hasta que las autoridades competentes den por finalizada la tramitación y el examen de las mismas. En esta situación la devolución será acordada por el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades pertinentes.

3. INFORME SOBRE LOS ASPECTOS RELATIVOS A LA SOLICITUD DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL ACTA DE INFRACCIONES LABORALES.

El grupo de nacionales africanos que constituye una unidad familiar presenta la solicitud de dos tipos de prestaciones. En primer lugar, estudiaremos los aspectos principales de la prestación familiar por hijos menores de edad y, en segundo lugar, profundizaremos en los trámites pertinentes para ser beneficiario de la prestación por desempleo.

En un tercer plano, centraremos nuestro análisis en lo relativo a las infracciones laborales cometidas en el ámbito contractual existente entre los extranjeros y los responsables de la embarcación.

3.1 PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El sistema de la seguridad social constituye una acción protectora que el Estado ejerce sobre sus habitantes y se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad. El objetivo del Gobierno español será el mantenimiento de este tipo de garantías sociales, permitiendo así el correcto desarrollo de los sectores que incluyen a los ciudadanos afectados por contingencias desfavorables. Estos sistemas están concebidos con el fin de mejorar las condiciones de vida de sus nacionales pero, de un tiempo a esta parte, han tenido que lidiar con la recepción de los diferentes flujos migratorios¹, teniendo que regular las situaciones protagonizadas por los extranjeros que se desplazan desde el resto de territorios hacia nuestro país.

Al tratarse de circunstancias que incluyen elementos internacionales, la regulación ha establecido diferentes medidas en virtud de convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados en materia de seguridad social. Estos convenios tienen como objetivo el coordinar las diversas legislaciones nacionales y no el crear una legislación conjunta. El hecho de que la ejecución de lo acordado en dichos tratados esté en manos de las diversas Administraciones Públicas, supondrá el intercambio de información, la coordinación financiera y la solución cordial de los conflictos mediante la constitución de vías de comunicación efectivas.

De lo expuesto podemos concluir que los extranjeros en España gozan de una serie de derechos civiles que pertenecen a ellos en base a su condición de personas y cuyo reconocimiento resulta imprescindible para garantizar el respeto de la dignidad humana. En el caso que nos incumbe, trataremos a un grupo de personas beneficiarias de la condición de refugiados². Los refugiados tienen derecho a residir en el territorio español y a desarrollar cualquier actividad laboral, lo cual les permitirá estar ligados a un empleo remunerado y beneficiarse así del Sistema de Seguridad Social español³. La problemática que comporta la regulación en materia de Asilo y Refugio incumbe al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual atenderá los aspectos laborales.

1. La Constitución española de 1978 establece que todos los “ciudadanos” son iguales ante la ley, pero en la sentencia num. 107/1984 del Tribunal Constitucional, se considera que el concepto de “ciudadano” en este precepto hará referencia, únicamente, a los nacionales del Estado español y nunca a los extranjeros.

2. ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *Tratado de Extranjería, Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo II, cit., Pag. 319, sobre los derechos de los refugiados en relación con la Seguridad Social.

3. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*, Lerko Print, Madrid, 2006, pag. 73 y pag.56, sobre los derechos de los inmigrantes regulares e irregulares.

4. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*, cit., pag.

En lo relativo a la legislación nacional debemos recurrir a la Constitución española, ya que plantea el asunto referente a los derechos y libertades de los extranjeros¹ en su artículo 13, el cual expone lo siguiente:

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

Asimismo y, en cuanto al régimen de prestaciones² solicitadas, debemos destacar el artículo 41 de la Constitución, que reconoce a “todos los ciudadanos” una serie de derechos:

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”

Complementando al precepto anteriormente citado, aparecerá el artículo 43.2 de la Constitución, el cual reza:

“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”

Como podemos observar, la norma suprema nos remite a los tratados y a la ley que tratan la materia para conocer los diferentes aspectos de una manera más concreta. En este punto conviene hacer referencia a diferentes textos legislativos.

En primer lugar, la Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 10.1³, habla del derecho al trabajo y la Seguridad Social de la siguiente forma:

“Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.”

Del mismo modo será conveniente destacar lo expuesto en el artículo 14.1 y 2 de la misma ley sobre el derecho a la seguridad social y a los servicios sociales. El mismo dice:

“1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.”

1. EDUARDO ORTEGA MARTIN, *Manual práctico de Derecho de la Extranjería*, cit., pag. 77, sobre los derechos de los extranjeros en España.

2. PASCUAL AGUELO NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., pag. 64, sobre la diferencia de los derechos sociales otorgados a los extranjeros residentes en España y a los extranjeros en situación irregular. Los extranjeros irregulares dentro del territorio español se verán beneficiados por menos prestaciones que los residentes.

2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles.”

Para conocer los requisitos a cumplir por parte de los extranjeros para poder residir legalmente en España debemos acudir al artículo 34.3¹ de la Ley 4/2000, el cual explica que:

“La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles”

En el caso de la familia africana, en el momento en el que solicitan la asignación de este tipo de prestaciones, se encuentran inmersos en un proceso de normalización que los caracteriza como inmigrantes irregulares. Para continuar con nuestra exposición de argumentos relativa a la legislación en materia de derechos sociales, no podemos olvidarnos de la Convención de Ginebra del año 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. El artículo 24 de la misma establece que:

“Los Estados Contratantes harán extensivos a los refugiados los beneficios de los acuerdos que hayan concluido o concluirán entre sí, sobre la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vía de adquisición en materia de seguridad social, con sujeción únicamente a las condiciones que se apliquen a los nacionales de los Estados signatarios de los acuerdos respectivos.”

De igual modo y, a nivel nacional, no debemos olvidar la redacción del artículo 36 de la Ley 12/2009, la cual enumera los efectos de la concesión del derecho de asilo. Entre los diferentes puntos cabría destacar dos; el primero relativo a la autorización de residencia y trabajo permanente que se desprende del reconocimiento del derecho y, en segundo lugar, el acceso a los servicios públicos de empleo.

3.1.1 SOLICITUD DE PRESTACIÓN FAMILIAR POR HIJOS MENORES DE EDAD.

La prestación a la que se refiere éste epígrafe hace referencia a un servicio social que supone, para el beneficiario, una asignación económica en virtud de cada uno de sus hijos menores de edad y que permanezca a su cargo. Esta ayuda cuenta con una regulación más concreta en caso de que se trate de menores discapacitados pero, en cuanto al supuesto que nos incumbe, este aspecto es irrelevante y por tanto no profundizaremos en él.

La prestación por hijos menores es una modalidad no contributiva, esto es, no se requieren para su abono aportaciones por parte del solicitante para que se le conceda. La razón por la cual se exime al solicitante de estas aportaciones es que los beneficiarios suelen encontrarse en un estado de vulnerabilidad social, desamparados, sin ingresos o

1. PASCUAL AGUELO NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., pag 272, sobre el apartado tercero del artículo 34 de la Ley 4/2000, el cual expone una de las vías de entrada al territorio español, esto es, la condición de refugiado.

bienes, en definitiva, sin recursos suficientes para subsistir. Esto quiere decir que no es necesario que los ciudadanos africanos hayan desempeñado una actividad laboral con anterioridad y así haber cotizado en nuestro país. Del mismo modo, en la modalidad no contributiva no se exige que el beneficiario este afiliado o dado de alta en el sistema de la seguridad social.

En el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad podemos observar que existen dos regímenes diferenciados, uno sería el general y otro englobaría los regímenes especiales. El primero hace referencia al ideal de protección otorgada por el Estado en servicio de los trabajadores y el segundo incluye una serie de circunstancias que afectan a los individuos y que determinan su posición ante la seguridad social española.

Los nacionales africanos objeto de nuestro estudio estarían integrados, según el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social y dentro de los regímenes especiales, en el apartado referente a los “trabajadores del mar”. Según la declaración ofrecida el patrón a bordo del “Pobre Mitrofán” al llegar a puerto, estaríamos ante trabajadores retribuidos y empleados en la marina mercante. Si recurrimos al Decreto 1867/1970, de 9 de Julio, sobre los Trabajadores del Mar, vemos que, según su artículo 58, los trabajadores comprendidos en los regímenes especiales así como sus familias, contarán con la prestación económica de protección a la familia siempre y cuando reúnan los términos pertinentes. De todas maneras y ante la discordancia de las declaraciones aportadas por las personas que forman parte de la tripulación y aquellas que estaban al mando de la misma, cabe aclarar que las condiciones con las que deberán contar los solicitantes serán las mismas que las expuestas en el régimen general.

Los beneficiarios de la prestación deberán residir en territorio español y tener a su cargo hijos menores de edad. Estos no podrán recibir ingresos anuales superiores a 11.490,43 euros y, por último, no podrán tener derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. Asimismo, en cuanto a la determinación del sujeto beneficiario en el supuesto de convivencia familiar y, concurriendo los requisitos necesarios, el derecho a percibir la asignación económica solamente podrá ser concedido a favor de uno de los progenitores que será determinado de común acuerdo. En el caso de que no exista acuerdo en este punto, se aplicarán las reglas que establece el Código Civil en cuanto a patria potestad y guarda.

En lo relativo a la cuantía de la prestación asignada, en el caso de los menores de edad y acogidos, será de 291 euros al año. El abono de la cuantía se realizará mediante la Tesorería General de la Seguridad Social. El pago será semestral siempre y cuando no se trate de una asignación por hijo discapacitado.

La reclamación de la prestación se realizara mediante la presentación de una solicitud junto a la documentación correspondiente. Esta presentación se efectuará en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). La gestión de esta solicitud y el reconocimiento del derecho forman un proceso que se iniciará con la presentación de tal solicitud junto a la documentación que acredite las circunstancias que conlleven a la concesión de la prestación. En el caso de los extranjeros africanos, será necesario mostrar la tarjeta de identidad de extranjero (TIE) o la autorización de residencia, ya sea temporal o permanente. Además, será requerido el número de identidad (NIE) de cada uno de los extranjeros que forman el núcleo familiar.

La tramitación se ajustará a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Será el Director provincial del INSS el que dictará la resolución a favor o en contra del otorgamiento de la prestación y lo pondrá en conocimiento del solicitante en un máximo de 45 días.

3.1.2. SOLICITUD DE PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

La prestación por desempleo se define como aquella ayuda económica en beneficio de las personas que, queriendo y siendo capaces de desarrollar una actividad laboral, no pueden hacerlo por falta de oportunidad. En el supuesto que se nos plantea no trataremos una situación de desempleo habitual ya que los solicitantes de la prestación se encuentran bajo la condición de refugiados, contando así con una circunstancia laboral particular.

En primer lugar debemos tener en cuenta que, a diferencia de la anterior, se trata de una prestación de carácter contributivo, esto es, uno de los requisitos esenciales que tiene que cumplir el beneficiario para poder percibirla es haber desempeñado una actividad laboral con anterioridad para así haber cotizado. El requisito referente a la cotización viene expuesto en el artículo 15 de la Ley General de la Seguridad Social, el cual dice que “la cotización es obligatoria” tanto para el Régimen General como para los Especiales.

Este dato es especialmente relevante en el caso de los progenitores africanos ya que, además de encontrarse bajo la condición de refugiados, afirman que no contaban con contrato de trabajo dentro del buque y que no realizaban ninguna actividad laboral a bordo, siendo víctimas de un delito de tráfico ilegal de migrantes. La cotización, según su declaración, será inexistente y profundizaremos en ello a lo largo de nuestro estudio.

Si acudimos a la Ley General de la Seguridad Social, observamos que en el artículo 7 de la misma, hace alusión a los extranjeros residentes en España para incluirlos en el ámbito de aplicación. Asimismo, el artículo 12 de la norma explica que será de obligatorio cumplimiento el requisito de la filiación al sistema de la seguridad social para constar como beneficiario de sus prestaciones. De lo expuesto deducimos que, a primera vista, los sujetos que protagonizan nuestro análisis, podrían ser beneficiarios de la prestación por desempleo siempre y cuando hubiesen cotizado en nuestro país y, a la vista de que no ha sucedido tal cosa, investigaremos sobre la existencia de casos especiales para los que la cotización será un requisito eludible.

La situación de los refugiados se concreta en la solicitud de una prestación por desempleo con el inconveniente de no haber cotizado con anterioridad. Ante ello y en respuesta a la pregunta sobre si existen prestaciones sociales ofrecidas a aquella persona que no ha trabajado en nuestro país, debemos destacar la existencia de un ámbito de protección dispensado por las Comunidades Autónomas para las circunstancias de grave necesidad, casos en los que tendríamos que recurrir a los llamados “salarios sociales” o “rentas de integración”. En circunstancias normales, la prestación contributiva por desempleo se recibiría tras haber cotizado durante 360 días a lo largo de los seis meses anteriores a la solicitud de dicha asignación económica pero, en caso de que dicha cotización sea insuficiente, estos mecanismos autonómicos permiten cobrar la ayuda de los servicios sociales en caso de que la persona afectada esté en una situación grave de deficiencia económica y en riesgo de exclusión social. La problemática relativa a este

tipo de servicios es que imponen una gran cantidad de requisitos y su tramitación es muy lenta.

Para la tramitación de este tipo de ayudas debemos acudir a la legislación autonómica, donde encontraremos la Ley 9/1991, de 2 de Octubre, sobre las medidas básicas para la inserción social en la Comunidad Autónoma de Galicia. En base a esta norma y según el artículo 1 de la misma, sabemos que el objeto de la ley será:

“la creación y desarrollo de un conjunto coordinado de medidas orientadas a la lucha contra la pobreza en la Comunidad Autónoma de Galicia y a la reinserción social y/o laboral de las personas afectadas por las diferentes formas de exclusión y marginación social.”

Entre dichas medidas se encuentra el establecimiento de la “Renta de Integración Social de Galicia”, cuya tramitación corresponderá a los órganos competentes de la Administración autonómica en colaboración con los Ayuntamientos. Esta renta se define como una prestación social cuya finalidad es cubrir las deficiencias económicas y laborales de aquellas personas que carezcan de los medios básicos de subsistencia y que cuenten con una situación que impida su correcta integración social. Este proyecto conlleva, a favor del beneficiario, las ayudas relativas a la realización de un trabajo por parte del afectado, esto es, programas para incentivar su actividad laboral y, a mayores, una asignación económica en base a su falta de recursos básicos.

Los beneficiarios de este tipo de ayuda tendrán que reunir una serie de requisitos que serán los establecidos en el artículo 9 de la Ley citada, el cual expone:

“1º. Tener residencia efectiva y estar empadronadas en cualquiera de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma gallega por lo menos durante el año inmediatamente anterior a la formulación de la solicitud.

Los ciudadanos y ciudadanas de estados no miembros de la Unión Europea precisarán, además, acreditar la residencia legal en España en el momento de la formulación de la solicitud.

2º. Tener constituida una unidad de convivencia independiente, vinculada económicamente a la persona solicitante.

3º. Tener una edad comprendida entre los veinticinco y los sesenta y cinco años.

4º. Disponer de unos recursos inferiores a la cuantía de la prestación económica de la renta de integración social de Galicia que les correspondería considerando su situación económica y familiar de acuerdo con el artículo 12 de la presente ley.

5º. Que no existan personas legalmente obligadas y con posibilidad real de prestarles alimentos de acuerdo con la legislación civil“

En relación con el artículo incluido anteriormente, cabe una breve aclaración en lo referente al apartado primero porque podemos pensar que los solicitantes de origen africano no cumplen con el requisito de residencia en el expuesto. La solicitud de esta prestación la realizan en frontera en el momento en el que son puestos a disposición de las autoridades españolas tras haber sido rescatados del buque en el que viajaban. Ello supone que no han residido en territorio español durante el año anterior a la solicitud.

Podemos observar que dicho requisito no se cumple, aspecto que debemos tener en cuenta para conceder o denegar la ayuda. Este aspecto será estudiado una vez se tramite la solicitud de asilo y, una vez admitida y concedida, se planteará la cuestión referente a las prestaciones sociales.

La concesión de la prestación conlleva una asignación económica a favor del beneficiario integrado por un subsidio básico que se complementará con una cantidad variable en función de los hijos a cargo del solicitante. Además de la asignación económica contará con un proyecto de inserción social y laboral con el objetivo de conseguir la autonomía personal, familiar y económica del interesado.

La renta de integración social se concederá por un tiempo determinado, esto es, el beneficiario gozará de dicha ayuda por el periodo de tiempo que subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

Asimismo, esta prestación conlleva una serie de obligaciones para con el beneficiario como puede ser el destinar el importe de la prestación al fin para el que fue concedida, participar de las actividades propuestas según el proyecto de inserción, escolarizar a los menores que se encuentren a su cargo, no realizar actividades como la mendicidad o la prostitución, mantener informado al órgano competente de las variaciones con respecto a su circunstancia, ejercitar cuando sea preciso cualquiera de los derechos económicos que se les exigen y, por último, cumplir con cualquier otra obligación que se derive del otorgamiento de dicha prestación.

En cuanto al proceso de tramitación, cabe distinguir entre diferentes fases. Primero, el interesado deberá plantear el modelo de solicitud normalizado por la consellería competente. A esta deberá adjuntar la documentación necesaria para acreditar el cumplimiento de los requisitos ya enumerados. Las entidades locales elaborarán un informe social que determine la procedencia o no de tal solicitud destacando el perfil sociológico del afectado y las posibilidades de inserción laboral con las que cuenta.

Si la tramitación prospera, el paso siguiente será la resolución modificando o extinguiendo el derecho a la renta.

Si como ya hemos aclarado con anterioridad, el afectado no cumpliera con alguno de los requisitos establecidos para la concesión de la prestación y, en virtud del artículo 32 de la ley, el derecho a la recepción de la renta se extinguirá. En este caso, el hecho de que los solicitantes hubiesen residido en su ciudad natal el año anterior a la solicitud, esto es, en el territorio de Burkina Faso, determinará la denegación del derecho a la renta de integración social.

Contra la resolución contraria al otorgamiento, el interesado podrá interponer, en el plazo de un mes, un recurso de alza ante la Consellería de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

3.2 ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA RELATIVA A LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LAS PARTES IMPLICADAS.

El supuesto nos plantea una circunstancia que podemos analizar desde dos puntos de vista diferentes. En primer lugar, podemos defender la existencia de una relación laboral entre el grupo de personas en cuestión y el supuesto empleador en virtud de un contrato verbal y, en segundo lugar, podemos pensar que no existe tal relación y que los contratos son nulos o definitivamente no se han llegado a perfeccionar porque el

objetivo del empleador no es el cumplimiento de una labor a bordo sino el traslado de estas personas a cambio de un beneficio que podría ser de carácter pecuniario. En el siguiente epígrafe procederemos a estudiar ambas situaciones.

3.2.1. OPCIÓN A: EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL

Desde la perspectiva que defenderemos en este epígrafe tendremos en cuenta que entre el empleador y el grupo de individuos a bordo del buque existe una relación laboral, tal y como defiende en Sr. Gutiérrez, patrón de la embarcación. Según éste, los ciudadanos nacionales de diferentes territorios que viajaban a bordo del buque se dedicaban a la realización de diversas labores correspondientes a las de la tripulación, esto es, desempeñaban un trabajo en base a un contrato.

En el supuesto se nos indica que no existe un contrato físico, es decir, que la relación laboral no se crea en base a la redacción de las condiciones sobre papel sino en base a un contrato verbal.

En este tipo de circunstancias es importante saber que, según lo expuesto en la legislación civil existirá contrato ante la existencia de consentimiento por parte de los contratantes, así como objeto que sea materia de contrato y causa de la obligación. La relación laboral será patente entre ambas partes si estos tres requisitos se cumplen. Considerando de este modo la posible existencia de una actividad laboral podemos hacer alusión a las infracciones laborales en virtud de las cuales se vulneran los derechos de los afectados.

El Estatuto de los Trabajadores dice, con respecto a la validez de los contratos, que estos podrán celebrarse por escrito o de palabra y se presumirán existentes siempre y cuando una persona preste un servicio bajo la dirección de otra persona a cambio de una retribución.

En éste caso y remitiéndonos a la normativa referente a los procedimientos de contratación de individuos en territorio extranjero, ya sean españoles, europeos o extracomunitarios, nos plantearemos la nulidad de dichos contratos como consecuencia del incumplimiento de los requisitos necesarios para entablar tal contratación pero, a pesar de ello, el Estatuto de los Trabajadores mantiene que el empleado podrá exigir, por la labor desempeñada, la remuneración correspondiente a un contrato válido.

En cualquier caso y suponiendo que exista relación laboral entre las partes en conflicto, cabrá denuncia contra las infracciones en materia laboral cometidas por los empleadores.

Para la imposición de sanciones en el orden social como consecuencia del incumplimiento de las normas laborales se abrirá un procedimiento administrativo doble. Por una parte se abrirá un proceso sancionador y por otra uno liquidatorio en relación con las cuotas de la Seguridad Social. Ambos procedimientos se llevarán a cabo simultáneamente y serán iniciados de oficio mediante la emisión de documento extendido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social denominado “acta de infracciones laborales”. Este elemento se define como aquel documento público emitido en todas aquellas situaciones vinculadas a hechos constitutivos de alguna de las infracciones previstas en la legislación relativa al orden social. Este trámite supone el inicio del sistema según el cual se establece el procedimiento sancionador en materia de infracciones laborales que se realizará de oficio y como resultado de una actividad inspectora previa.

Para conocer el procedimiento y las ideas que incluirá el acta de infracciones laborales debemos remitirnos al Real Decreto 928/1998, de 14 de Mayo, sobre el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. En virtud de la citada norma sabemos que el acta debe incluir una serie de elementos esenciales que encontraremos expuestos en el artículo 14, el cual dice que:

“1. Las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social habrán de reflejar:

- a) Nombre y apellidos o razón social, domicilio, actividad, documento nacional de identidad, número de identificación fiscal, código de cuenta de cotización a la Seguridad Social y, en su caso, número de Seguridad Social de autónomos, del presunto sujeto infractor. Si se comprobare la concurrencia de responsable subsidiario o solidario, se hará constar tal circunstancia, fundamentación fáctica y jurídica de su presunta responsabilidad y los mismos datos exigidos para el sujeto responsable directo.*
- b) Los hechos comprobados por el funcionario actuante, con expresión de los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta, y los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta de sanción; asimismo, consignará si la actuación ha sido mediante visita, comparecencia o por expediente administrativo.*
- c) La infracción o infracciones presuntamente cometidas, con expresión del precepto o preceptos vulnerados, y su calificación.*
- d) Número de trabajadores de la empresa y número de trabajadores afectados por la infracción, cuando tal requisito sirva para graduar la sanción o, en su caso, calificar la infracción.*
- e) La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación, que será el total de las sanciones propuestas si se denunciará más de una infracción. Se incluirán expresamente la propuesta de las sanciones accesorias que procedan como vinculadas a la sanción principal.*
- f) Órgano competente para resolver y órgano competente para realizar los actos de instrucción y ordenación del expediente sancionador y plazo para la interposición de las alegaciones ante éste.*
- g) Indicación del funcionario que levanta el acta de infracción y firma del mismo y, en su caso, visado del Inspector de Trabajo y Seguridad Social con su firma e indicación del que la efectúe.*
- h) Fecha del acta de infracción.”*

Tras conocer el proceso que se deberá llevar a cabo para iniciar la sanción de la actividad contraria a la legislación laboral, procederemos a la posible redacción del acta de infracciones laborales concreta en relación con el caso que se nos propone.

- ACTA DE INFRACCIONES LABORALES

Una vez llevadas a cabo las labores de visita y reconocimiento efectuadas por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social se ha podido comprobar la existencia de los siguientes hechos:

Los responsables de este tipo de infracciones laborales serán, en virtud de lo expuesto en el artículo 2 de la Ley 5/2000:

- “a) El empresario en la relación laboral*
- b) Los transportistas, agentes consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en movimientos migratorios*
- c) Los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros”*

Es decir, los infractores serán la empresa naviera y el transportista que aparece como patrón del buque. Ellos tendrán la responsabilidad de cumplir con la normativa vigente en materia de relaciones laborales y tendrán el deber de cerciorarse de que las condiciones en las que sus empleados desarrollan su actividad son las adecuadas a la legislación nacional vigente.

Los hechos de los que se responsabilizan estas personas son aquellos que constituyen infracciones laborales tipificadas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta norma está integrada por la enumeración de infracciones responsabilidad de los infractores, quienes se verán obligados a abonar el pago de una multa como medida sancionadora.

Las infracciones a las que se enfrentan los sujetos citados son las siguientes:

- Una infracción grave como consecuencia de la iniciación de la actividad laboral por parte de los trabajadores asalariados sin haber solicitado su inscripción en la Seguridad Social (tipificada en el artículo 22.1 de la ley 5/2000)
- Una infracción grave como consecuencia de no haber solicitado la afiliación o el alta a la Seguridad Social por cada uno de los sujetos empleados a su servicio. (tipificada en el artículo 22.2 de la ley 5/2000)
- Una infracción grave por incumplimiento en cuanto a sus obligaciones económicas derivadas de la colaboración en la Seguridad Social. (tipificada en el artículo 22.4 de la ley 5/2000)
- Una infracción muy grave por utilizar trabajadores extranjeros sin haber obtenido con anterioridad el permiso de trabajo correspondiente por cada uno de los empleados (tipificada en el artículo 37.1 de la 5/2000)

- Una infracción muy grave por promover, mediar o amparar el trabajo de los extranjeros en España sin los permisos correspondientes (tipificada en el artículo 37.3 de la 5/2000)

Además de la tipificación de las infracciones, en el acta debe constar el número exacto de trabajadores afectados por cada una de ellas y la manera en la que esta vulneración es infringida en los individuos. En relación con ello, el grupo de migrantes está formado por dieciocho personas y entre ellas podemos distinguir a seis españoles, a cuatro daneses, a cuatro individuos que forman la familia procedente de Burkina Faso, a dos peruanos y a dos filipinos. Cada grupo de nacionales será tratado según la legislación pertinente.

En este caso y desde la perspectiva de que exista relación laboral entre las partes, debemos denunciar el incumplimiento de los requisitos relativos a la contratación de extranjeros en un país distinto a España.

La contradicción planteada entre las partes en cuanto a la existencia o no del contrato de trabajo es indiferente a la hora de determinar la validez de dicho contrato en lo relativo a los extranjeros no comunitarios ya que, en caso de que existiese contrato verbal entre las partes, el sistema de contratación desarrollado por el empleador no se adecúa a las necesidades en materia de extranjería y por tanto, se daría por nulo.

La normativa en relación con la contratación de extranjeros no comunitarios, que sería la integrada en la Ley 4/2000, establece que, para contratar a un individuo en esta situación será un requisito indispensable el hecho de que el mismo cuente con una autorización administrativa de residencia temporal y trabajo. Dicha autorización puede lograrse a través de un procedimiento denominado “gestión colectiva de contrataciones en origen” que, según entiendo y en virtud de lo expuesto en el supuesto que se nos ofrece, no se lleva a cabo.

Ahora bien, en el grupo de migrantes existen ciudadanos comunitarios que han sido contratados en las mismas circunstancias. En caso de estos individuos, para que se dé por válida la relación laboral entre empleador y empleado, no sería necesario el permiso de residencia pero sería imprescindible la existencia de un pasaporte comunitario también denominado visado y pudiendo así comenzar a trabajar y obtener con posterioridad el permiso de residencia. Debemos tener en cuenta que, en lo que respecta al territorio español y para llevar a cabo cualquier acto que tenga transcendencia tributaria, como puede ser el cobro de un salario, los extranjeros deben contar con su correspondiente número de identificación fiscal, esto es, el NIE. Este aspecto tampoco se cumple ya que la función de notificar la afiliación a la seguridad social de cualquiera de los integrantes de la tripulación corresponde al empleador y esta actividad no se ha realizado.

El grupo también está integrado por seis nacionales españoles, en este caso cabe aclarar que, al igual que en el supuesto de los ciudadanos comunitarios, será obligación del empresario, el comunicar a los Servicios Públicos de Empleo - en un plazo máximo de diez días hábiles tras su concertación – el contenido de los contratos de trabajo que se celebren, deban o no formalizarse por escrito. Tras dicho proceso, los Servicios Públicos de Empleo Estatal deberán incorporar esta información a las bases de datos reguladas por el Ministerio de Empleo.

En este punto cabe una aclaración con respecto a los ciudadanos africanos cuya solicitud de asilo es admitida a trámite ya que:

“no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de protección internacional, ésta le sea admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”

Entonces, si en todo aquello que concierne a las sanciones establecidas como consecuencia de las infracciones laborales es relevante el número de sujetos afectados, los ciudadanos de Burkina Faso estarían al margen del grupo.

Para conocer las sanciones relativas a las infracciones expuestas nos remitiremos al Capítulo VI de la Ley 5/2000.

En este ámbito observamos que dichas sanciones tienen una graduación, pudiendo imponerse en los grados mínimo, medio y máximo en atención a *“la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”*.

Los artículos 39 y 40 de la ley 5/2000 proponen una serie de normas que imponen las multas para cada infracción cometida. De lo expuesto en los mismos deducimos que, en general, las multas en cuanto a las infracciones graves dependerán de la graduación de las mismas, esto es, en su grado mínimo se impondrá una multa de entre 626 a 1.250 euros, en su grado medio se impondrá una multa de entre 1.251 a 3.125 euros y en su grado máximo se impondrá una multa de entre 3.126 a 6.250 euros. En cuanto a las infracciones graves ocurrirá lo mismo pero el precio variará con respecto a las anteriores. Estas últimas, en su grado mínimo, serán sancionadas con una multa de entre 6.251 a 25.000 euros, en su grado medio serán sancionadas con una multa de entre 25.001 a 100.005 euros y en su grado máximo la multa ascenderá a un valor entre los 100.006 y 187.515 euros.

Asimismo, en lo que respecta a las infracciones tipificadas en el artículo 22.2 se impondrán unos valores específicos a cada graduación. Para el grado mínimo se impondrá multa de entre 3.126 y 6.250 euros, para la grado medio se impondrá la multa de entre 6.251 a 8.000 euros y, por último, en su graduación máxima se impondrá la pena de entre 8.001 y 10.000 euros. De cualquier manera, en ningún caso se podrán sancionar los hechos tipificados en el artículo 22.2 con una multa que exceda de los 10.000 euros.

Si como ocurre en el supuesto que se nos plantea, se cometen varias infracciones de entre las citadas en el párrafo anterior y tratándose de un número de afectados superior a cinco, se incrementará la multa en un 50% para cada una de las infracciones. A pesar de ello y del mismo modo debemos tener en cuenta que, en caso de que la cuantía de la liquidación sea mayor a la sanción impuesta, las multas consecuencia de infracciones en materia de la Seguridad Social que se deriven de actas de infracción y liquidación referentes a los mismos acontecimientos y realizadas de forma simultánea, se reducirán al 50% de su cuantía si el responsable de las mismas manifiesta su conformidad con la liquidación e ingresa el importe correspondiente.

Una vez determinada la cuantía de las sanciones cabe identificar los órganos de instrucción y resolución relativos al procedimiento sancionador. La realización de la actividad instructora, así como la resolución del expediente, serán los indicados por la Comunidad Autónoma de Galicia por tratarse de una empresa gallega. Iniciado el procedimiento sancionador y, en caso de que sean admitidas las alegaciones que defiendan la vulneración de derechos de los sujetos afectados, el instructor acordará la apertura del periodo de prueba. Una vez practicadas estas, el mismo dará audiencia a los supuestos responsables, tras lo cual emitirá su propuesta de resolución.

Es importante destacar que cuando corresponda a la Administración Autonómica, los trámites con respecto a las infracciones del orden social serán ejecutados por los órganos determinados por las mismas Comunidades Autónomas y serán estas las que impongan los límites que consideren pertinentes tal y como lo establece la Ley 5/2000 en su artículo 18. Este precepto expone lo siguiente:

“La determinación de los órganos competentes para realizar los actos de instrucción y ordenación de la tramitación de los expedientes sancionadores competencia de las Comunidades Autónomas corresponderá a éstas”

Ahora bien, si queremos analizar de un modo más específico el procedimiento sancionador debemos remitirnos al Real Decreto 928/1998, de 14 de Mayo, por el cual se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. En un primer momento el Capítulo I de la citada norma establece cuáles serán los órganos sancionadores en el ámbito provincial. Podemos observar que, en el caso de que se practiquen actas de infracción y actas de liquidación de cuotas por los mismos acontecimientos, el órgano sancionador corresponderá a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social pero, tratándose de un conjunto de hechos acaecidos dentro del margen de la Comunidad Autónoma de Galicia, será conveniente indagar en la normativa autonómica para conocer las peculiaridades que determinarán la competencia del órgano sancionador para dicho territorio.

A este respecto encontramos el Decreto 70/2008, de 27 de Marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de la Administración autonómica gallega para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora. Esta norma se basa en la lectura del artículo 29.1 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que le corresponderá a la Comunidad Autónoma de Galicia la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, asumiendo de este modo todas aquellas facultades, competencias y servicios que a nivel de ejecución puedan surgir en las relaciones laborales. Una de las materias que corresponden a este tipo de funciones es la imposición de sanciones consecuencia de infracciones laborales. En virtud de lo expuesto en el artículo 1 de la citada norma, el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia le corresponderá a la Consellería de Trabajo.

En cuanto al órgano competente en el ámbito de la instrucción será conveniente recurrir al Decreto 376/1996, de 17 de Octubre, sobre la distribución de competencias entre los órganos de la Xunta de Galicia, para la imposición de sanciones por infracciones en las materias laborales, de prevención de riesgos laborales y por obstrucción de labor inspectora. Esta norma establece que en cuanto a la instrucción del procedimiento sancionador, corresponderá, en el orden social y en el ámbito competencial de la Administración autonómica, a aquellos que tienen atribuida la función de tramitación y

propuesta de resolución. Según podemos observar, sabemos *que* la competencia para sancionar las infracciones en materia laboral corresponderá a diferentes personas según la cuantía de las multas. En las multas de hasta 12.500 euros la persona competente será el titular de las delegaciones provinciales de la Consellería de Trabajo, en caso de una multa de hasta 62.500 euros el competente será aquel que ostente la titularidad de la Dirección General de Relaciones Laborales, en tercer lugar, aquella multa que ascienda hasta los 125.000 euros será competencia de la persona titular de la Consellería de Trabajo y, por último, aquellas multas cuyo valor ascienda hasta los 1.870.515 euros serán competencia del Consello de la Xunta de Galicia. Como vemos, la asignación del órgano dependerá de la cuantía de la multa y, en los casos en los que exista una pluralidad de infracciones dentro de una misma materia y en un único expediente sancionador, el órgano será el mismo que el elegido para imponer la multa de mayor cuantía.

Además de la multa y a propuesta del Consello de la Xunta de Galicia si es que se dan circunstancias de especial gravedad, se podrá acordar la suspensión de la actividad empresarial por un tiempo concreto o el cierre definitivo del centro de trabajo.

Será pertinente, con respecto a lo expuesto a lo largo de este epígrafe, hacer alusión a aquellas personas que sean solicitantes de prestaciones laborales y estén inmersas en un procedimiento como el que estamos analizando. Para ello debemos recurrir al Real Decreto 928/1998 del cual extraeremos el artículo 17.2, que dice:

“Cuando el acta de infracción afecte a solicitantes y beneficiarios de prestaciones, se comunicará, de forma simultánea, al órgano o entidad gestora correspondiente, a efectos de la adopción de la suspensión cautelar prevista en la normativa aplicable”

Exceptuando siempre a los afectados por circunstancias internacionales especialmente críticas, como puede ser el caso de los solicitantes de asilo o los refugiados.

3.2.2. OPCIÓN B: INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL

En este apartado abordaremos un segundo punto de vista. Si antes defendimos la postura del Sr. Gutiérrez en la posición de patrón del buque, ahora analizaremos las circunstancias desde la perspectiva del grupo de ciudadanos que declaran haber sido víctimas de un delito de tráfico ilícito de migrantes. En esta situación no cabrá relación laboral entre empleador y empleados y tendremos que sopesar las infracciones y sanciones reprochables en el orden social, teniendo en cuenta esta vez, que nos movemos en el ámbito de la legislación sobre extranjería y no en la relativa a las condiciones laborales de los afectados.

Para conocer las particularidades de este tipo de circunstancias recurriremos a la Ley 4/2000 sobre los extranjeros en España. En ella encontraremos un apartado dedicado a las infracciones relativas a éste campo y las sanciones que corresponderá imponer para cada una de ellas.

Antes de nada distinguiremos que, aparecerán como responsables en este caso, tanto la empresa naviera como el patrón encargado de realizar el transporte de dichos sujetos conociendo tal circunstancia.

Volviendo a las infracciones, debemos remitirnos a aquellas que se ajusten al comportamiento de los responsables dentro de la cita ley. Como podremos observar, estas infracciones se clasificarán en leves, graves y muy graves. Esta vez el incumplimiento se basará en los siguientes hechos tipificados en el artículo 54 de la ley:

- Una infracción muy grave como consecuencia de “Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.
- Una infracción como consecuencia de haber “simulado la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito”
- Una infracción como consecuencia del “incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el artículo 66, apartados 1 y 2” el cual expone que “cuando así lo determinen las autoridades españolas respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario, a efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada, en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte, a remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español”.
- Una infracción como consecuencia de “el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros”.

Cabe hacer una breve aclaración con respecto a lo dispuesto ya que no podremos considerar la existencia de una infracción en los supuestos en los que se lleva a cabo el transporte de extranjeros hasta la frontera española si estos, nada más llegar al puesto correspondiente, solicitan protección internacional y esta se admite a trámite. Esto será relevante a la hora de determinar la cuantía de las infracciones porque se tendrá en cuenta el número de personas afectadas para imponer la multa y, siendo así, habrá que eliminar a los solicitantes de asilo procedentes de Burkina Faso.

Procederemos ahora a la imposición de sanciones. Para ello acudiremos al artículo 55 de la ley de extranjería que establece los términos en los que serán castigadas este tipo de conductas. El apartado c) cita las infracciones calificadas como muy graves, estableciendo que serán sancionadas con una multa de 10.001 euros excepto la relativa al transporte de extranjeros por vía marítima sin haber identificado a los mismos mediante los documentos correspondientes, la cual será sancionada con multa de entre

5.000 a 10.000 euros por cada viajero transportado o con una multa total de 750.000 euros sin importar el número de sujetos afectados. Asimismo, cabe especificar que con respecto a la infracción consecuencia de la conducta errónea de los transportistas a la hora por no transmitir a las autoridades españolas la información relativa al conjunto de los pasajeros transportados, la multa será de entre 10.001 a 100.000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado tales datos. En este último supuesto se podrá acordar la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, el buque en nuestro caso, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación sobre el mismo. A mayores, en cuanto a las obligaciones que han de tener en cuenta los transportistas, podemos afirmar que ante la comisión de infracciones relativas a la omisión de los controles realizados sobre los pasajeros se podrá acordar la suspensión de las actividades comerciales llevadas a cabo por estos, la imposición de fianzas o avales y la inmovilización del medio de transporte en cuestión.

También será relevante para fijar la cuantía de las sanciones el principio de proporcionalidad, el grado de culpabilidad del infractor y el daño producido o el riesgo derivado de dicha actuación. Asimismo será tomada en cuenta la capacidad económica del sancionado.

Para finalizar, conviene explicar la diferencia entre este tipo de infracciones administrativas dentro del orden social y el delito que puede conllevar tal actividad en el orden penal. La sanción será pertinente en ambos campos, en el primero constará de una multa en las condiciones ya citadas y en el segundo conllevará la pena de prisión establecida en el Código Penal.

De éste modo y observando lo dicho en el artículo 5 del Real Decreto 928/1998 sobre la concurrencia de sanciones administrativas en el orden social y sanciones en el orden penal, en el caso de que los hechos causa de la sanción administrativa fuesen constitutivos de un ilícito penal tendrá que ser entregado al Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, un informe en el que se relaten los acontecimientos y los sujetos afectados. Si éste concluye que las circunstancias comportan un ilícito penal se lo trasladará al órgano que encargado de resolver, que decidirá si se envía el expediente al Ministerio Fiscal paralizando así el procedimiento administrativo hasta que se inadmita la interposición de la acción, se redactase sentencia firme sobre este aspecto o se declarase auto de sobreseimiento. El fin de la tramitación en el orden penal será notificado a la autoridad sancionadora en el orden social.

4. INFORME SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES CON RESPECTO AL BUQUE “POBRE MITROFÁN”

Esta vez, el objeto de nuestro análisis será la enumeración y estudio de los contratos de carácter mercantil que puedan haber sido perfeccionados con respecto a la actividad desarrollada por la embarcación.

Antes de nada, cabe aclarar que el buque sobre el cual nos planteamos este informe es de carácter civil ya que no pertenece al grupo de embarcaciones dedicadas al servicio de defensa nacional y además es un buque mercante porque su utilización tiene como finalidad un propósito mercantil. Más concretamente, el “Pobre Mitrofán” es una embarcación destinada al transporte de mercancías por mar que, en este caso, pertenecen a la empresa gallega denominada “Conservas y Congelados Sousa-Holstein, S.A”.

Los contratos mercantiles¹ que pudiesen afectar a este tipo de buque serán aquellos que se utilicen como mecanismo para regular las relaciones jurídicas que surgen a raíz de la actividad desarrollada. Desde nuestro punto de vista, los contratos más relevantes son respecto al “Pobre Mitrofán” en lo relativo al caso serán cuatro: el contrato de fletamento, al contrato de transporte marítimo, al contrato de carga y descarga y, por último, al contrato de seguro marítimo.

4.1 CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DEL BUQUE

Los vehículos - ya sean marítimos, terrestres o aéreos - han sido creados a partir de una necesidad. Esta necesidad, en un principio, fue el transporte de cosas y personas de un punto a otro pero, según se desarrollan los sistemas económicos y las técnicas comerciales, los transportes y entre ellos las embarcaciones, se han ido empleando para diversas funciones, esto es, se ha diversificado su explotación. Consecuencia de ello será el contingente de relaciones jurídicas que se pueden entablar entre las personas a la hora de poner en funcionamiento una actividad comercial cuyo elemento principal es el buque. Estas relaciones darán forma a los contratos mercantiles para así poder crear un ámbito de actuación acorde con la legislación de cada país y respetando los derechos y deberes de las partes implicadas.

4.1.1. CONTRATO DE FLETAMENTO

En caso de que no se haya producido la compraventa entre el propietario de un buque y quien precise de los servicios que este elemento puede aportar, el primero podrá prestarlo por tiempo definido a cambio de un precio y dicha actividad constituye el fletamento del buque.

El Código de Comercio se encarga de las relaciones entre fletante y fletador en su Libro III, Título III, más concretamente en la Sección Primera dedicada al contrato de fletamento². Debemos comenzar definiendo este tipo de contratos como aquellos por los

1. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 34ª ed., pag. 187, sobre los contratos mercantiles.

2. Código de Comercio, Libro III, Título III, Sección Primera, art. 652, que expone la definición del contrato de fletamento.

que el fletante (dueño) pone a disposición del fletador (otra persona) un buque a cambio de un precio. Son acuerdos de carácter consensual pero deberá constar en un documento llamado póliza o “charter party”¹ a efectos probatorios.

Según el supuesto que se nos plantea, observamos que la figura del fletante correspondería a la empresa naviera y la figura de fletador correspondería a la empresa gallega de congelados y conservas.

Es fácil confundir el contrato de fletamento con el de arrendamiento pero son conceptos diferentes y a continuación expondremos el porqué. En el primero, el contrato conlleva la puesta a disposición del buque totalmente armado y equipado de modo que pueda ser utilizado para la finalidad establecida en el contrato sin necesidad de realizar ningún tipo de añadido o inversión por parte del fletador. Este aspecto será el que lo diferencia de un contrato de arrendamiento de buque ya que en este último caso no será necesario que la embarcación se entregue equipada y armada para realizar la actividad pactada.

Las particularidades de éste contrato se basan en la existencia de dos tipos² de fletamentos; por tiempo o por viaje.

En el fletamento por tiempo se pone a disposición un buque durante un periodo determinado, en cambio en el fletamento por viaje existe la promesa de la realización de un resultado que sería la navegación del buque de un punto a otro pudiendo llevarla a cabo mediante la realización de uno o más viajes.

El fletamento por tiempo se caracteriza porque el fletante verá disminuido su poder en cuanto al buque con respecto al fletador, ya que el capitán de la embarcación responderá frente a este último y no frente al primero en cuanto a las órdenes dadas porque el objeto protegido sería la carga custodiada por el fletador. En cambio, en el fletamento por viaje, el fletante contará con un amplio margen de poder por la necesidad de cumplir con un resultado que favorecerá su actividad comercial, esto es, cuando el buque se pone a disposición del fletador para la realización de uno o más viajes este se estará comprometiendo a lograr un resultado como es el transporte de un conjunto de elementos de un lugar a otra en un plazo de tiempo determinado para que el buque este a disposición de otra persona con posterioridad y según lo estipulado en el contrato.

En el supuesto de fletamento por viaje pueden darse dos circunstancias, la primera; que el mismo fletador asuma solo la realización del viaje en términos de gestión náutica, esto es, reduciendo su labor a lo concerniente al buque y a su gestión náutica, y la segunda; que el fletador se comprometa a llevar a cabo el traslado de las mercancías responsabilizándose de las condiciones de las mismas.

En esta última postura el fletador adopta la denominación de transportista o porteador. En el fletamento por viaje tendremos en cuenta los plazos para realizar la carga y descarga, que deberán respetarse en virtud de lo establecido en la póliza, y los gastos que conllevan la permanencia del buque en el puerto para realizar tal actividad. Los gastos correrán generalmente a cargo del fletante ya que se determinarán unos periodos de tiempo denominados estadías para que el fletador pueda llevar a cabo la carga o la descarga del material trasladado. En lo relativo al fletamento por tiempo el fletador

1. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 703 sobre la póliza de fletamento.

2. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 701, sobre los tipos de contrato de fletamento: por tiempo o por viaje.

recibe la embarcación por un tiempo determinado, pudiendo realizar los viajes que estime oportunos siempre y cuando se respeten los límites pactados en la póliza. En este caso los gastos referentes al buque como pueden ser el combustible, el practicaje, el agua de las calderas o la permanencia en puertos para realizar la carga y descarga de las mercancías corresponderán al fletador.

En cuanto a las obligaciones¹ de las partes en virtud de la relación jurídica que los une, debemos especificar que serán diferentes según hablemos desde la perspectiva del fletante o desde la del fletador. Al primero de ellos le corresponderá la puesta a disposición del buque en el momento y lugar determinados, en condiciones óptimas para la navegabilidad, armado y equipado. El buque deberá contar con todos los documentos en regla y la capacidad para recibir y trasladar la carga correctamente y sin peligro. Entre las obligaciones del fletador encontraremos el deber de partir hacia el destino previsto en la fecha indicada, seguir la ruta determinada por el contrato y, por último, entregar las mercancías en el tiempo pactado y en las condiciones en las que fueron recibidas. En definitiva, las obligaciones del fletador se resumen en dos: la utilización del buque y el pago del flete a cambio de dicho uso.

El contrato de fletamento cuenta con una serie de causas que desembocarían en la rescisión² del mismo, que puede ser parcial o total. La voluntad de finalizar la relación contractual entre las partes contratantes podrá manifestarse³ tanto de mutuo acuerdo, como de parte de fletador o de parte del fletante. También cabe rescisión por causa de fuerza mayor.

En lo relativo al supuesto que estamos analizando, el buque objeto de nuestro estudio estaría involucrado claramente en un contrato de fletamento ya que de lo expuesto cabe deducir que la empresa naviera estaría prestando sus servicios a la sociedad anónima gallega dedicada a conservas y congelados para que sus productos fuesen trasladados.

4.1.2. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

Como podemos observar, el buque “Pobre Mitrofan” está destinado al transporte de mercancías, más concretamente al transporte de los productos pertenecientes a la empresa de “Conservas y Congelados Sousa-Holstein S.A”. Para realizar este tipo de servicios la empresa naviera deberá perfeccionar con la empresa que requiera tal actividad, un contrato de transporte marítimo⁴. En virtud de dicho documento una persona (porteador) se encargará del transporte de las de mercancías por vía marítima

1. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 704 y 706 sobre las obligaciones del fletante y del fletador y JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA Y JOSÉ MARÍA TUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., pag.430, sobre las obligaciones del naviero fletante.

2. Código de Comercio, art. Libro III, Título III, Sección Primera, 4º “de la rescisión total o parcial del contrato de fletamento”, art. 688, 689, 690, 691, 692.

3. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 708, sobre las causas de rescisión del contrato.

4. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 712, en cuanto a la definición del contrato de transporte marítimo internacional.

bajo su responsabilidad y custodia a cambio del precio convenido. La característica que distingue este tipo de contrato del resto de los contratos de transporte es el hecho de que dicha actividad se realice por vía marítima.

Dentro de este de contrato encontramos dos regímenes diferentes; el del contrato marítimo internacional, regulado por la Ley de transporte marítimo¹, y el del transporte de cabotaje a nivel nacional, regulado por las disposiciones integradas en el Código de Comercio. Para definir este documento y su ámbito de aplicación, y tratándose de un trayecto internacional, debemos recurrir a la norma citada, esto es, la Ley de Transporte Marítimo, de Diciembre de 1949. El artículo 1 de la misma establece que:

“La presente Ley tiene por objeto regular las relaciones entre los elementos interesados en el transporte de mercancías por mar, y se aplicará solamente al contrato de transporte internacional, formalizado en las condiciones que expresa el artículo siguiente”

En éste caso los puntos geográficos a tener en cuenta serán España y Mauritania y por ello centraremos nuestro análisis en el contrato referente al transporte marítimo internacional. Una vez sabemos esto, será pertinente aportar la definición establecida en el artículo 2 de la Ley, que dice:

“Por contrato de transporte ha de entenderse únicamente el contrato de porte formalizado en un conocimiento o en cualquier documento similar que sirva como título para el transporte de mercancías por mar, aplicándose igualmente al conocimiento o documento similar emitido en virtud de una póliza de fletamento, a contar desde el momento en que este documento regula las relaciones por porteador y del tenedor del conocimiento”

Como podemos observar, será de aplicación esta norma en aquellos casos en los que la actividad realizada por el buque se rija por una póliza de fletamento que especifique la relación jurídica establecida entre las partes contratantes. Además, dentro de esta definición encontramos un concepto que es conveniente tratar: el “conocimiento de embarque”². Este documento proporcionará la prueba³ del contrato para que se aplique la legislación relativa al transporte internacional plasmando el consenso de las partes por escrito. Además, tiene como finalidad la incorporación del derecho a reclamar la mercancía en destino y a disponer de ella a lo largo del trayecto recorrido. El conocimiento de embarque es equiparable a un título de tradición o entrega y tiene como consecuencia el otorgamiento de la posesión de las mercancías en manos del capitán del buque. Está integrado por una serie de indicaciones personales concernientes a ambas partes, así como la descripción de la carga y los términos en los que debe realizarse el servicio. Una vez redactado, se harán cuatro copias que serán entregadas a cuatro personas, esto es, una para el naviero, otra para el capitán, la tercera para el cargador y la última para el consignatario. Cada una de las copias contará con un valor

1. Ley de de 22 de Diciembre de 1949, de unificación de reglas en los conocimientos de embarque en buques mercantes o Ley de Transporte Marítimo Internacional.

2. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 715, sobre el conocimiento de embarque dentro del contrato de transporte marítimo internacional.

3. Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10402), sobre la condición de título valor que ostenta el conocimiento de embarque, incluyendo el derecho a retirar las mercancías y llevando a cabo la actividad comercial bajo el sistema de tradición o entrega pero, sin atribuir la propiedad de las mercancías, aunque sí su custodia

diferente ya que otorgarán diferentes poderes según la persona que las reciba.

Concretado el ámbito de aplicación del contrato de transporte marítimo, debemos hacer alusión a las obligaciones¹ que conlleva la firma del mismo para las partes, diferenciando la figura del porteador de la figura del cargador.

El porteador² será el responsable del traslado de la carga desde el lugar de recepción hasta el punto de destino respetando y manteniendo las condiciones en las que fueron entregadas. Su función comprenderá el transporte y la custodia desde el momento en que recibe las mercancías hasta el momento en que son puestas a disposición del consignatario, siendo responsable de tres fases³ diferentes dentro de la actividad comercial: la fase anterior al inicio del viaje, la fase que engloba el viaje y la fase posterior al mismo. En la primera fase el porteador deberá encargarse de que la embarcación cuente con las condiciones de navegabilidad óptimas exigidas por la legislación y por las pautas técnicas pertinentes, además deberá conservar en las condiciones adecuadas la mercancía entregada y realizar la estiba de la misma de un modo correcto. Finalmente deberá emitir el conocimiento de embarque. En la segunda fase, es decir, durante el trayecto, seguirá la ruta establecida y mantendrá la carga a buen recaudo. Por último, en la fase posterior al viaje, procederá a la descarga de las mercancías con la oportuna diligencia hasta que cese la intervención de los aparatos destinados a ello situados a bordo de la embarcación. Para terminar, el porteador estará obligado a entregar la mercancía al destinatario.

Ahora bien, en cuanto a la segunda figura que interviene en la actividad comercial analizada, debemos decir que, como cargador⁴, tendrá también una serie de obligaciones. Principalmente, su objetivo será la entrega en manos del porteador de la mercancía descrita según el contrato. Lógicamente, también deberá realizar el pago de flete o precio por el transporte realizado, el cual se calculará teniendo en cuenta el volumen del material transportado y la disponibilidad del mismo a la hora de ser apilado.

En este caso cabe especificar que para el transporte de personas⁵ debería formalizarse el contrato de pasaje que sería una modalidad de contrato de transporte. Es de carácter consensual, al igual que los anteriores, pero a efectos probatorios deben emitirse los diferentes “billetes de pasaje” en virtud de los cuales se reconoce el derecho del pasajero a realizar la ruta establecida o viaje. El buque “Pobre Mitrofán” no parece haber sido objeto de un contrato que establezca tales circunstancias ya que se dedica al transporte de mercancías.

1. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 717, sobre las obligaciones de las partes contratantes en lo relativo al contrato de transporte marítimo.

2. J.M^a. DE LA CUESTA RUTE Y E. VALPUESTA GASTAMIZA, *Contratos mercantiles*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2001, pag. 363, sobre los elementos personales dentro del contrato de transporte de mercancías, más concretamente sobre la figura del porteador.

3. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 718, sobre las obligaciones del porteador en las diferentes fases del trayecto marítimo.

4. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 719, sobre las obligaciones que comporta el contrato de transporte marítimo para con la figura del cargador y J.M^a. DE LA CUESTA RUTE Y E. VALPUESTA GASTAMIZA, *Contratos mercantiles*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2001, pag.367, sobre el papel del cargador o remitente en los contratos de transporte.

5. J.M^a. DE LA CUESTA RUTE Y E. VALPUESTA GASTAMIZA, *Contratos mercantiles*, Tomo II, cit., pag. 361, sobre los tipos de contratos de transporte, entre los cuales se encuentra el de mercancía, el de personas y el de cosas y personas simultáneamente.

4.2. CONTRATO DE CARGA Y DESCARGA

El contrato que vamos a estudiar en este apartado pertenece al grupo de los contratos auxiliares¹. La actividad de carga, descarga² y estiba³ incluye el proceso por el cual se trasladan las mercancías transportadas por un buque desde el punto de recogida hasta las bodegas del mismo o, por lo contrario, desde las bodegas hasta el punto en el que se encuentre el receptor o destinatario. Tales procesos comportarán, en este sentido, actividades de depósito, almacenaje, separación, manutención, clasificación y desplazamiento dentro de la zona portuaria, así como el vaciado y llenado de los contenedores.

Este tipo de contrato no está tipificado pero se puede clasificar como un contrato de arrendamiento de obra y, al mismo tiempo, puede integrarse dentro del ámbito de los contratos de transporte de mercancías según la persona que se encargue de la actividad.

Podríamos definir este contrato como la relación jurídica por la cual una persona (naviero) se compromete a pagar un precio en favor de otra (estibador, empresario responsable de los servicios de estiba o porteador) a cambio de que ésta realice las operaciones de carga y descarga referentes a la mercancía transportada por el buque. El servicio puede desarrollarse por el capitán del buque encargado de trasladar la mercancía en virtud de un contrato de transporte o de lo contrario, puede desarrollarse por una tercera persona que se denominaría estibador o cargador. Este último realizaría la carga y descarga en virtud de un contrato de arrendamiento de obra.

La relación jurídica basada en el transporte de mercancías y aquella establecida por el contrato de carga y descarga será independiente pero, en el caso de que sea el capitán del buque quien se encargue de dicha labor en el papel de porteador, ambos contratos se superpondrán. En otras ocasiones, el sujeto receptor de las mercancías contrata a una empresa dedicada a este tipo de servicios portuarios. Esta empresa actuaría como receptor de la mercancía hasta el momento en el que es puesta a disposición del destinatario final, y por ello la responsabilidad sobre la misma será mayor.

4.3. CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO

La noción del contrato de seguro nace a raíz de la actividad comercial basada en el transporte marítimo. La navegación comporta una serie de riesgos ante los cuales los sujetos involucrados han debido protegerse estableciendo una serie de normas con la finalidad de salvaguardar sus intereses. De éste modo, el contrato de seguro marítimo⁴, teniendo el objetivo de resarcir al sujeto damnificado, está integrado en el ámbito de los contratos de indemnización efectiva o de daños en sentido estricto.

1. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 727, sobre los contratos auxiliares dentro del transporte marítimo de mercancías.

2. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 730, sobre el contrato de carga y descarga dentro del transporte marítimo de mercancías

3. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA Y JOSÉ MARÍA TUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., pag.440, sobre las operaciones de carga, descarga y estiba. En este sentido, el epígrafe define la función de carga como la operación por la que se introducen las mercancías hasta las bodegas, la descarga como la operación inversa y la estiba como la operación de colocación, apilamiento y distribución dentro de las bodegas.

4. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 745 y 746, sobre el seguro marítimo, noción y régimen aplicable y Código de Comercio, Libro III, Título III, Sección Tercera, de los seguros marítimos, art. 737, sobre el contenido de la póliza de seguro marítimo.

La relación jurídica que se establece a partir de este contrato permite que una persona (asegurado/tomador) se obligue, en virtud de una póliza de seguro, a pagar una prima frente a otra persona (asegurador) a cambio de que éste indemnice al primero por valor de los daños que pueda sufrir con respecto a sus intereses patrimoniales como consecuencia de los riesgos que comporta la navegación marítima. La póliza¹ de seguro marítimo recogerá los aspectos generales de la relación jurídica establecida entre las partes y, al mismo tiempo integrará las particularidades acordadas por las mismas. Como establece el artículo 737 del Código de Comercio, el contrato de seguro será válido únicamente si existe una póliza firmada por las partes contratantes.

En este punto es importante distinguir entre los diferentes sectores de la navegación ya que no será igual el contrato de seguro referido a un buque mercante frente al contrato de seguro relativo a un yate de recreo. Los intereses del asegurado² no serán los mismos y los riesgos cubiertos por la póliza tampoco. Con respecto a los intereses asegurables en las relaciones con embarcaciones mercantes debemos destacar el mismo buque como artefacto naval y cosa compuesta. En este sentido será asegurable tanto el “casco” como los elementos que lo integran como las maquinarias y accesorios del mismo, el flete que será asegurado como elemento parte de las mercancías y no por separado y, por último, los desembolsos si pretendemos cubrir los riesgos patrimoniales que puedan correr los intereses económicos del naviero, es decir, las expectativas comerciales o el fracaso de las inversiones. Además, como elementos asegurables también debemos destacar las mercancías transportadas y, del mismo modo, cabrá indemnización en caso de que, como consecuencia de los riesgos que implica la navegación marítima, el naviero se vea endeudado.

En este tipo de contratos observamos la existencia de tres elementos personales³ diferentes: el asegurador, el asegurado y el tomador.

Entre las obligaciones del mismo encontraremos el pago de la indemnización a favor del asegurado en caso de que suceda alguno de los supuestos previstos por la póliza de seguro.

Existen diferentes procedimientos por los cuales se realizará dicho pago: la liquidación por avería y la liquidación por abandono. El primero de estos procedimientos es el relativo a la indemnización impuesta en base a los daños efectivamente producidos. El segundo de estos procedimientos solo será posible en casos estipulados por ley ya que implica el cobro de una indemnización a favor del asegurado como consecuencia de un siniestro grave como puede ser un naufragio, un accidente que inhabilite el buque o la pérdida del valor económico de las mercancías. Es decir, en la liquidación por abandono y concurriendo un daño de especialidad gravedad, el asegurado podrá recibir la indemnización pactada por sufrir un daño patrimonial a causa del accidente.

1. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 748, sobre la póliza del contrato de seguro.

2. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 749, sobre el interés asegurado y JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA Y JOSÉ MARÍA TUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., pag. 806, sobre el objeto del contrato de seguro.

3. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pag. 753, sobre las obligaciones de las partes contratantes dentro del seguro marítimo, Código de Comercio, Libro III, Título III, Sección tercera, 3º de las obligaciones del asegurador y del asegurado y JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA Y JOSÉ MARÍA TUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., pag. 800, sobre elementos personales del contrato de seguro marítimo.

En cuanto al asegurado podemos decir que es la persona que ostenta la titularidad del interés cubierto por la póliza de seguro. Sus obligaciones serán el pago de la prima en el tiempo, forma y lugar establecidos y de forma anticipada a la producción del daño. Asimismo correrán de parte del asegurado o del tomador los riesgos que desencadena la falta de comunicación de estos con el asegurador en cuanto a los riesgos que pueden producirse.

La posición del asegurado puede confundirse con la del tomador¹ del seguro y por eso es importante pararse a distinguir ambas partes.

El asegurado aparece como el propietario del bien sobre el cual recae el seguro y el tomador será el que interviene en la contratación de la póliza. Este tipo de distinción se establece porque en muchas ocasiones los contratos de seguros marítimos, y más al tratarse del transporte marítimo de mercancías, son realizados “por cuenta ajena”, es decir, son contratados por personas que no ostentan la titularidad de los intereses patrimoniales pero si su posesión durante el trayecto marítimo.

1. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA Y JOSÉ MARÍA TUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., pag. 801, sobre la diferencia entre “asegurado” y “tomador” y pag. 827, sobre los deberes de cada uno de ellos

ANEXO I

CONTRATO DE FLETAMENTO

En LUGO, a 20 de ABRIL de 2013

REUNIDOS

De una parte:

D. SILVESTRE HOLMS, mayor de edad, de estado civil CASADO, vecino de PONTEVEDRA, domiciliado en LALÍN, con documento nacional de identidad número 34782458K

De otra:

D. MANUEL DIAZ, mayor de edad, de estado civil SOLTERO, vecino de A CORUÑA, domiciliado en FERROL, con documento nacional de identidad número 56382957P

INTERVIENEN D. MANUEL DIAZ, en nombre y representación de NAVESTILLERO S.A., en lo sucesivo "EL FLETANTE", en virtud de poder otorgado a su favor ante el Notario de FERROL D. JOSE PEREZ, en fecha 20 DE ABRIL DE 2013, con el número de protocolo 121, poder que se halla debidamente inscrito en el Registro Mercantil de A CORUÑA y vigente, según manifiesta.

D. SILVESTRE HOLMS, en nombre y representación de CONSERVAS Y CONGELADOS SOUSA-HOLSTEIN S.A., en lo sucesivo "EL FLETADOR", en virtud de poder otorgado a su favor ante el Notario de LALÍN D. JUAN RAMIREZ, en fecha 20 DE ABRIL DE 2013, con el número de protocolo 234, poder que se halla debidamente inscrito en el Registro Mercantil de PONTEVEDRA y vigente, según manifiesta.

Todas las partes, en el respectivo carácter con el que intervienen, se reconocen mutuamente la capacidad legal en Derecho necesaria para concertar el presente **CONTRATO DE FLETAMENTO**, y a tal efecto, libremente y de común acuerdo,

EXPONEN

PRIMERO.- Que EL FLETANTE es propietario del buque " POBRE MITROFÁN ", matrícula HI-4773-FL de la lista 32 con bandera de ESPAÑA estado de ESPAÑA registrado en A CORUÑA buque de carga general y con las siguientes características:

- Arqueo Bruto: 70.000 TN
- Arqueo Neto: 50.000 TN
- Peso muerto: 30.000 TN
- Capacidad de carga rodada: NO
- Capacidad de pasajeros: NO

- Capacidad de bodegas: 9.000 CONTENEDORES

SEGUNDO.- Que EL FLETADOR está interesado en celebrar un contrato de fletamento del buque descrito en el Exponendo Primero para transportar CONSERVAS Y CONGELADOS DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS al puerto de BURELA.

TERCERO.- Que ambas partes de común acuerdo llevan a efecto el presente contrato con arreglo a las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA .- OBJETO El objeto del presente contrato es el fletamento del buque descrito en el Exponiendo Primero durante 1 día a contar desde el día siguiente al 19 ABRIL de 2013, en que el buque estará a disposición del Fletador para el transporte de:

- 100 toneladas de GAMBAS
- 150 toneladas de MERLUZA
- 200 toneladas de BONITO

EL FLETADOR podrá prorrogar el plazo de fletamento notificándoselo al FLETANTE con 20 días de antelación, devengando el mismo flete que se abonará al contado y por adelantado.

SEGUNDA .- FLETE **Precio**

El precio establecido para el flete es de 3.000 euros/día.

Pago

El pago del 50 % del precio se efectuará el día 21 DE ABRIL DEL 2013 en la cuenta corriente núm. 300045582774 8374 7448 que EL FLETANTE tiene suscrita con la entidad NOVAGALICIA BANCO en su sucursal AVENIDA CORREDOIRA N°2 .

El 50 % restante del precio del transporte lo recibirá FLETANTE en el plazo de 2 desde el día siguiente a la entrega de las mercancías en el lugar de destino con aceptación por el destinatario.

Retraso en el pago

El retraso en más de 3 días en cualquiera de los pagos dará derecho al FLETANTE a exigir al FLETADOR un interés moratorio del 20 % respecto de cada uno de los pagos no satisfechos puntualmente.

TERCERA .- ENTREGA DEL BUQUE **En el puerto de origen**

EL FLETANTE se compromete a poner a disposición del FLETADOR el buque el día 19 de ABRIL de 2013 en perfecto estado de navegabilidad, acondicionado para el transporte de mercancías, limpio y capaz de desarrollar con plena carga la velocidad de 20 nudos con mar llana con un consumo de 250 toneladas de combustible líquido recorriendo 1.500 millas marinas.

En el puerto de destino

EL FLETADOR entregará el buque al FLETANTE en el puerto de BURELA, en las mismas condiciones en que lo recibió y con la misma cantidad de combustible. Hasta que se entregue el buque, éste devengará el flete previamente acordado bien sea por día o por fracción.

CUARTA.- TRIPULACIÓN El capitán, D. PABLO GUTIERREZ , así como la tripulación del buque estarán sujetos a las órdenes del fletador, y cumplirán la normativa nacional de la marina mercante de ESPAÑA

AUTORIZACIÓN DE SUBCONTRATACIÓN EL FLETADOR está autorizado para subcontratar con terceros cargadores determinadas parcelas de carga. EL FLETADOR asumirá la total responsabilidad ante EL FLETANTE y si por ello se irrogase algún perjuicio al FLETANTE o a los cargadores, será responsable de la eventual indemnización por daños y perjuicios que pudiera corresponderles.

QUINTA .- SEGURO El deterioro o disminución de las mercaderías por cualquier causa no será causa obstructiva del pago íntegro del flete al FLETANTE.

EL FLETADOR contratará un seguro que resulte satisfactorio para EL FLETANTE y proporcionará a éste, a su solicitud, pruebas de la existencia de dicho seguro. La cobertura incluirá, entre otros aspectos, los daños provocados por fenómenos de la naturaleza, incendios, robo o piratería. EL FLETADOR informará con prontitud FLETANTE de cualquier peligro asegurable y cualquier suceso extraordinario que afecten a la mercancía y al buque fletado, tomando las medidas necesarias para la resolución del problema y la satisfacción de las reclamaciones.

Igualmente, EL FLETADOR deberá asegurar las mercaderías antes del embarque y entregar una copia de la póliza al FLETANTE.

SEXTA .- GASTOS.

Gastos de cuenta del FLETADOR

Serán de cuenta del FLETADOR todos los gastos relativos a la carga y descarga, estiba y desestiba, de combustible, de puertos, de practica, derechos, impuestos, amarre y todos los que se devenguen por el fletamento que no correspondan al FLETANTE.

Igualmente, EL FLETADOR sufragará los gastos relativos al seguro de las mercancías transportadas.

Gastos de cuenta del FLETANTE

Los gastos de provisiones, salarios, seguros del buque, pertrechos y mantenimiento del buque en perfectas condiciones de navegabilidad serán a cargo del FLETANTE.

DERECHO DE RETENCIÓN EL FLETANTE autoriza al FLETADOR a retener hasta el 50 % del flete hasta que los gastos y responsabilidades que son de cuenta y

cargo del FLETANTE no hayan sido íntegramente satisfechos.

OPERACIONES DE REPARACIÓN Y MANTENIMIENTO En caso de realizarse reparaciones en el buque para mantener sus condiciones de navegabilidad y, éste deba entrar en dique seco o similar, no se devengará el flete diario de dichas operaciones.

Cualquier otra causa de detención del buque correrá a cuenta del FLETADOR, aunque se produzca por negligencia del personal de a bordo.

SEPTIMA .- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO El Contrato podrá resolverse por las siguientes causas:

1. Por voluntad de cualquiera de las Partes cuando medie incumplimiento grave de las obligaciones pactadas.
2. Por acuerdo de las Partes por escrito.
3. La extinción de la personalidad jurídica de cualquiera de las Partes o la suspensión de pagos, quiebra, concurso o embargo de bienes de alguna de ellas a menos que se garantice de cualquier forma la deuda.

Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), y de conformidad con su artículo 61.3, "Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes".

En cualquier caso, la Parte que pretenda resolver el presente Contrato alegando incumplimiento de la contraparte, deberá requerirle al cumplimiento de la obligación de forma fehaciente, otorgándole un plazo de 10 días a la Parte incumplidora para que pueda subsanar dicho incumplimiento. Transcurrido dicho plazo sin que los incumplimientos hubiesen sido subsanados, el perjudicado podrá ejercitar la mencionada facultad.

En el supuesto de que los incumplimientos fueren de imposible subsanación en el plazo de 30 días, el perjudicado podrá ejercitar directamente la facultad opción, sin necesidad de remitir, previamente, el antedicho requerimiento.

OCTAVA .- GASTOS E IMPUESTOS Todos los gastos e impuestos que se originen como consecuencia de la formalización, cumplimiento o extinción del presente contrato y de las obligaciones que de él se deriven serán de cargo de D. SILVESTRE HOLMS EN REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA "CONSERVAS Y CONGELADOS SOUSA-HOLSTEIN S.A.

Igualmente, los gastos judiciales que se ocasionen por incumplimiento del presente contrato serán por cuenta de la parte incumplidora, incluidos honorarios del Procurador y Abogado aunque sus intervenciones no fueran preceptivas.

NOVENA .- JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEY APLICABLE Para cuantas cuestiones o divergencias pudieran suscitarse en relación con el presente contrato, la competencia de los Juzgados y Tribunales que deban conocer del asunto se determinará

de conformidad con los criterios de competencia objetiva, funcional y territorial legalmente aplicables.

El presente contrato tiene carácter mercantil y se regirá por sus propias cláusulas, y en lo en ellas no dispuesto, por lo previsto en el Código de Comercio, demás leyes especiales y usos mercantiles.

DECIMA .- NOTIFICACIONES Toda notificación que se efectúe entre las partes se hará por escrito y será entregada personalmente o de cualquier otra forma que certifique la recepción por la parte notificada en los respectivos domicilios indicados en el encabezamiento de este Contrato.

Cualquier cambio de domicilio de una de las partes deberá ser notificado a la otra de forma inmediata y por un medio que garantice la recepción del mensaje.

DECIMAPRIMERA .- GENERALIDADES El presente contrato anula y reemplaza cualquier contrato o acuerdo anterior entre las partes con el mismo objeto y sólo podrá ser modificado por un nuevo acuerdo firmado por ambas partes.

Si alguna de las cláusulas del presente contrato fuere declarada nula o inaplicable, dicha cláusula se considerará excluida del contrato, sin que implique la nulidad del mismo. En este caso las partes harán cuanto esté a su alcance para encontrar una solución equivalente que sea válida y que refleje debidamente sus intenciones.

Los encabezamientos de las distintas cláusulas lo son sólo a efectos informativos, y no afectarán, calificarán o ampliarán la interpretación de este Contrato.

Y en prueba de conformidad y aceptación de cuanto antecede, ambas partes firman los 6 folios del presente CONTRATO DE FLETAMENTO, extendido por duplicado y a un solo efecto, en la ciudad y fecha mencionados en el encabezamiento.

Fdo. Don SILVESTRE HOLMS

(El Fletador)

Fdo. Don MANUEL DIAZ

(El Fletante)

ANEXO II

CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

En LUGO , a 20 de ABRIL de 2013

REUNIDOS

De una parte:

D. PABLO GUTIERREZ , mayor de edad, de estado civil CASADO , vecino de LUGO , domiciliado en LUGO , con documento nacional de identidad número 34332211F

De otra:

D. SILVESTRE HOLMS , mayor de edad, de estado civil CASADO , vecino de PONTEVEDRA , domiciliado en LALIN , con documento nacional de identidad número 347882458K

INTERVIENEN

D PABLO GUTIERREZ , en nombre y representación de NAVESTIL S.A. , en lo sucesivo "EL PORTEADOR", en virtud de poder otorgado a su favor ante el Notario de LUGO D. MARTA FERREIRO, en fecha 20 DE ABRIL DE 2013 , con el número de protocolo 67 , poder que se halla debidamente inscrito en el Registro Mercantil de VIGO y vigente, según manifiesta.

D SILVESTRE HOLMS, en nombre y representación de CONSERVAS Y CONGELADOS SOUSA-HOLSTEIN S.A. , en lo sucesivo "EL CARGADOR", en virtud de poder otorgado a su favor ante el Notario de PONTEVEDRA D JUAN RAMIREZ , en fecha 20 DE ABRIL DE 2013 , con el número de protocolo 136 , poder que se halla debidamente inscrito en el Registro Mercantil de VIGO y vigente, según manifiesta.

Todas las partes, en el respectivo carácter con el que intervienen, se reconocen mutuamente la capacidad legal en Derecho necesaria para concertar el presente **CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE** , y a tal efecto, libremente y de común acuerdo,

EXPONEN

PRIMERO.- Que EL PORTEADOR no es propietario del buque "POBRE MITROFÁN" , matrícula HI-4773-FL de la lista 32 con bandera de ESPAÑA estado de ESPAÑA registrado en A CORUÑA buque de carga general y con las siguientes características:

- Arqueo Bruto: 70.000 TN
- Arqueo Neto: 50.000 TN
- Peso muerto: 30.000 TN
- Capacidad de carga rodada: NO
- Capacidad de pasajeros: NO
- Capacidad de bodegas: 9.000 CONTENEDORES

SEGUNDO.- Que EL CARGADOR está interesado en celebrar un contrato de transporte marítimo de mercancías para transportar CONSERVAS Y CONGELADOS DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS al puerto de BURELA.

TERCERO.- Que ambas partes de común acuerdo llevan a efecto el presenten contrato con arreglo a las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA .- OBJETO EL PORTEADOR se compromete al transporte de las mercancías señaladas en el Exponendo Segundo desde NUAKCHOT a BURELA entre los días 20 DE JUNIO DEL 2013 y 31 DE DICIEMBRE DEL 2013

SEGUNDA .- FLETE, FACTURACIÓN Y PAGO **Flete**

En contraprestación a sus obligaciones EL PORTEADOR percibirá una remuneración de 20.000 euros

Pago

El pago del 50 % del precio se efectuará el día 27 DE JUNIO DE 2013 en la cuenta corriente núm. 300055593 8588 7456 que EL PORTEADOR tiene suscrita con la entidad NOVAGALICIA BANCO en su sucursal AVENIDA MIRAFLORES N°34 .

El 50 % restante del precio del transporte lo recibirá EL PORTEADOR en el plazo de 2 días desde el día siguiente a la entrega de las mercancías en el lugar de destino con aceptación por el destinatario.

Retraso en el pago

El retraso en más de 3 días en cualquiera de los pagos dará derecho al PORTEADOR

a exigir al CARGADOR un interés moratorio del 20 % respecto de cada uno de los pagos no satisfechos puntualmente.

REVISIÓN DEL PRECIO POR ALTERACIÓN DEL PRECIO DEL COMBUSTIBLE EL PORTEADOR podrá incrementar en su factura el precio inicialmente pactado en cuantía equivalente a la diferencia existente entre el precio que tenía el litro de gasóleo el día de celebración del contrato y el que tenía en el momento de realizarse el transporte, multiplicada por el número de litros de gasóleo utilizados en su realización.

De la misma manera, el obligado al pago del precio del transporte podrá exigir una reducción equivalente del precio inicialmente pactado cuando el precio del gasóleo se hubiese reducido entre la fecha de celebración del contrato y la de realización efectiva del transporte.

TERCERA .- RECOGIDA Y ENTREGA DE LA MERCANCÍA Carga y descarga asumida por EL PORTEADOR

El PORTEADOR se obliga a la recogida y carga de dichas mercancías en el puerto de MAURITANIA , en la localidad de NAUKCHOT en la calle AFCAR MIR núm. 5 el día 27 de JUNIO de 2013 entre las 05:00 y las 17:00 horas.

EL PORTEADOR se obliga a entregar dichas mercancías en el puerto sito en ESPAÑA , en la localidad de BURELA en la calle AVENIDA DE LAS CAÑAS núm. 7 el día 31 de DICIEMBRE de 2013 entre las 05:00 y las 17:00 horas.

Carga y descarga asumida por EL CARGADOR

EL PORTEADOR cumplirá su obligación poniendo a disposición del CONSIGNATARIO el buque para su carga en el puerto sito en ESPAÑA, en la localidad de BURELA en la calle AVENIDA DE LAS CAÑAS núm. 7 el día 31 de DICIEMBRE de 2013 entre las 05:00 y las 17:00 horas.

Transcurrido dicho plazo sin que buque haya sido puesto a su disposición, EL CARGADOR podrá, sin perjuicio de exigir la indemnización a que en su caso hubiere lugar, buscar otro PORTEADOR.

El plazo para realizar la carga del envío a bordo del buque será de 12 horas contadas desde su puesta a disposición por EL PORTEADOR. Cuando EL CARGADOR/CONSIGNATARIO incumpla los plazos anteriormente señalados podrá EL PORTEADOR exigirle una indemnización en concepto de paralización del vehículo, a menos que pruebe que el retraso se debió a circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o causa imputable al PORTEADOR.

ACONDICIONAMIENTO, EMBALAJE Y SEÑALIZACIÓN DEL ENVÍO DE MERCANCÍAS CON RIESGO Las mercancías deberán ser entregadas al PORTEADOR convenientemente acondicionadas y embaladas, y señalizadas mediante marcas o inscripciones que avisen del riesgo que su manipulación pueda entrañar para las personas o para las propias mercancías, de tal forma que éstas puedan soportar sin menoscabo su transporte en condiciones normales y no constituyan causa de peligro para el porteador o su personal dependiente, las demás mercancías transportadas, el vehículo o los terceros.

EL PORTEADOR podrá rechazar los envíos o bultos que se presenten mal acondicionados, embalados o señalizados para su transporte.

CUARTA .- ITINERARIO Determinado por EL PORTEADOR

EL PORTEADOR puede elegir las rutas, medios y demás aspectos del transporte que estime convenientes.

Determinado por EL REMITENTE

EL PORTEADOR no podrá apartarse de la ruta elegida por EL CARGADOR salvo por causa de fuerza mayor.

Si se apartara de la misma sin mediar causa justificada, será responsable de todos los daños que por cualquier circunstancia sobrevengan durante el transporte a las mercancías que integran el envío, además de pagar la suma de 10.000 euros en concepto de arras penitenciales.

SEGUIMIENTO EN RUTA El buque utilizado en la ejecución del presente contrato deberá tener instalado un medio de comunicación TELEFÓNICA que permita al transportista informar de las siguientes incidencias:

- a) Averías
- b) Elección de rutas o itinerarios alternos
- c) Cualquier otra incidencia que pudiera provocar un retraso en entrega de la mercancía superior a 12 HORAS

QUINTA .- DAÑO O AVERÍA EN LA MERCANCÍA Los daños y pérdidas deberán ser objeto de reservas precisas, completas, fechas y firmadas en el documento justificativo de la entrega en el momento en que se produzca en el caso de daños.

Transcurridos ese plazo no se admitirá reclamación alguna contra EL PORTEADOR

sobre el estado en que entregó el envío transportado.

NOMBRAMIENTO DE PERITOS Si se producen dudas y contestaciones entre EL CONSIGNATARIO y EL PORTEADOR sobre el estado en que se hallan las mercancías que componen el envío en el momento en que éste hace entrega de las mismas a aquél, dichas mercancías serán reconocidas por peritos nombrados por las partes, y un tercero en caso de discordia, designado por la Junta Arbitral del Transporte.

SEXTA .- RETRASO EN LA ENTREGA EL PORTEADOR deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno el envío al CONSIGNATARIO dentro del plazo de tiempo acordado en la Cláusula Primera.

De no hacerlo así en supuesto de incumplimiento del plazo de entrega por parte del transportista, las partes pactan una penalización de 20.000 euros por cada día de retraso en la entrega de la carga, descontándose, en su caso, de la cantidad que quedara pendiente de pago si la misma fuera superior a la derivada de la penalización por retraso pactada, salvo que pruebe que el retraso fue debido a fuerza mayor, caso fortuito o causa imputable al CARGADOR o CONSIGNATARIO.

SEPTIMA .- FORMALIDADES ADUANERAS Corresponderá al PORTEADOR el cumplimiento de las formalidades aduaneras durante el transporte conforme a las instrucciones del CARGADOR que se recogen en el Anexo I, siendo los gastos y derechos aduaneros devengados con tal motivo de cuenta y cargo de D. SILVESTRE HOLMS EN REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA CONSERVAS Y CONGELADOS SOUDA-HOLSTEIN S.A.

OCTAVA.- RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR Alcance de la responsabilidad

Las mercancías se transportarán a riesgo y ventura del CARGADOR.

La responsabilidad del PORTEADOR comenzará desde el momento en que las mercancías se encuentren cargadas, colocadas y estibadas en su totalidad a bordo del vehículo que ha de realizar el transporte.

Límites a la responsabilidad del PORTEADOR

La responsabilidad del PORTEADOR por los daños, pérdidas o averías que sufran las mercancías integrantes del envío o por los retrasos en su entrega al consignatario, estará limitada como máximo a la cantidad de 20.000 euros por tonelada

Dicha limitación de responsabilidad no será de aplicación cuando el daño o retraso se

hubiese producido mediando dolo del PORTEADOR.

SUBCONTRATACIÓN El transporte de las mercancías deberá ser realizado por EL PORTEADOR con los medios personales y materiales integrantes de su propia organización empresarial, utilizando vehículos de los que disponga en tal concepto.

No obstante, cuando el transporte se lleve a cabo por EL PORTEADOR mediante la colaboración de otro porteador que cuente con el personal y los vehículos adecuados para realizarlo, no quedará desvirtuada su condición de porteador único frente al CARGADOR.

En todo caso, los vehículos utilizados habrán de reunir las condiciones adecuadas para el transporte del envío de que se trate, así como para el acceso y circulación por los lugares en que haya de realizarse su carga y descarga, cuando tales condiciones le hubiesen sido previamente comunicadas por el REMITENTE.

DERECHO DE RETENCIÓN EL PORTEADOR autoriza al CARGADOR a retener hasta el 50 % del precio del porte hasta que se demuestre que las mercancías han sido recibidas en condiciones óptimas para su utilización o, en su caso, hasta que EL PORTEADOR haya respondido de los daños y perjuicios irrogados al remitente.

SEGURO EL PORTEADOR contratará un seguro que resulte satisfactorio para EL REMITENTE y proporcionará a éste, a su solicitud, pruebas de la existencia de dicho seguro. La cobertura incluirá, entre otros aspectos, los daños provocados por incendios, agua, fenómenos naturales y robo.

EL PORTEADOR informará con prontitud al CARGADOR de cualquier peligro asegurable y cualquier suceso extraordinario que afecten a la mercancía transportada y tomará las medidas necesarias para la resolución del problema y la satisfacción de las reclamaciones.

NOVENA .- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO El Contrato podrá resolverse por las siguientes causas:

1. Por voluntad de cualquiera de las Partes cuando medie incumplimiento grave de las obligaciones pactadas.
2. Por acuerdo de las Partes por escrito.
3. La extinción de la personalidad jurídica de cualquiera de las Partes o la suspensión de pagos, quiebra, concurso o embargo de bienes de alguna de ellas a menos que se garantice de cualquier forma la deuda.

En cualquier caso, la Parte que pretenda resolver el presente Contrato alegando

incumplimiento de la contraparte, deberá requerirle al cumplimiento de la obligación de forma fehaciente, otorgándole un plazo de 10 días a la Parte incumplidora para que pueda subsanar dicho incumplimiento. Transcurrido dicho plazo sin que los incumplimientos hubiesen sido subsanados, el perjudicado podrá ejercitar la mencionada facultad.

En el supuesto de que los incumplimientos fueren de imposible subsanación en el plazo de 30 días, el perjudicado podrá ejercitar directamente la facultad opción, sin necesidad de remitir, previamente, el antedicho requerimiento.

CLÁUSULA PENAL En caso de resolución del contrato por causa imputable a cualquiera de las Partes, la parte contraria no estará obligada a la devolución de las mercancías o cantidades entregadas hasta ese momento, fijándose además una cantidad adicional de 30.000 € como indemnización que la parte incumplidora deberá abonar a la parte damnificada

DÉCIMA .- GASTOS E IMPUESTOS Todos los gastos e impuestos que se originen como consecuencia de la formalización, cumplimiento o extinción del presente contrato y de las obligaciones que de él se deriven serán de cargo de SILVESTRE HOLMS EN REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA CONSERVAS Y CONGELADOS SOUSA-HOLSTEIN S.A.

Igualmente, los gastos judiciales que se ocasionen por incumplimiento del presente contrato serán por cuenta de la parte incumplidora, incluidos honorarios del Procurador y Abogado aunque sus intervenciones no fueran preceptivas.

DECIMOPRIMERA .- JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEY APLICABLE Para cuantas cuestiones o divergencias pudieran suscitarse en relación con el presente contrato, la competencia de los Juzgados y Tribunales que deban conocer del asunto se determinará de conformidad con los criterios de competencia objetiva, funcional y territorial legalmente aplicables.

El presente contrato tiene carácter mercantil y se regirá por sus propias cláusulas, y en lo en ellas no dispuesto, por lo previsto en el Código de Comercio, demás leyes especiales y usos mercantiles.

DECIMOSEGUNDA .- NOTIFICACIONES Toda notificación que se efectúe entre las partes se hará por escrito y será entregada personalmente o de cualquier otra forma que certifique la recepción por la parte notificada en los respectivos domicilios indicados en el encabezamiento de este Contrato.

Cualquier cambio de domicilio de una de las partes deberá ser notificado a la otra de forma inmediata y por un medio que garantice la recepción del mensaje.

DECIMOTERCERA .- GENERALIDADES El presente contrato anula y reemplaza cualquier contrato o acuerdo anterior entre las partes con el mismo objeto y sólo podrá ser modificado por un nuevo acuerdo firmado por ambas partes.

Si alguna de las cláusulas del presente contrato fuere declarada nula o inaplicable, dicha cláusula se considerará excluida del contrato, sin que implique la nulidad del mismo. En este caso las partes harán cuanto esté a su alcance para encontrar una solución equivalente que sea válida y que refleje debidamente sus intenciones.

Los encabezamientos de las distintas cláusulas lo son sólo a efectos informativos, y no afectarán, calificarán o ampliarán la interpretación de este Contrato.

Y en prueba de conformidad y aceptación de cuanto antecede, ambas partes firman los 9 folios del presente CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE, extendido por duplicado y a un solo efecto, en la ciudad y fecha mencionados en el encabezamiento.

Fdo. Don PABLO GUTIERREZ

(El Porteador)

Fdo. Don SILVESTRE HOLMS

(El REMITENTE)

ANEXO III

CONTRATO DE ESTIBA Y DESESTIBA

En LUGO a 20 de ABRIL de 2013

REUNIDOS:

De una parte, y como empleador, D. JAVIER PALOMAR en su calidad de CARGADOR/ESTIBADOR , DNI 55667378K en nombre y representación de la Sociedad estatal ESTUBAPUBLIC S.A. con domicilio social en LUGO y de otra, como trabajador D. NICOLAS JIMENEZ DNI 88442323L y domicilio en BURELA calle AVENIDA SOL incluido en el censo de la Organización de Trabajos Portuarios (OTP), en la fecha de constitución de la Sociedad o en el Registro Especial de Estibadores Portuarios con el n.º 4 acuerdan otorgar el presente contrato de trabajo que regulará esta relación laboral de carácter especial, con sujeción a las siguientes

CLÁUSULAS:

Primera.-El contrato de trabajo se concierta por tiempo indefinido.

Segunda.-El trabajador es contratado con la categoría profesional y/o grupo profesional de CARGADOR/ESTIBADOR

Tercera.-El trabajador deberá realizar los trabajos de carácter temporal que le sean asignados en cualquiera de las empresas estibadoras y cumpliendo las órdenes impartidas por éstas, sin perjuicio de permanecer vinculado laboralmente a la Sociedad estatal, debiendo presentarse en todo caso a los llamamientos que se efectuarán en la sede de aquélla.

Cuarta.-La retribución estará constituida por un salario base de 800 euros

El salario garantizado será 1.600 EUROS

La retribución del período de vacaciones consistirá en el promedio de lo efectivamente percibido en los últimos seis meses.

Quinta.-La jornada de trabajo, vacaciones, descansos y demás condiciones laborales se regirán por lo dispuesto en el Convenio colectivo aplicable en vigor o subsidiariamente por las normas de general aplicación.

Sexta.-Durante el tiempo que el trabajador desarrolle tareas en el ámbito de una empresa estibadora corresponderá a la misma el ejercicio de las facultades de dirección y control de su actividad laboral.

Séptima.-El presente contrato se suspenderá cuando el trabajador suscriba contrato laboral con una empresa estibadora, teniendo opción a reanudar esta relación especial cuando se extinga el contrato con la empresa estibadora, salvo que dicha extinción se produzca por mutuo acuerdo de las partes, por dimisión del trabajador o por despido disciplinario declarado procedente.

Octava.-En todo lo no regulado en el presente contrato las partes se someten expresamente a lo previsto en el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, y sus normas

de desarrollo, al Convenio colectivo vigente en cada momento y, subsidiariamente, al Estatuto de los Trabajadores y demás normas de general aplicación.

El presente contrato se extiende por triplicado y será registrado en la Oficina de Empleo correspondiente, firmando las partes en el lugar y fecha supra indicados.

El trabajador: NICOLAS JIMENEZ

El representante de la sociedad estatal: JAVIER PALOMAR

ANEXO IV

PÓLIZA DE SEGURO MARÍTIMO

En LUGO a 20 de ABRIL , de 2013

REUNIDOS

De una parte, La Compañía de Seguros ASEGURABUC con domicilio en LUGO , calle DEL REAL , nº 12 . Constituida regularmente con arreglo a las leyes de ESPAÑA, en documento público otorgado ante el fedatario D. JULIO ESTEBEZ , e inscrita en el Registro mercantil con el número 3455 . Actúa en su calidad de ENTIDAD ASEGURADORA . Se halla representada por D. EMILIA MARCO , Consejero Delegado de la entidad, según poderes recogidos en escritura pública otorgada ante D. SUSANA MENDOZA convenientemente registrados en LUGO , con NIF 76667669J .
En adelante el asegurador.

Y de otra CONSERVAS Y CONGELADOS SOUSA-HOLSTEIN S.A. , con domicilio en LUGO , representada por don SILVESTRE HOLMS . En su calidad de ADMINISTRADOR DELA SOCIEDAD , con D.N.I o NIF en su caso 76664333Z . En adelante asegurado.

MANIFIESTAN

- 1.- El asegurado ostenta la propiedad de un buque de nombre POBRE MITROFAN bajo bandera ESPAÑOLA clasificado como BUQUE MERCANTE y de 70.000 toneladas de Registro, capaz de transportar 30.000 toneladas de peso muerto, con 1.1656,4 pies cúbicos de capacidad y capaz de navegar a plena carga a la velocidad de 20 nudos con un buen tiempo y mar llana, siendo su consumo de 250 toneladas de combustible líquido.
- 2.- Fue construido su casco por NAVANTIA en fecha 12 DE ENERO DE 2000 con maquinaria marca CASK . Se encuentra inscrito en el Registro de buques al Tomo IV folio 16 número 5 y se halla libre de cargas y gravámenes, no estando sujeto a embargo o retención judicial. Se encuentra asegurado en la Compañía ASEGURABUC con póliza número 558939 de fecha 20 DE ABRIL DE 2013 que habrá de mantenerse vigente o sustituida por otra de las mismas características sin solución de continuidad durante toda la vigencia de este contrato.
- 3.- El asegurado necesita en el curso de sus operaciones comerciales de transporte por el buque de las características indicadas, garantizar el riesgo derivado de la navegación y las responsabilidades que de él se derivan en el transporte de mercancías. En consecuencia, reconociéndose ambas partes capacidad bastante para el acto que celebran, deciden libremente concertar un contrato de seguro marítimo de transporte de mercancías sobre el bu-que descrito, con sujeción al sentido y alcance de las siguientes.

ESTIPULACIONES

- 1.- Es objeto de este contrato la previsión, preparación, articulación y concertación de unas condiciones de seguro de daños a las mercancías que transporte el buque anteriormente descrito, bien conjuntamente para un solo cargador, bien mediante cargas separadas de distintos cargadores, con excepción de aquéllos que presenten su propio seguro.
- 2.- El asegurador toma a su cargo los daños a mercaderías que se produzcan por riesgos de mar, puerto, bahía, rada, ensenada, varadero, y consistan en los siguientes accidentes: abandono, pérdida total, contribución a la avería común, gastos de salvamento por naufragio, abordaje, varada embarrancada arribadas y escalas forzosas, explosiones de máquinas, roturas de los elementos de dirección, y demás riesgos de mar, con excepción de los que figuran en la cláusula siguiente.
- 3.- Igualmente quedan comprendidos los perjuicios por retrasos en el viaje y consiguiente entrega retardada de mercaderías que no se deban a las anteriormente descritas en las que ya queda incluido, o fuerza mayor ajena a cualquier de las partes en la contratación, incluido el cargador.
- 4.- El asegurador no responde de los riesgos producidos por guerras, movimientos revolucionarios, motines, huelgas, embargos gubernativos, retención por orden de potencia extranjera, saqueo, apresamiento, represalias, cierre de puertos, ni de las consecuencias que de estos riesgos se derivan. Tampoco responde de los daños producidos por dolo o negligencia grave del asegurado, cargadores y consignatarios o mandatarios en tierra, por contrabando, comercio clandestino o prohibido y violaciones de bloqueo.
- 5.- El seguro permanecerá en vigor dentro de los límites de navegación del buque, comenzando la cobertura a partir del día 19 de ABRIL de 2013 y tendrá una duración de 6 MESES salvo que al término del plazo el buque se encontrara navegando, en cuyo caso se prorrogará hasta el tiempo de arribada a puerto, anclaje, amarraje, y todas las incidencias hasta su completa paralización y descarga, percibiendo la prima estipulada en proporción a los días que se gasten en la terminación de las operaciones. Igualmente se prorrogará, transcurrido el plazo pactado, por la tática anualmente, salvo que medie plazo de preaviso con un mes de antelación a la expiración de la prórroga que este corriendo en este momento.
- 6.- La prima estipulada se compone de una cantidad fija mensual, a cuenta de las operaciones de seguro de cada cargamento por separado, que se cifra en el 30 % de la media de las efectuadas en el año anterior y otra que depende de la valoración de los cargamentos singularizados, en los términos que se especifican en el apartado siguiente. Si fueren variados en tránsito el curso de las mercancías se abonará la prima suplementaria a contar desde el punto de desvío.
- 7.- las mercancías a transportar que se aseguran serán objeto de una declaración por parte del asegurado, con base a los datos aportados por el cargador, con motivo de cada operación de transporte que realice, a cuyo fin se proveerá a la oportuna valoración por las partes contratantes del seguro, partiendo del precio de venta en factura y en otro caso, el precio medio que tuviere en el mercado del punto de embarque. Al propio

tiempo y en función de su valor y de los riesgos que se corran, se determinará la prima del seguro por el transporte de las mercancías, que figurara por separado junto con cada declaración y se abonaran en su conjunto semestralmente, deducido el 50 % hasta entonces abonado.

8.- El contrato será resuelto y las cantidades abonadas quedaran a favor del asegurador si mediase valoración inexacta o del cargador en la declaración de las mercancías, particularmente en la mención de aquellas peligrosas que exigen ciertas medidas de seguridad en su transporte. Igualmente se resolverá por falta de aviso al asegurador de la existencia de cargas, embargos y otras contingencias que determinan un retraso del viaje y consiguiente abono de daños por entrega retardada de las mercaderías.

9.- Son también causa de resolución, la transmisión del buque a otro naviero sin comunicación anticipada al asegurador, y aún comunicándose, éste podrá o no continuar el seguro, como también el incumplimiento por cual-quiera de las partes a las condiciones establecidas en este contrato, todo ello con pérdida de las primas hasta entonces abonadas.

10.- El contrato quedará extinguido por el transcurso del plazo de vigencia o las prórrogas, en su caso, si media-re preaviso, y en caso de siniestro del buque que ocasionen su pérdida total o parcial, con devolución de las primas a cuenta que correspondan a partir de ese momento y las que correspondan en concreto al cargamento, si no se hallaran comprendidas en la indemnización propia del seguro del buque.

11.- Todos los impuestos, tasas, arbitrios, corretajes y cuantos se originen por la formalización, tramitación, cumplimiento y extinción de este contrato serán a cargo de la parte que interviniera según la ley.

12.- Cualquier litigio, discrepancia entorno al cumplimiento e interpretación de este contrato, o que esté directa e indirectamente relacionado con él, se someterá a arbitraje, con renuncia expresa de las partes al fuero propio que haya de corresponderles y en el marco de la Cámara de Comercio de LUGO a la que se encomienda su gestión, administración, y designación de árbitros de conformidad a su reglamento y estatutos. En lo que por normas imperativas no pueda ser sometido a arbitraje, las partes, con renuncia al fuero propio que pueda corresponderles, se someten a la jurisdicción de los Tribunales de LUGO

13.- La invalidez de algunas de las estipulaciones de este contrato no afectará a los demás, que se consideran vigentes en virtud del principio *in favor negotii*. Para cuantas dudas no puedan ser resueltas con el presente contrato, las partes se someten expresamente a la legislación del país ESPAÑA sin perjuicio de las normas imperativas y de orden público que resulten de aplicación por Derecho Internacional Privado.

En señal de aceptación y conformidad firman ambas partes contratantes el presente contrato que se extiende por triplicado y a un solo efecto en lengua ESPAÑOLA en el lugar y fecha arriba indicados.

El asegurador EMILIA MARCO

El asegurado SILVESTRE HOLMS

5. INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD CORRESPONDIENTE AL ADMINISTRADOR DE LA EMPRESA “CONSERVAS Y CONGELADOS SOUSA-HOLSTEIN S.A.”

En éste quinto epígrafe se nos plantea el estudio de las consecuencias que pudiera asumir el administrador de la empresa gallega “Conservas y Congelados Sousa-Holstein S.A”, el Sr. Silvestre Holms, en caso de que los hechos acaecidos a bordo del “Pobre Mitrofán” fuesen responsabilidad suya.

Considerando que el Sr. Silvestre Holms sea el autor único de los hechos expuestos, por no especificarse la existencia de colaboración por parte de un tercero, debemos aplicar la teoría del dolo directo ya que éste sería perfectamente consciente de sus actos. Siendo así, el administrador de la sociedad aparecerá como sujeto activo en la comisión de los delitos y si queremos concretar su responsabilidad tendremos que profundizar sobre diferentes cuestiones.

En primer lugar, trataremos de explicar la situación del autor como administrador de la empresa gallega y las responsabilidades que como tal está obligado a asumir. En segundo término, pondremos de relieve la intervención de la sociedad como persona jurídica y las consecuencias que se derivan de la comisión de los delitos relativas a la misma. En tercer y último lugar, haremos alusión a los hechos en sí, es decir, a los tipos penales en los que se encuadrarían estos actos, definiendo la conducta que ha de llevarse a cabo y exponiendo las sanciones que derivarían de esta.

5.1 RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Las sociedades anónimas están reguladas en la Ley de Sociedades de Capital, aprobada en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio. Nos interesa, dentro de esta norma, el Título VI, relativo a “la administración de la sociedad” ya que bajo esta idea hallaremos la información referente a la posición del administrador dentro de una sociedad anónima y las obligaciones que de esta se desprenden.

Las sociedades anónimas cuentan con un órgano dedicado a la gestión y representación de las mismas en lo relativo a sus relaciones jurídicas con terceras personas que sería el denominado órgano de administración¹ de la sociedad. Este órgano puede contar con diferentes alternativas en cuanto a su estructura, es decir, una sociedad anónima podrá trabajar con un administrador único, con varios administradores que desarrollen su tarea de forma mancomunada o con varios administradores que desarrollen dicha labor de forma autónoma. En el caso que estamos estudiando deducimos que se tratará de la primera de las opciones y que el Sr. Silvestre Holms trabaja como administrador único de la empresa gallega.

Los administradores cuentan con el deber de representar a la empresa sirviéndose de su propia firma para vincular a la sociedad, única y exclusivamente en cuanto a aquellos aspectos que integren el ámbito del objeto social al que la empresa se dedica. Dentro de

1. AURELIO MENEDEZ Y ANGEL ROJO, Lecciones de Derecho Mercantil, Vol. I, Civitas, Pamplona, 9ª edición, pag. 500, sobre el órgano de administración de las sociedades de capital: estructura y competencia.

2. AURELIO MENEDEZ Y ANGEL ROJO, Lecciones de Derecho Mercantil, cir., pag. 504, sobre la función de representación de los administradores en las sociedades de capital.

la estructura de una sociedad, el órgano de administración, sin importar el número de personas que lo conformen, será sometido a un régimen de responsabilidad¹ característico. El objetivo de dicho régimen será el resarcimiento de los daños patrimoniales consecuencia de la actividad negligente de este órgano, ya sea frente a los socios o frente al acreedor solidario. Según la Ley de Sociedades de Capital, comportará un acto contrario a la ley, toda actividad que refleje el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo. El administrador será responsable en lo relativo a las funciones que le hayan sido otorgadas y vinculará a la sociedad obligándola frente a terceros que obren de buena fe y sin culpa grave por los actos ajenos o contrarios al objeto social. Según establece la Ley de Sociedades de Capital, “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario” y todo aquello que no entre dentro de esa definición podrá ser sancionado. La conducta adecuada del administrador se traduce en una actividad llevada a cabo diligentemente y con el debido cuidado, de la manera más eficiente posible. Tendrá que corresponder a la sociedad con lealtad y siempre en interés de esta y no del suyo propio. En ningún caso será pertinente que se realicen negocios en beneficio propio valiéndose de instrumentos sociales, su cargo o su posición dentro de la empresa.

En el caso que estamos analizando, el Sr. Silvestre Holms, como responsable de la infracción correspondiente a un delito de contrabando de tabaco y la pena designada para el delito de tráfico ilícito de inmigrantes, incurre en una conducta desobediente con respecto a sus superiores, comete una falta de diligencia en cuanto a la actividad desarrollada y lleva a cabo su labor como administrador de manera negligente y contraria a la legislación nacional e internacional. Como ya hemos expuesto, su actitud vinculará a la sociedad dentro de los límites establecidos por la ley porque la realización de los actos ilícitos se ha llevado a cabo mientras el Sr. Silvestre Holms desempeñaba su tarea al frente de la administración de la sociedad. El acusado se ha valido de las relaciones comerciales de esta empresa para beneficiarse contraviniendo la ley.

5.1.1 CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA FIGURA DEL SR. SILVESTRE HOLMS COMO SENADOR DE LAS CORTES GENERALES DEL REINO DE ESPAÑA

Nos fijaremos ahora, en lo relativo al estudio de la responsabilidad por parte del Sr. Silvestre Holms, en que además de su cargo como administrador de la sociedad gallega, este individuo ostenta el cargo de Senador², formando parte así de las Cortes Generales del Reino de España.

Como ya sabemos, España cuenta con un sistema bicameral por el cual divide las Cortes en dos. Por un lado tendremos la cámara alta, que corresponde al Congreso de los Diputados y, por otro lado, la denominada cámara baja o Senado. El Senado es la cámara de representación territorial³ en donde tendrán voz las Comunidades Autónomas y las provincias. Cada Comunidad autónoma designará un senador principal y otro por cada millón de habitantes con los que cuente su territorio. A mayores, cada una de las provincias elegirá cuatro senadores.

1. AURELIO MENEDEZ Y ANGEL ROJO, Lecciones de Derecho Mercantil, cir., pag. 509, sobre la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.

2. Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado del día 3 de mayo de 1994 y el Estatuto personal de los senadores.

Para conocer el trato que como tal se les ha de conceder a los senadores de las Cortes Generales en España, debemos remitirnos a la Constitución española de 1978 y al Reglamento de los senadores.

El primero de los textos citados, es decir, la Constitución española como norma suprema de nuestro ordenamiento, expone en su Título III las particularidades relativas a la condición de senador o diputado. El artículo 71 de esta norma establece lo siguiente:

“Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán, asimismo, de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito.

No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”

Seguidamente, el artículo 72 de la Constitución nos explica que las Cámaras redactarán su propio Reglamento y su Estatuto Personal, y será a estos textos a los que debemos remitirnos a partir de ahora.

El Estatuto Personal de los Senadores comienza destacando que, para formar parte del Senado, el individuo prestará juramento o promesa de acatamiento a la Constitución. En segundo lugar, y dejando a un lado el tema relativo a la inviolabilidad de sus actos en función de su cargo, el Estatuto hace referencia a la inmunidad de los Senadores, aspecto que deja patente el artículo 22 del Reglamento del Senado diciendo lo siguiente:

“Durante el período de su mandato, los Senadores gozarán de inmunidad y no podrán ser retenidos ni detenidos salvo en caso de flagrante delito. La retención o detención será comunicada inmediatamente a la Presidencia del Senado.

Los Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Senado, solicitada a través del correspondiente suplicatorio”

El sistema que ofrece el artículo expuesto no permite que los supuestos delincuentes, desde su posición de senadores, sean inculcados o procesados sin haber adquirido antes la autorización de la Cámara mediante la solicitud pertinente, realizada en virtud de un documento denominado “suplicatorio”. En caso de que se autorice tal proceso, los Senadores estarán sometidos a un fuero especial por el cual serán procesados, única y exclusivamente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

De lo expuesto podemos afirmar que, aunque la responsabilidad del Sr. Silvestre Holms como administrador de la sociedad anónima quedase patente y fuese reprochable, en condiciones como las que se indican y desde el punto de vista de la posición de éste sujeto como Senador de las Cortes Generales, no tendrá las mismas consecuencias. Sabiendo la posición que ostenta el Sr. Silvestre Holms como Senador, podemos concluir que, aún siendo el responsable de los delitos de contrabando y tráfico ilícito de personas, no podrá ser procesado de manera directa ya que dicho proceso deberá ser autorizado por la Cámara. Además, la inmunidad a la que están sometidos este tipo de cargos, únicamente permite la detención en caso de “flagrante delito”, lo que significa que solo podrá ser aprehendido si se le sorprende cometiendo el ilícito.

Como decíamos, para iniciar el procesamiento de un Senador será necesaria la autorización de la Cámara, lo cual se conseguirá mediante el envío del suplicatorio al Presidente del Senado. El Presidente lo remitirá a la Comisión de Suplicatorios en donde se recabarán las pruebas necesarias y se escuchará al afectado para, en el plazo máximo de treinta días, emitir un dictamen que se debatirá ante el Pleno dentro del orden del día. Después, el Senado se reunirá en sesión secreta para conocer el dictamen realizado sobre el suplicatorio y, por último, tras el acuerdo de la Cámara, el Presidente contará con el plazo máximo de ocho días para trasladar la resolución al Tribunal Supremo junto con la copia autorizada de la resolución adoptada.

5.2. RESPONSABILIDAD DEL CAPITÁN O PATRÓN DE BUQUE

Para determinar la responsabilidad del Sr. Silvestre Holms ante los ilícitos señalados, debemos hacer alusión a la figura del patrón del buque y su ámbito de responsabilidad para con las actividades realizadas a bordo.

Ante la denuncia de los extranjeros sobre el hecho de haber sido víctimas de un delito de tráfico ilegal de migrantes y ante su negativa a la hora de responsabilizarse de las 2.000 cajetillas de tabaco de contrabando, el Sr. Gutierrez como patrón del buque, sostiene que el grupo formaba parte de la tripulación y que las cajetillas, en caso de existir, habrían sido introducidas por estos.

Aunque la normativa nacional distingue¹ la figura del patrón y la de capitán de buque, diciendo que el primero será el que esté al mando en aquellas embarcaciones de pequeño porte que se dediquen a la navegación de cabotaje, mientras que el segundo será el que ostente el mando en los buques de cierta envergadura dedicados a la navegación de altura, en la práctica no suelen distinguirse por tanto equipararemos la figura de patrón a la de capitán. Además, en una actividad empresarial internacional como la que estamos tratando, sería imprescindible, como consecuencia de la lejanía que la caracteriza, que el mando de la embarcación lo ostentase el capitán ya que el patrón no está ligado de la misma manera al desempeño de las funciones propias de la autoridad estatal, mientras que el capitán sí.

El tratamiento de los capitanes y patrones de buque se incluye en el Código de Comercio, Libro , Título II, Sección Segunda. Dentro del ámbito de las funciones² que desempeña el capitán de un buque nos encontraremos con aquellas que son inherentes al cargo y con las que son conferidas por el naviero en favor del capitán. Como no conocemos específicamente las capitulaciones del contrato por el cual desempeña su labor el capitán, debemos referirnos a las funciones estipuladas por la ley para conocer el ámbito de actuación del mismo. Una de las funciones inherentes al capitán abarca la contratación de los sujetos que formen parte de la tripulación del buque, actividad que podría realizarse en ausencia del naviero. Además, el mismo capitán estará obligado a hacer las comprobaciones necesarias para que el buque se encuentre debidamente pertrechado y provisto, tomará las decisiones en caso de urgencia relativa a la

1. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA, Manual de Derecho de la Navegación Marítima, cit., pag. 356 sobre la diferencia entre la figura del patrón y el capitán dentro del ordenamiento jurídico español.

2. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA, Manual de Derecho de la Navegación Marítima, cit., pag. 357 y 359 sobre las facultades y funciones comerciales del capitán.

reparación del casco y de las máquinas de la embarcación y contratará el fletamento del buque en ausencia del naviero. Para todo ello podrá disponer de los fondos que requiera.

Será importante dentro de nuestro estudio, la representación¹ del capitán y el modo en el que su conducta vincula a la empresa naviera. En un principio el capitán no necesita llevar a cabo su actividad en nombre de la naviera para que exista vinculación entre ambos, sino que bastará con que éste actúe como capitán del buque frente a terceros, es decir, si la actividad se ha realizado dentro del margen de sus funciones propias la empresa naviera se verá vinculada a ellas.

5.3. HECHOS ILÍCITOS

Para aplicar la legislación adecuada a cada caso y desglosar las consecuencias y particularidades de cada uno de los ilícitos cometidos iremos por partes. Explicaremos primero el ilícito por el cual se incumple la normativa en materia de represión del contrabando, imputando al responsable una infracción como consecuencia del transporte ilegal de 2000 cajetillas de tabaco y, en segundo lugar, estableceremos la pena correspondiente al delito de tráfico ilícito de personas alegado por el grupo de extranjeros que se encontraban a bordo de la embarcación. Expondremos las características que los definen, su tipificación dentro de nuestro ordenamiento jurídico y las consecuencias que tendrán para con el responsable de los mismos.

-EL CONTRABANDO DE TABACO

Este tipo de conductas están reguladas en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de Diciembre, de Represión del Contrabando. El Código penal español nos remite a esta ley en su apéndice, indicando que este conjunto de normas pertenecen al campo del Derecho Penal siendo precisas una serie de puntualizaciones.

Esta norma explica, antes de nada, lo que entenderemos por delito de contrabando², diciendo lo siguiente en su artículo 2:

“Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros(…)”

De este precepto extraemos una primera distinción: el contrabando de tabaco se entenderá como delito según la cuantía a la que ascienda el precio de las mercancías que serán objeto de comercio ilegal, siendo calificadas, el resto de las conductas afines cuya cuantía sea inferior a la estipulada, como “infracciones administrativas de contrabando”.

Para conocer la tipificación de estas infracciones nos remitiremos al Título II de la Ley de Represión del Contrabando. Este apartado expone una definición adecuada para el ilícito cometido a bordo del “Pobre Mitrofán”. Así, en su artículo 1, establece que serán responsables de una infracción administrativa de contrabando las personas, físicas o jurídicas, que lleven a cabo las acciones u omisiones tipificadas en el artículo 2 de la ley cuando el valor de los bienes no supere los 150.000 euros. Al mismo tiempo, cabe

1. JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA, Manual de Derecho de la Navegación Marítima, cit., pag. 361, sobre el poder de representación del capitán frente a la empresa naviera.

2. LUIS VACAS CHALFOUN, “El contrabando de tabaco y los dos años de vigencia de la Ley Orgánica 6/2011, en Revista Aranzadi Doctrinal parte Estudio, año 2014, número 11, Aranzadi, Pamplona 2014

especificar que se considerará delito de contrabando el tráfico de tabaco en circunstancias ilegales siempre que su valor supere los 15.000 euros. Así pues, para comprender si estamos ante una infracción administrativa de contrabando o un delito de contrabando, debemos observar primero los actos incluidos en el artículo 2, los cuales reflejarán aquellos hechos que constituyan tales infracciones o delitos. De tal enumeración nos interesa un único apartado en el cual observaremos quien será considerado autor en este tipo de actividades:

“Quienes realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.”

Para entender este precepto hay que hacer una breve alusión al concepto de “género estancado”. Si nos trasladamos al artículo 1 de la ley podemos ver una serie de definiciones entre las que encontraremos el significado de dicha idea. Según este apartado entendemos que los géneros estancados corresponderán a:

“los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición.”

Como podemos ver, el tabaco está incluido entre los productos estancados y por tanto debemos tratarlo como tal. Las infracciones en relación con este tipo de productos pueden considerarse leves, graves o muy graves según la cuantía de las mercancías. Para conocer la graduación que corresponderá a nuestro caso debemos determinar, antes de nada, el importe de las mercancías objeto de contrabando a bordo del “Pobre Mitrfán”. Esta valoración de los bienes objeto de delito de contrabando está estipulada en el artículo 10 de la Ley de Represión del Contrabando. Este precepto expone que, en caso de que la mercancía esté integrada por géneros estancados, como es el tabaco, la fijación del valor de los bienes se realizará en función del precio máximo de venta al público. Sabiendo que en España el precio máximo de una cajetilla de tabaco es 6,20 euros, tendríamos que multiplicar las 2000 cajetillas de tabaco incautadas por las autoridades españolas por dicho precio y obtendremos un total superior a 12.000 euros. Basándonos en dicha cuantía estaremos ante una infracción “muy grave” ya que la ley explica que, cuando la valoración del tabaco de contrabando supere los 7.200 euros o cuando el incumplimiento sea relativo a uno de los apartados que conforman el artículo 2.2 de la ley, las infracciones serán calificadas como “muy graves” y les será aplicable una sanción acorde a dicha graduación.

Las consecuencias de la actividad tipificada como tal corresponderán a una sanción¹ pecuniaria en función del valor de la mercancía incautada. El intervalo para las infracciones muy graves será entre un 250% y un 350% y se atribuirá en proporción al precio de los bienes de contrabando. El mínimo al que puede ascender la multa será de 500 euros en este caso.

Asimismo, con respecto a aquellos casos en los que se incumpla en apartado 2.2 de la ley, situación en la que se encuentra nuestro acusado, además de la sanción pecuniaria

1. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 24 de Mayo de 2013, sobre el contrabando de tabaco y la imposición de una sanción en virtud de una infracción grave contra el monopolio del tabaco.

(que oscilara en un intervalo de entre el 275% y el 350% con un mínimo de 1.000 euros), será pertinente, de manera temporal, el cierre de los establecimientos que estén bajo propiedad del infractor. Este periodo de tiempo vendrá determinando por la gravedad de la infracción que, en caso de ser muy grave corresponderá a un intervalo de cierre de entre 9 meses y un día y 12 meses.

A mayores, para determinar la cuantía de la sanción, se tendrán en cuenta aspectos relativos al uso de medios fraudulentos como los indicios que determinen la existencia de una planificación previa en cuanto al hecho ilícito, el ejercicio de la actividad delictiva valiéndose de una organización que facilite su comisión como por ejemplo una empresa o por la simple naturaleza de los materiales de contrabando. Y en relación con la ejecución de la incautación y el comiso, debemos saber que serán decomisados todos aquellos bienes objeto de la infracción (el tabaco) y los medios de transporte utilizados para realizar la actividad (el buque). Los bienes de lícito comercio que sean decomisados y que estén comprendidos entre los bienes monopolizados, como sería el tabaco, serán puestos a disposición de la autoridad judicial y esta procederá según lo especificado en materia de dichos bienes, dejándolas en manos de las entidades gestoras de los monopolios si así lo establece la sentencia.

También cabe hacer alusión a la Ley13/1998, de 4 de Mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria. La materia integrada en esta ley regula el sector tabaquero nacional según el principio de “libertad de empresa”. Mediante dicha norma se establece la liberalización del mercado de tabaco y se impone una serie de reglas a cumplir por parte de los sujetos involucrados. A raíz de esta vemos que será imprescindible, para la importación y distribución de este material, la adquisición de una licencia administrativa según la que se establece el cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente.

-EL TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS

El delito de tráfico ilícito de personas¹ constituye una conducta delictiva y para conocer las particularidades de su definición y las consecuencias de su ejercicio debemos acudir a diferentes normas. Este tipo de conducta estará regulada a nivel internacional, esto es, existirá legislación común a todos los Estados parte de las Naciones Unidas por tratar temas de índole transnacional y humanitaria, pero, cada país tendrá la capacidad de dictar las medidas legislativas que crea oportunas a la hora de tipificar el delito.

Para comprender la delimitación internacional de este tipo penal y su regulación a nivel internacional debemos acudir al “Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, mar y Aire”. Dicho texto está enfocado hacia la prevención y el combate de estas actividades y con esta finalidad se ha creído conveniente la unión de los Estados, estableciendo un ámbito de cooperación, comunicación y legislación común a todos ellos. De esta manera, todos los países parte del Protocolo se guiarán por lo expuesto en el mismo y tendrán un único objetivo estipulado en consenso y según los principios e ideas que representan las Naciones Unidas en materia de migración internacional. Este documento trabaja en favor de la defensa de los derechos humanos vulnerados en los casos de tráfico de personas, expuestos en la Carta de los Derechos del Hombre. Las

1. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Derechos laborales y de la Seguridad Social de los inmigrantes, Lerko Print, Madrid, 2006, pag. 178, sobre el delito de tráfico de personas en general.

partes contratantes deberán luchar en contra de la vulneración de estos valores, evitando la formación de un mercado ilegal de personas en el cual se cobra a los migrantes por el hecho de ser trasladados clandestinamente fuera de su país.

En primer lugar, según el Protocolo, podemos definir el tráfico ilícito de migrantes como:

“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”

A mayores, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a 15 de noviembre de 2000 aprueba la resolución 55/25 o lo que es lo mismo, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Esta norma tiene como propósito fomentar la cooperación entre los Estados parte de las Naciones Unidas para luchar de una manera más eficaz contra este tipo de ilícitos cuando la actividad se desarrolle en el ámbito de grupos de delincuencia estructurados y con intención de obtener un beneficio, ya sea económico o no. En este sentido, la Convención deja que los Estados legislen de forma autónoma este tipo de circunstancias.

Una vez delimitado el delito a nivel internacional, es importante explicar que, cada Estado parte del Protocolo, en consonancia con la normativa establecida en el mismo, adoptará a nivel nacional la legislación que considere pertinente. De este modo acudiremos a diferentes textos legislativos que forman parte de nuestro derecho interno para delimitar y concretar las particularidades del delito de tráfico ilícito de migrantes dentro de nuestras fronteras.

En España, la actividad que comporta el tráfico ilegal de migrantes está tipificada en el artículo 318 del Código Penal, el cual expone que:

“1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

La conducta descrita consiste en cualquier acto que suponga un favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, referidos a terceras personas. Como podemos observar, nuestra ley en materia de derecho penal regula este tipo de conductas clasificándolas como delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. La finalidad de esta norma es la lucha contra la delincuencia en materia de extranjería. Para incurrir en la conducta tipificada por nuestro Código Penal debe existir una actividad de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina de personas que pueden llevarse a cabo, sin suponer ninguna distinción, mediante cualquier tipo de transporte, ya sea un avión, un coche o una embarcación.

Con respecto al tratamiento del delito de tráfico ilícito de personas podemos ver que existirán tres modalidades o subtipos agravados, pero no es necesario que concurra una de estas tres circunstancias para que el delito se entienda por cometido ya que bastará con la realización de la conducta tipificada en el artículo citado con anterioridad. Podrá agravarse la comisión del tipo penal ya sea por realizar la conducta típica con ánimo de lucro¹, por realizarla mediante el empleo de violencia o intimidación o por abusar de la situación de necesidad de la víctima.

El sujeto activo de este delito podrá ser cualquier persona. Es importante hacer alusión a lo expuesto en materia de tráfico ilegal de personas en la Ley 4/2000 en relación con el sujeto pasivo. Según observamos el Título III, de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, podemos afirmar que, con respecto a este, es decir, al extranjero, cabrá exención dentro de la responsabilidad administrativa (única responsabilidad que se le puede aplicar) y evitar la expulsión inmediata del territorio español si coopera y colabora con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, proporcionando datos y testificando en contra de los responsables.

En conclusión, todo parece apuntar a que estamos ante una serie de delitos perpetrados en el ámbito de la delincuencia organizada como medio para conseguir un beneficio

1. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Derechos laborales y de la Seguridad Social de los inmigrante, pag. 198, sobre el agravante por ánimo de lucro.

económico y aprovechándose de la situación de necesidad de los sujetos trasladados. Todo negocio que tenga por objeto a una persona y que esté aprovechando la situación de necesidad de la misma y que ofrezca una relación de dependencia para la víctima, pondrá a esta en una situación de inferioridad y desprotección aunque el tráfico se cometa por voluntad de la víctima. Estos aspecto, tanto las conductas agravantes que pueda entrañar la actividad delictiva como su realización en el ámbito de la delincuencia organizada, supondrán la ampliación de la pena a la hora de imputar a los sujetos que corresponda.

El Sr. Silvestre Holms es detenido por el juez de instrucción, por lo que entendemos que se verá involucrado en la trama expuesta como representante de la sociedad anónima gallega porque será quien de las órdenes al capitán del buque como fletador del mismo en virtud de las cuales, éste último, llevará a cabo la carga de las 2.000 cajetillas y el traslado de los extranjeros de un punto a otro. Por otra parte, el patrón o capitán del “Pobre Mitrofán” , el Sr. Gutierrez, formaría parte del ilícito como sujeto activo ya que sin su intervención no se podrían haber realizado los ilícitos ante los que nos encontramos.

En este punto debemos hacer alusión a la diferencia entre la asociación¹ y la codelincuencia ya que según se establezca una relación de coautoría o una relación en base a una organización planteada con el objetivo de la comisión del ilícito, las pena serán diferentes. En este sentido, la jurisprudencia hace hincapié en el carácter transitorio de la actividad realizada, es decir, estaríamos ante una asociación si existe un grupo organizado jerárquicamente con un plan de actuación común un carácter duradero y, estaríamos ante una coautoría si, de lo contrario, el hecho se desprende de un simple acuerdo entre los partícipes. Para entender esta diferenciación debemos acudir a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, en donde se define el “grupo delictivo organizado” y el “grupo estructurado”. El primero sería aquel grupo compuesto por tres o más personas que durante un tiempo actúan con el objetivo de cometer un delito grave y, el segundo sería aquel formado por un grupo de personas que de manera consciente decidan llevar a cabo el ilícito pero sin estar divididos en base a una estructura jerárquica. Ambos se consideran asociaciones y por tanto, los sujetos activos en delitos perpetrados por este tipo de grupos no serán tratados como coautores sino como grupo organizado.

El Sr. Silvestre Holms y el Sr. Guitierrez formarían parte de una red organizada y por tanto, les serían imputables los delitos objeto de nuestro análisis.

1. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Derechos laborales y de la Seguridad Social de los inmigrante, pag. 202, sobre la agravación por pertenencia a una organización.

CONCLUSIONES

1. La problemática en el ámbito de la navegación y el transporte de mercancías tiene especial transcendencia en materia delictiva. Tanto el contrabando de mercancías como la inmigración clandestina conllevan graves consecuencias para los diferentes Estados, ya sea a nivel económico, social o político. Directamente relacionado con este tipo de delincuencia estará la actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, quienes contarán con el deber de ejecutar la detención de las embarcaciones en las que se desarrollen los acontecimientos, salvaguardando los derechos de los responsables y de los afectados. Su actuación debe ser impecable y tendrá que llevarse a cabo respetando la normativa nacional e internacional.
Asimismo, el propio país receptor, España en este caso, tiene la obligación de crear organismos dedicados a este tipo de actividades y dotarlos con la preparación y los instrumentos idóneos para desempeñar tal cargo.
2. Es importante tener en cuenta, a la hora de tratar la recepción de los extranjeros que llegan a España de forma ilegal, el ámbito de los derechos humanos y la protección ofrecida a nivel internacional para aquellas personas que así lo precisen. En cuestión de extranjería, España reconoce el derecho de asilo a todo extranjero que cumpla con una serie de requisitos mediante los que se certifique una situación en la que los derechos humanos y las libertades fundamentales de esta persona están siendo vulnerados en su país. Consecuencia de ello debe ser que no pueda desarrollar una vida normal en su ciudad natal y que exista una persecución por parte del Gobierno al cual estaría sometido allí. El Derecho Internacional protege este tipo de circunstancias por contar con un carácter humanitario y establece que cada Estado regulará, según su criterio, los modos de adquisición del derecho de asilo y la condición de refugiado. Es importante dejar patente que, aun existiendo casos en los que se utiliza este tipo de protección de forma fraudulenta para tratar de establecerse en el país de destino, debemos considerar siempre la posibilidad de que el individuo esté siendo sometido a un gobierno contrario a los derechos y libertades fundamentales, estudiando caso por caso y respetando el principio de “no devolución”. Este tipo de situaciones no pueden ser permitidas y está en manos de todos los Estados, a través de técnicas de cooperación e información entre ellos, el crear un ámbito legal en el cual se proteja a estos sujetos y se evite la vulneración de sus derechos.
3. Teniendo en cuenta que el mundo se convierte poco a poco en lo que ya han denominado con anterioridad como una “aldea global”, constituyendo así sociedades multiculturales y multiétnicas, es lógico pensar que será pertinente el establecimiento de una normativa nacional referente a los extranjeros en cada país. Dentro de este ámbito se incluirá la sección relativa a los extranjeros que se encuentren de manera irregular dentro del territorio de nuestro Estado y que, por el simple hecho de ser personas, merecen un trato respetuoso frente a cualquier contingencia. Dentro de los derechos laborales se introduce una normativa sobre la Seguridad Social en la que se verán involucrados este tipo de personas. Según qué circunstancias y según que pretensiones, el derecho laboral español ofrece una serie de prestaciones y ayudas sociales. Es importante destacar que este tipo

de conductas de carácter humanitario o simplemente social, conforman una línea de actuación fundamental dentro del gobierno de nuestro país y que, por otra parte, también tendrán consecuencias a nivel económico.

4. Las relaciones comerciales que se establecen en virtud de la actividad relativa a la navegación marítima están reguladas por la legislación mercantil, tanto a nivel internacional (cuando tratamos relaciones de carácter transnacional) como a nivel nacional. Dentro de esta normativa se integran las disposiciones de los tipos de contratos que pueden afectar a un buque y a sus relaciones comerciales y será en ella en donde encontraremos las particularidades de cada caso, es decir, las obligaciones de las partes contratantes y las consecuencias de su incumplimiento.
5. En virtud de lo expuesto dentro del ámbito penal, tanto a nivel internacional como nacional, podemos observar que el Sr. Silvestre Holms como administrador de la empresa gallega “Conservas y Congelados Sousa-Holstein S.A.”, junto con el Sr. Gutiérrez como patrón y capitán del buque “Pobre Mitrofán”, forman parte de una organización delictiva mediante la cual han cometido los delitos de contrabando de tabaco y tráfico ilegal de personas por mar.

Fdo: Fátima Muiños Celorio

Junio del 2014

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona 2010

ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona 2010

AURELIO MENENDEZ Y ANGEL ROJO, *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen I, Civitas, Pamplona, 9ª edición

Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial, Directora: JULIA LOPEZ LOPEZ, *Derechos laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes*, Lerko Print, Madrid, 2006

EDUARDO ORTEGA MARTÍN, *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, Europea de Derecho-Editorial Jurídica, Madrid, 2003

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO Y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, Aranzadi, Pamplona, 34ª edición

IRENE BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, *“Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo: compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria”*, Dykinson, Madrid, 2006

J. Mª. DE LA CUESTA RUTE Y E. VALPUESTA GASTAMIZA, *Contratos Mercantiles*, Bosch, Barcelona, 2001

JOSÉ LUIS GABALDÓN GARCÍA Y JOSÉ MARÍA RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2002

LUIS VACAS CHALFOUN, *“El contrabando de tabaco y los dos años de vigencia de la Ley Orgánica 6/2011, en Revista Aranzadi Doctrinal parte Estudio, año 2014, número 11, Aranzadi, Pamplona 2014*

MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 2013*

PASCUAL AGUELO NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Extranjería, Colex, Madrid, 2013*

NORMATIVA APLICABLE

- Acuerdo de Schengen
- Código Civil 1889
- Código de Comercio de 1885
- Código Penal 1995
- Constitución española de 1978
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra en 1951
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se regula el régimen especial de la seguridad social para los trabajadores del mar
- Decreto 376/1996, de 17 de octubre, sobre la distribución de competencias entre los órganos de la Xunta de Galicia para la imposición de sanciones por infracciones en las materias laborales, de prevención de riesgos laborales y por obstrucción de la labor inspectora
- Decreto 70/2008, de 27 de marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de Administración autonómica gallega para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora
- Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria
- Ley 13/1998, de 4 de mayo, sobre la ordenación del Mercado de tabacos y la Normativa Tributaria
- Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre la Zona Económica Exclusiva
- Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas
- Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Ley 9/1991, de 2 de octubre, de medidas básicas para la inserción social en la Comunidad Autónoma de Galicia

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882
- Ley de Sociedades de Capital
- Ley de Transporte Marítimo
- Ley General de la Seguridad Social
- Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Protocolo nº 22, sobre la posición de Dinamarca
- Protocolo sobre tráfico de inmigrantes por tierra, mar y aire
- Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de inspección y certificación de buques civiles.
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero, por el que se regula el Servicio Marítimo de la Guardia Civil
- Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
- Reglamento (CE) nº 562/2006
- Reglamento 539/2009
- Reglamento del Senado
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

JURISPRUDENCIA

- Sentencia 343/2007, de 20 de Abril. RJ 2007/3594
- Sentencia de 20 de Diciembre de 2010, JUR 2010/416518
- Sentencia de 3 de Noviembre de 1989. RJ 1989/9656
- Sentencia de la Audiencia Nacional, de 24 de mayo de 2013
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, de 3 de Marzo de 2005
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 16 de Noviembre de 2002
- Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, de 18 de Septiembre, 636/2013
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1º de octubre de 2006, RC 6597/2003
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2002, RJ 2002/10402
- Sentencia del Tribunal Supremos 582/2007, de 21 de Junio
- Sentencia número 541/2013 de 13 de Septiembre, RJ 2013/6400

RECURSOS INFORMÁTICOS

- Página web de las Naciones Unidas: www.onu.org
- Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: www.empleo.gob.es
- Página web del Ministerio de Fomento: www.fomento.gob.es
- Página web del Ministerio del Interior: www.interior.gob.es
- Página web del Senado de España: www.senado.es