



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

“TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO”

TRABAJO FIN DE GRADO

Autora: Ana María Blanco Blanco

Tutor: Carlos Amoedo Souto

GRADO EN DERECHO (TURNO DE MAÑANA)
CURSO 2014-2015

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	5
I. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS SUJETOS EN RELACIÓN CON LA PROSTITUCIÓN DE MUJERES. 6	
I.I. La trata de seres humanos en la legislación española.....	6
I.II. De la consideración de la conducta como delito continuado	8
I.III. Responsabilidad de los sujetos en nuestro supuesto	9
II. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES DE LOS SUJETOS EN ATENCIÓN A LAS SUSTANCIAS HALLADAS EN EL LOCAL	12
II.I. Los "Delitos contra la salud pública" en el CP	12
II.II. Responsabilidad penal de cada sujeto.....	15
III. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN RELACIÓN A LA GESTIÓN DE LAS GANANCIAS DE "PLENILUNIO"	20
III.I. El delito contra la Hacienda Pública.....	20
III.II. El delito de blanqueo de capitales	21
III.III. Responsabilidad de los sujetos consultados.....	26
III.IV. Viabilidad de aplicación del Art. 310 CP	28
IV. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES Y/O TRIBUTARIAS DE LA SOCIEDAD "NA&MA S.L."	29
IV.I. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española	29
IV. II. Análisis del Art. 31 bis CP.....	30
IV.III. Responsabilidad penal de NA&MA S.L.....	31
IV.IV. Responsabilidad tributaria de NA&MA S.L.	32
V. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE DECLARAR A "NA&MA S.L." SOCIEDAD NULA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE	34
V. I. El contrato de sociedad	34
V. II. Vicios en el contrato que pueden dar lugar a la nulidad del mismo	34
V.III. Nulidad de la sociedad NA&MA S.L.	35
VI. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE REGISTRAR LA MARCA "PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES" EN LA CLASE 43	37
VI.I. La clasificación de las marcas en relación a su objeto	37
VI.II. La CLASE 43.....	37

VI. III. La imposibilidad de registrar "Pequeñas Sumisas Ardientes": prohibiciones absolutas	38
VI. IV. Conclusión.....	40
VII. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE UNA SOCIEDAD COMPETIDORA EJERCITE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA "NA&MA" S.L.....	41
VII. I. Concepto de competencia desleal y finalidad de su regulación	41
VII.II. Ámbito de aplicación de la LCD	41
VII. III. Acciones de competencia desleal: legitimación	42
VII. IV. Aplicación al caso de NA&MA S.L.....	43
VIII. DICTAMEN SOBRE DIVERSAS CUESTIONES PROCESALES	45
VIII.I. Órganos jurisdiccionales competentes para la investigación y el posterior proceso	45
VIII.II. Detención en Rumanía de Romelia	46
VIII. III. Posibles medidas cautelares a tomar sobre "NA&MA" S.L.	47
VIII. IV. Posibilidad de intervenir las comunicaciones de la sociedad.....	48
VIII.V. Investigación de las cuentas gibraltareñas.....	49
VIII. VI. Representación de la sociedad en juicio	51
ANEXO I. SUPUESTO PRÁCTICO	54
ANEXO II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL FENÓMENO DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y COMUNITARIA...	59
ANEXO III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PENALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE TRÁFICO DE DROGAS.....	63
ANEXO IV. DE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS DIVERSAS REFORMAS DEL AÑO 2015.....	67
ANEXO V. CONCLUSIONES FINALES	71

ABREVIATURAS

Art. : Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

Ej. : ejemplo

EM: Estado miembro

IS: Impuesto de Sociedades

LCD: Ley de Competencia Desleal

LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGT: Ley General Tributaria

LIS: Ley del Impuesto de Sociedades

L.O.: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LSC: Ley de Sociedades de Capital

MF: Ministerio Fiscal

OAMI: Oficina de Armonización del Mercado Interior

OEPM: Oficina Española de Patentes y Marcas

Pág.: página

pp.: páginas

RD: Real Decreto

ROJ: Repertorio Oficial de Jurisprudencia

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

S.L.: Sociedad Limitada

ss. : siguientes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

supra: páginas anteriores

TJCE: Tribunal General de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

vid.: véase

INTRODUCCIÓN

Abordamos con este trabajo el análisis de un conjunto de situaciones de total actualidad, tales como el lucro obtenido de la explotación sexual de mujeres, el fenómeno del tráfico de drogas o la defraudación a la Hacienda Pública, entre otras cuestiones.

La trata de seres humanos, y en especial aquella que tiene fines de explotación sexual y coloca a las mujeres en el lugar de las víctimas, es una práctica delictiva existente desde antiguo y de gran importancia, a pesar de lo cual ha resultado muchas veces obviada y olvidada por la ley. La impunidad con la que en ocasiones se trata a los responsables de estas mafias, muchas veces por la carencia de recursos legales (como veremos ocurría en España) impide resarcir debidamente a las mujeres víctima de tales actividades, después de haber sido vendidas y tratadas como objetos de los cuales extraer un lucro económico.

Así mismo, el tráfico de drogas es una actividad delictiva con alcance internacional y que, muchas veces, aparece ligada a las prácticas de las redes de trata, como se plantea en el supuesto. Si bien la ley ha ido progresivamente endureciendo las penas aplicables a tales delitos, la actividad de tráfico no ha decaído sino que, al contrario, parece haber aumentado con los años. Analizaremos el problema de aquellas sustancias que, si bien tradicionalmente no eran ilegales, hoy en día están calificadas como “droga” (como ocurre con las sustancias de nuestro supuesto: la ketamina y el *popper*), constituyendo su distribución un delito contra la salud pública.

Por último, en el ámbito de los delitos socioeconómicos, analizaremos el blanqueo de capitales, la defraudación a la Hacienda Pública y las vicisitudes de la externalización de capital al extranjero, en este caso a Gibraltar, temas que encontramos cada día en los medios de comunicación y que los Tribunales abordan cada vez con mayor frecuencia.

En definitiva: a través de este trabajo, estudiaremos el tratamiento que la ley española, de conformidad con las normas comunitarias e internacionales, hace de cada una de estas realidades, intentando dar respuesta a las cuestiones planteadas desde el punto de vista jurídico.

I. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS SUJETOS EN RELACIÓN CON LA PROSTITUCIÓN DE MUJERES

I.I. La trata de seres humanos en la legislación española

Nuestro país no contaba, hasta la reforma introducida en el año 2010, con ningún precepto que condenase expresamente la trata de seres humanos. Así, la jurisprudencia, se decantaba por una confusa aplicación del Art. 318 bis del Código Penal (CP) junto con el Art. 313.1 del mismo texto. El primero de ellos se refiere al delito de tráfico de personas y, el segundo, a la inmigración clandestina de trabajadores. Así mismo, algunas sentencias incluían en la condena el Art. 188 referente al delito de prostitución coactiva.

Sin embargo, como hemos dicho, se trata de una aplicación confusa al supuesto de trata de seres humanos, primeramente por realizar una comparación inexacta entre trata de personas e inmigración de trabajadores y, por lo que respecta a la aplicación del 318 bis en sustitución de un precepto de trata, se desprotegen muchos casos de explotación. Esto es así ya que, el tráfico de personas, exige siempre un elemento transnacional, mientras que la trata de seres humanos implica un conjunto de posibles conductas (captación, traslado, acogimiento,...) con una finalidad de explotación pero que pueden realizarse en un marco nacional. Por ello, el hecho de aplicar el Art. 318 bis de nuestro CP a este tipo de supuestos deja impunes a los responsables de este tipo de delitos que actúen dentro de un mismo marco nacional.

Por eso, y en consonancia con los textos internacionales y comunitarios ¹ que habían sido ratificados por España, en el año 2010, a través de la Ley Orgánica (L.O.) 5/2010, de 22 de junio, se reforma el CP introduciendo un nuevo título que cuenta con un único artículo: el Art. 177 bis, referente al delito de trata de seres humanos. Esta reforma supone importantes avances, sobre todo en la medida en que penaliza este tipo de práctica independientemente de que aparezca presente el elemento transnacional o no, ampliándose así la protección de las víctimas. Pero, además, elimina el consentimiento como causa de exención de la responsabilidad penal de los autores, introduce modalidades agravadas (por especial vulneración de la víctima, para el caso de víctimas menores de edad, por prevalerse de una situación de superioridad o condición de autoridad, ...) y, como muy novedoso, recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas que puedan estar implicadas en su apartado séptimo, en consonancia con lo dispuesto por el Art. 31 bis del mismo texto legal.

Entran, por lo tanto, en el tablero de juego tres artículos cuya aplicación ha resultado diversa y a veces dudosa: el Art. 177 bis, el Art. 318 bis y el Art. 188. Fundamentalmente, la jurisprudencia se decantó en los primeros tiempos por la aplicación:

- O bien, del Art. 318 bis, apartado primero, junto con el Art. 188, ambos del CP². Este concurso es posible y lógico, en la medida en que, por un lado, los sujetos pueden cometer un

¹ Recogidos en el ANEXO I.

² En este sentido, SAP Sevilla 515/2012 (CENDOJ, ROJ: SAPSE 4367/2012).

delito de tráfico internacional de personas y, por otro, un delito de explotación sexual efectiva, como es el Art. 188 referente a la prostitución coactiva o forzosa.

- O bien, el nuevo Art. 177 bis junto con el ya mencionado Art. 188³, basando la compatibilidad de enjuiciamiento conjunto de estos dos delitos en la protección por los mismos de distintos bienes jurídicos: mientras que el Art. 177 bis protege la dignidad e integridad humanas, el Art. 188 viene referido al respeto a la libertad sexual. Así mismo, el delito de trata de personas es un delito de tipo preparatorio, en la medida en que se consuma la conducta típica con el mero hecho de realizar las conductas descritas en el artículo con una finalidad de explotación, independientemente de que ésta se materialice después efectivamente o no. De hecho, el propio artículo dispone, en su apartado noveno, que "*en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*". Esto refleja la clara intención del legislador de realizar un tratamiento separado del delito de trata con respecto a otros posibles delitos que puedan cometerse en el marco de estas actuaciones. Estaríamos, por tanto, ante un concurso medial de delitos, donde la trata de seres humanos con fines de explotación sexual (Art. 177 bis) es el medio, el instrumento, para la comisión de un efectivo delito de explotación sexual, como lo es el delito de prostitución coactiva (Art. 188), en el que se fuerza a la mujer a prostituirse en contra de su voluntad, supuesto que sí está penalmente tipificado, lo que no ocurre en el caso de la prostitución libremente ejercida.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente (destacando la actividad de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona), en la línea más progresista de las conocidas hasta el momento, apuesta por una aplicación conjunta de los tres mencionados artículos⁴. Esta aplicación conjunta es posible en la medida en que se produzca un delito de trata de seres humanos (Art. 177), concurriendo el elemento transnacional (Art. 318 bis) y, finalmente, se verifique la explotación sexual efectiva de la/las víctima/-s (Art. 188), enlazándose el enjuiciamiento en tal caso por medio del concurso real, previsto en el Art. 73 de nuestro CP, ya que, a pesar de la conexión entre los delitos, como parte de la doctrina ha venido manifestando, es un modo de resaltar el carácter independiente del nuevo delito del Art. 177. Se pretende así diferenciar claramente la intención del nuevo artículo, que está enfocado a la protección de un bien jurídico individual y privado (la integridad o dignidad humanas), mientras que el Art. 318 bis, aplicado con anterioridad a la reforma, protege un bien jurídico público: la seguridad de las fronteras o control de los flujos migratorios. Se quiere desvincular la figura de la trata de seres humanos del elemento de tráfico internacional, en la medida en que, como ya hemos advertido, éste puede concurrir o no.

Sin embargo, y refiriéndonos expresamente al supuesto planteado, no podemos dejar de hacer referencia al Acuerdo en Pleno de la Sala IIª del Tribunal Supremo (TS), de 29 de mayo de 2007⁵. Se trata de un pronunciamiento referente específicamente a Rumanía, a raíz de su

³ Destacamos la SAP Barcelona 9/2013, de 6 de febrero (CENDOJ, ROJ: SAPB 1056/2013).

⁴ En esta línea, la SAP Madrid 677/2012, de 26 de diciembre (CENDOJ, ROJ: SAPM 22227/2012).

⁵ [Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-29-de-mayo-de-2007](#)

entrada en la Unión Europea (UE). Según el mismo, a partir del 1 de enero de 2007, fecha de entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Rumanía a la UE, "*las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del art. 318 bis del Código Penal*". Destaca la frase "incluso para el ejercicio de la prostitución" lo que implica que, si bien en los casos de trata de seres humanos en los que concurre un elemento transnacional se produce el concurso del Art. 177 bis con el 318 bis del CP, en los concretos casos, como es el presente, en el que el país implicado es Rumanía, no sería procedente la aplicación de este último.

I.II. De la consideración de la conducta como delito continuado

Se nos plantea además un problema que viene dado por el hecho de que, el inicio de la conducta delictiva, es anterior a la entrada en vigor de la reforma operada por la L.O. 5/2010 pues, aunque María D. llega a A Coruña en marzo del año 2010, la conducta delictiva comienza incluso antes, cuando se produce la acción de captación en su país de origen. Sin embargo, como se nos dice, la policía llega al conocimiento de estos hechos en el año 2014, fecha hasta la cual siguen llegando mujeres al club con la misma finalidad y, la propia María D., continúa viéndose sometida a la situación de explotación inicial. ¿Estamos pues ante un delito continuado?

A este respecto, POSADA MAYA, R.⁶, entiende que existe un delito continuado "*cuando diversos actos homogéneos conformadores del curso de un mismo acontecimiento criminal progresivo (...) están guiados por una unidad motivacional o final unitaria (...) que implica el desarrollo sucesivo de una misma unidad situacional objetiva llamada a incrementar el mismo injusto unitario*". Lo que implicaría la subsunción del caso en esta figura es que, tal y como defiende reiterada jurisprudencia española, "*al ser el delito continuado una unidad delictiva real, la ley vigente aplicable sería aquella que impera al momento de realizar la última acción (...)*", y añade: "*(...) aun cuando hayan comenzado bajo la vigencia de una ley anterior*". Por tanto, siguiendo esta línea, el inicio de la conducta delictiva con anterioridad a marzo de 2010 y, por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del CP, no impide la aplicación de la misma, pues en el momento en que se realiza la última actuación delictiva, mayo de 2014, la ley vigente es aquella adaptada a la reforma introducida por la L.O. 5/2010.

En este punto no podemos dejar de lado una interesante reflexión que al respecto manifiesta VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ⁷ en relación a lo que acontece cuando, durante el transcurso del delito continuado, se produce un cambio de legislación, apareciendo en la nueva ley una figura delictiva novedosa, es decir: no incluída en la anterior ley. Este es el caso de la trata de personas, que se tipifica como tal por primera vez a partir de la reforma del año 2010, en el Art. 177 bis del CP. La conclusión a la que llega el profesor es que "*(...) parece evidente que*

⁶ POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Ed. Comares, Granada, 2012.

⁷ En POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Ed. Comares, Granada, 2012, pág. 200.

solo son punibles de conformidad con el nexo de continuidad los llevados a cabo durante el imperio de la nueva ley".

Debemos pues ir al caso concreto y analizar si encaja dentro del presupuesto del "delito continuado". Esta figura se regula en España en el Art. 74 del CP y, si bien, a priori, el caso presente cumple con los requisitos exigidos en el apartado primero del mencionado artículo, el apartado tercero del mismo descartaría toda posibilidad de aplicación del principio de continuidad a nuestra trama delictiva. Dicho apartado tercero dice así:

"Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. "

Claramente el delito de trata de personas protege un bien jurídico personal, como es la dignidad e integridad física y moral de las víctimas, por lo que quedaría excluido. Sin embargo, si continuamos leyendo dicho apartado, nos encontramos con que el legislador ha incluido una excepción para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: que el delito, en su continuidad, afecte al mismo sujeto pasivo. Nuestro supuesto cumple dicha exigencia pues, María D., comienza a ser víctima en el año 2010 pero continúa siéndolo en 2014, año en que ya está en vigor y se viene aplicando el Art. 177 bis del CP referente a la trata.

I.III. Responsabilidad de los sujetos en nuestro supuesto

Por tanto, respecto de la ciudadana rumana María D., la primera de las mujeres captadas y traídas a España con fines de explotación sexual en marzo de 2010, los sujetos serán responsables penalmente de un delito de prostitución coactiva, contemplado en el Art. 188 del CP, además de un delito de trata de seres humanos, del Art. 177 bis del CP pues, como ya hemos explicado, el supuesto encaja en los requisitos para calificarlo como delito continuado. No podemos aplicar el delito de tráfico de personas a nivel internacional pues, como hemos dicho antes, doctrina del TS ha suprimido la aplicación del Art. 318 bis en caso de estar el origen de la conducta delictiva en Rumanía.

Por lo que se refiere al resto de las mujeres rumanas, todas ellas captadas y traídas a España a partir del año 2012, serían los sujetos consultados responsables de otros siete delitos de trata de seres humanos, del Art. 177 bis del CP, en concurso medial (pues éste puede entenderse como un delito instrumental para llegar al objetivo final, que es la efectiva explotación sexual) con siete delitos de prostitución coactiva, regulados en el Art. 188 CP. No aplicamos el Art. 318 bis por lo ya descrito. Además, en el caso concreto de Nicoara, dada su minoría de edad, nos encontraríamos ante un supuesto agravado de trata de seres humanos de los recogidos en el apartado cuarto del mencionado artículo, lo que implicaría la imposición a los responsables de la pena superior en grado (respecto a la que se prevé en el apartado primero del mismo artículo). Incluso, en su apartado tercero, el Art. 177, en un claro intento de reforzar la protección de este vulnerable colectivo, establece que se reputará delito de trata la

realización de las conductas tipificadas respecto a un menor de edad, incluso aunque no concurriesen fuerza, coacción o engaño en las mismas.

Así mismo, de la información facilitada en el caso, se desprende la comisión de sendos delitos de detención ilegal, en la medida en que las chicas no pueden salir del local sin ser acompañadas por Pietro y las ventanas tienen rejas, medida empleada para evitar su fuga. Concretamente es de aplicación el apartado tercero del Art. 163 CP, pues los hechos comienzan en 2010 y se descubren en 2014, durando la comisión del delito claramente más de quince días. Respecto a Nicoara, la menor de edad, resulta de aplicación el Art. 165 CP, que recoge una modalidad agravada por concurrir esta circunstancia (especial vulnerabilidad de la víctima), entre otras.

Por último, nos referiremos al grado de participación de cada uno de estos sujetos:

- Romelia: por lo que se desprende del supuesto planteado, podemos concluir que se trata de una cooperadora necesaria en los delitos pues, atendiendo a la definición aportada por el Art. 28, apartado b), de nuestro CP, los cooperadores necesarios son aquellos que "*cooperan con un acto sin el cual no se habría efectuado*". Es decir, la cooperación necesaria, a diferencia de la complicidad, precisa del requisito de imprescindibilidad o difícil reemplazo de dicho sujeto para llevar a cabo la conducta delictiva, lo que en este supuesto encaja a la perfección con el caso de Romelia, sin la cual es imposible la captación de las víctimas en Rumanía para llegar a su efectiva explotación sexual en España. Cabe decir que, como se desprende del mismo artículo, el cooperador necesario se equipara al autor y, por tanto, se le exige idéntica responsabilidad penal.

- Tatiana: será, junto a los socios, autora de los delitos. Es decir, se produce la llamada coautoría, conclusión a la que llegamos, pues, como afirma parte de la doctrina, los coautores son aquellos que, con base en un acuerdo previo, realizan conjuntamente la conducta delictiva, sin realizar ninguno de ellos ésta en su totalidad. Por tanto se produce un "reparto de tareas" entre los sujetos coautores donde, en este caso, uno de ellos es el que controla y gestiona el local y a las chicas (Tatiana) y los otros, llevan la administración de las ganancias (Alberto y Santiago).

- Pietro : lo consideraremos cooperador necesario, y no cómplice, al amparo de lo dispuesto por la jurisprudencia en la SAP Castellón 365/2002 de 31 de diciembre⁸, sentencia que hace un apunte al respecto de la diferenciación de estas dos confundibles figuras cuando dice "*(...) la conducta de quienes (...) facilitan el desplazamiento o acceso hasta el lugar de los hechos y con su actitud expectante previenen riesgos y peligros, haciendo sentir a los otros copartícipes en la efectiva consecución del común designio delictivo, (...) debe reputarse propia de la cooperación necesaria (...)*". En este sentido, la colaboración de Pietro en el sentido de acompañar a las chicas en todas y cada una de sus salidas no es una aportación accesoria, propia de la complicidad, sino una conducta realmente necesaria para asegurar la

⁸ SAP Castellón 365/2002, de 31 de diciembre (ARANZADI: JUR 2003\108191).

consecución de la comisión del delito ya que, como dice la mencionada sentencia, previene riesgos y peligros.

- Zulaika: en lo que respecta al delito de trata y prostitución coactiva, será considerada mera cómplice. Este tipo de participación está contemplada en el Art. 29 del CP, el cual entiende como cómplices a " *los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior* (referente a las distintas formas de autoría), *cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*". Se diferencian de los cooperadores necesarios en que su aportación a la trama delictiva es accesoria, secundaria y/o prescindible. Resulta destacable en este punto la reflexión aportada por la STS 1216/2002, de 28 de junio⁹, la cual establece que " (...) *para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél* (...) ". Dada la actividad descrita en el supuesto para Zulaika, parecen cumplidos esos dos elementos: la llevanza de un libro-registro es una actividad accesoria pero, sin embargo, dado el contenido de dicho documento (registro de las mujeres rumanas que se someten a explotación en el local), podemos afirmar que es conocedora y consciente de la comisión del delito, cumpliéndose así el elemento subjetivo.

- Alberto y Santiago: son, junto a Tatiana, coautores de los delitos relativos a la explotación sexual de las mujeres rumanas. Citamos como ejemplo lo dispuesto por la STS de 8 de septiembre de 2003, referente al conocido como "Caso del Crimen de la Villa Olímpica (Barcelona)"¹⁰: " (...) *la nueva definición de la coautoría acogida en el artículo 28 del Código Penal 1995 como «realización conjunta del hecho» implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal* (...). Y continúa, " (...) *no es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, (...) pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas* ". Este último párrafo es verdaderamente ilustrativo, encajando a la perfección con la situación descrita en nuestro supuesto.

⁹ STS 1216/2002, de 28 de junio (ARANZADI: RJ 2002\7980).

¹⁰ STS 1031/2003, de 8 de septiembre (ARANZADI: RJ 2003\6352).

II. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES DE LOS SUJETOS EN ATENCIÓN A LAS SUSTANCIAS HALLADAS EN EL LOCAL

II.I. Los "Delitos contra la salud pública" en el CP

Nuestro actual CP, vigente hasta el 1 de julio de 2015 (fecha en la que entra en vigor la reforma operada sobre el mismo), encuadra los delitos contra la salud pública en el Capítulo III, titulado "De los delitos contra la salud pública", del Título XVII referente a "Delitos contra la seguridad colectiva", del Libro II del CP, que recoge "Delitos y sus penas". Concretamente, estos delitos se recogen en los Arts. 359 a 378, resultando de interés para la resolución de nuestro supuesto los Arts. 368 y ss.

El Art. 368 que, como hemos dicho, recoge el tipo básico de la conducta delictiva, dice así:

"Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos".

Debemos destacar todas las conductas descritas, pues no se penalizan solo los actos de tráfico propiamente dicho, sino también el cultivo o elaboración, así como la promoción, favorecimiento o facilitación e, incluso, la mera posesión si cabe probar que está preordenada al tráfico. Se busca de este modo, tal y como ya hemos comentado, abarcar todas las conductas del tipo penal, evitando la impunidad de aquellos que, aunque sea indirectamente, también participan en la comisión del delito. Cabe destacar, así mismo, que se prevén penas distintas en función de si la sustancia objeto del delito se considera de grave daño para la salud o no, siendo menores en este último caso.

Pero resulta especialmente novedoso el supuesto recogido en el apartado segundo del mismo artículo, introducido con la reforma del año 2010. La causa de su introducción, como relata REY HUIDOBRO, L.F.¹¹, es la consideración de que las penas previstas para el tráfico de drogas eran desproporcionadas, en la medida en que se preveía una pena mínima de 3 años de prisión, con lo que cualquier persona inmiscuida en tales conductas acabaría sufriendo una pena privativa de libertad, aun cuando se tratase de comportamientos delictivos menores (las llamadas operaciones de "menudeo", cometidas por el último eslabón en la cadena de la organización dedicada al tráfico de estas sustancias). Así, con el nuevo apartado segundo, se permite la aplicación de una atenuación, consistente en imputar la pena inferior en grado, a discrecionalidad de los Tribunales, siempre que se cumplan dos requisitos: escasa entidad de los hechos y circunstancias personales del culpable que justifiquen dicha atenuación y, además, siempre que no aparezcan en el supuesto elementos propios de los Arts. 369 bis o 370 (exclusión contemplada expresamente por la ley en el mismo apartado). No excluye la

¹¹ REY HUIDOBRO, L.F.: "La reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº8, 2010, Pamplona. (ARANZADI: BIB 2010\2246).

aplicación del tipo atenuado el que quepa aplicar el Art. 369 ya que, en palabras de HUIDOBRO, L.F.,¹² " (...) como ha puesto de manifiesto algún autor acertadamente, las circunstancias descritas en el Art. 369 no siempre han de ser incompatibles con la necesidad de atenuación". Así mismo, cabe apuntar que, tal y como expone la STS 103/2011¹³ de 17 de febrero, la reincidencia en el delito no sería por sí misma causa de exclusión automática de la aplicación del tipo atenuado (no sería causa de exclusión la transmisión de las sustancias en varias ocasiones). Los mencionados requisitos no aparecen definidos en la norma, debiendo acudir por tanto a la jurisprudencia y a la doctrina para conocer los límites de dichos conceptos.

En este sentido, la STS 242/2011¹⁴, de 6 de abril, incluye en circunstancias personales el entorno social, el tipo de actividades laborales que dicho sujeto desempeñe o el grado de formación intelectual y cultural que posea, entre otras. Cabe destacar que, en opinión de HUIDOBRO, L.F.¹⁵, no deben entenderse como circunstancias personales del Art. 368 la demostración de una clara adicción a estas sustancias por el culpable, pues ésta es una atenuante de las genéricas previstas en el Art. 21 del CP.

Y, en lo que respecta al concepto "escasa entidad" de los hechos, la STS 345/2011¹⁶ dispone que debe entenderse como escasez en el sentido de práctica insignificancia de la cantidad en cuestión, tanto cuantitativa como cualitativamente, y no como menor entidad de la conducta. Esto comulga con el carácter excepcional de dicho apartado segundo. Además, parece relevante también en este punto indicar que, al hilo de sentencias como la STS de 12 de noviembre de 2013¹⁷, el criterio es la alternatividad, es decir: no se exige que necesariamente concurren estos dos elementos, sino que bastará con que concorra uno de ellos para apreciar la posibilidad de aplicación del tipo atenuado. Sin embargo, no podemos dejar de lado la opinión de algunos autores que advierten de que el elemento fundamental de los dos citados es el de escasa entidad del hecho, mientras que el requisito referente a las circunstancias personales del culpable es secundario. Dicha observación resultaría importante en caso de que se verificase el elemento de circunstancias personales pero no el de escasa entidad (¿sería aquí aplicable el tipo atenuado al concurrir uno de los dos elementos?).

Por lo que respecta al tipo agravado, recogido en el Art. 369, las causas por las cuales se podría imponer a los culpables la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico son ocho, de las cuales resultan de interés para el presente supuesto las siguientes:

- La participación del culpable en otras actividades delictivas, en la medida en que también es partícipe en un delito de trata de seres humanos y otro de determinación a la prostitución.

¹² REY HUIDOBRO, L.F.: "La reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas", cit., pág.2

¹³ STS 103/2011, de 17 de febrero (ARANZADI: RJ 2011\1957).

¹⁴ STS 242/2011, de 6 de abril (ARANZADI: RJ 2011\3165).

¹⁵ REY HUIDOBRO, L.F.: "La reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas", cit., pág. 3

¹⁶ STS 345/2011 de 28 de abril (ARANZADI: RJ 2011\3602).

¹⁷ STS 843/2012, de 12 de noviembre (ARANZADI: RJ 2013\7472).

- La comisión de los hechos en un establecimiento abierto al público, ya que se trata de un local que, aunque marco de una actividad ilegal, permite la entrada de cualquier tercero interesado en la obtención de los servicios allí ofrecidos. En este punto debemos hacer mención de lo expuesto por EXPÓSITO LÓPEZ, A¹⁸, en referencia a la aplicación de agravante por comisión en lugar abierto al público. Según la autora, no podrá aplicarse en caso de que dicho establecimiento sirva como mero lugar de almacenamiento de los efectos del delito (en este caso, como se extrae del relato de los hechos, el establecimiento es lugar de almacenamiento, consumo y venta de las sustancias) ni cuando se halla constatado una única venta de escasa entidad (elemento que, en principio, sería eliminatorio de esta agravante en nuestro caso, pues el acusado declara que realiza una única venta y de una sola pastilla, aunque habrá que valorar, en atención a las cantidades halladas, si se puede poner en entredicho esa declaración).

- La facilitación de estas sustancias a menores de edad. Incluimos esta agravante como de interés para nuestro caso ya que, aunque no se dice expresamente, el acusado sí relata que las sustancias halladas en el local sirven para el consumo de los clientes y las chicas, por lo que la víctima Nicoara, de 17 años de edad, podría estar ingiriendo las drogas, siéndole facilitadas por Pietro, ya que es, y así lo declara a las autoridades policiales, el encargado de custodiar dichas sustancias y el poseedor de la llave del armario donde se encuentran.

Por lo que se refiere al Art. 370, que recoge la modalidad superagravada, nos resultaría de interés la agravante de comisión del delito por los jefes, administradores o encargados de la organización criminal (si es que efectivamente existe una organización criminal, lo que habrá que analizar con vistas a lo dispuesto en el Art. 570 bis del CP). Respecto al contenido de dichos conceptos, la STS 312/2011¹⁹, de 29 de abril, establece que "jefe" es el encargado de dar las órdenes, "administrador" es el que lleva la gestión económica de la organización y "encargado" es quien dirige el negocio en representación del dueño. Habrá que analizar, posteriormente, la posibilidad de aplicar dicho artículo a alguno de los responsables. La pena prevista en este caso sería la superior en uno o dos grados respecto a la del tipo básico, contemplada en el Art. 368, más la multa el tanto al triplo del valor de la droga, tal y como establece el Art. 370 in fine.

Además de los citados artículos, ante la necesidad de analizar si en el caso concreto existe una estructura organizativa en el marco de la cual se vienen perpetrando estos delitos, habrá que tener en cuenta los Arts. 369 bis y, también, los Arts. 570 bis y 570 ter del CP. Se plantean en este sentido serios problemas concursales, a los cuales ha aportado una solución la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2011²⁰ y que serán también motivo de análisis en este trabajo. Señalaremos en este punto el contenido de cada uno de ellos, así como la

¹⁸ EXPÓSITO LÓPEZ, A.: "El delito de tráfico de drogas", *Revista de Derecho UNED*, nº 10, 2012, pp. 91 a 124.

¹⁹ STS 312/2011, de 29 de abril (ARANZADI: RJ 2011\4272)

²⁰ Circular 3/2011 sobre la reforma del Código Penal efectuada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores (ARANZADI: JUR 2011\357535).

solución a sus problemas concursales, de cara a su aplicación posterior a nuestro caso concreto:

- El Art. 369 bis comprende un tipo agravado del delito de tráfico de drogas cuando éste se comete en el marco de una organización criminal. Se plantea en este punto la concurrencia concursal con el Art. 570 bis del CP, que penaliza la actuación de las organizaciones criminales en general. Dicha concurrencia da lugar a lo que se conoce como concurso de normas, y no de delitos, pues ambos tipifican la misma figura, cuya solución viene ofrecida por el Art. 570 quáter cuando dice: "*en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8*", es decir, que se resolverá dicho concurso atendiendo a la regla de alternatividad. Deberán así los Tribunales aplicar aquel de los dos preceptos que prevea una pena más gravosa, teniendo en cuenta que, en dicha comparación, al Art. 570 bis deberán añadirse las que en su caso correspondan por el delito de tráfico de drogas.

- El Art. 570 bis, como hemos dicho, tipifica el delito de pertenencia a una organización criminal dedicada a cualquier tipo de actividad delictiva. Algunas de las características de dicha figura son la composición por más de dos personas (es decir, mínimo tres), un carácter estable o con duración indefinida, así como el reparto o división de las tareas y funciones, no exigiéndose, como novedad tras la reforma del año 2010, la existencia de jerarquía entre sus miembros. Además se ha eliminado el elemento de transitoriedad.

- Por último, el Art. 570 ter, recoge las penas para los llamados grupos criminales que, como expresa la doctrina, son aquellos que no cumplen todas las características de las organizaciones criminales. En este sentido, puede resultar ilustrativa la STS 7/2015²¹, de 20 de enero, que expone lo siguiente: "*por tanto, la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de (...) personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero, mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido y que se repartan las tareas (...), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos requisitos, o cuando concurra uno solo*".

II.II. Responsabilidad penal de cada sujeto

Ya que en este apartado nos referimos al caso concreto, antes de exponer los delitos imputables a cada uno de los responsables, debemos reflexionar acerca de las características de las dos sustancias halladas en el local: ketamina y nitrito de amilo o "popper".

La ketamina fue durante años una sustancia no considerada como ilegal pues, de hecho, era un analgésico que formaba parte de algunos medicamentos y que se suministraba en farmacias. Sin embargo, desde que empieza a dispararse su consumo para fines de ocio, es decir, como una droga, surge la necesidad de tipificar las conductas que lo tuvieran por objeto. Sin embargo, esto no quiere decir que no se tuviese como sustancia nociva para la salud pues, durante mucho tiempo, se equiparó al LSD por sus similares efectos. En la

²¹ STS 7/2015, de 20 de enero (ARANZADI: RJ 2015\218).

actualidad, desde el 21 de octubre de 2010 (fecha en que se publica en el Boletín Oficial del Estado o B.O.E. la Orden SAS/2712/2010²², de 13 de octubre del mismo año), la ketamina entra a formar parte del Real Decreto (RD) 2819/1977, incluyéndose en su Anexo I. Dicho RD regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos por lo que, la inclusión de la ketamina en dicho listado, supone su consideración como droga a partir de la fecha de entrada en vigor de dicha Orden: el 22 de octubre de 2010. Por lo que se refiere a las cantidades de esta sustancia consideradas como de notoria importancia, la STS 801/2006²³, de 13 de julio, acusa a los responsables de un delito contra la salud pública en base a la incautación, entre otras, de medio gramo de la sustancia "ketamina", calificando el Tribunal que se trataba de una cantidad notoria. Así mismo, más recientemente, la STS 208/2014²⁴, de 10 de marzo, dispone, en su Fundamento Jurídico IIº, que la cantidad considerada de notoria importancia para esta sustancia no está regulada, pero que la jurisprudencia ha venido a establecer que gira en torno a los 200 miligramos diarios, es decir: los 0,2 gramos. Teniendo en cuenta que en nuestro supuesto las autoridades incautan una cantidad equivalente a los 7 gramos, podemos concluir que estamos ante una cantidad de notoria importancia.

Por lo que respecta al nitrito de amilo, o "popper", se trata de un vasodilatador que, por tanto, puede ser usado, en términos recreativos, como excitante sexual. Su ingestión es altamente tóxica y, por inhalación, provoca el riesgo de infarto al producir taquicardias y reaccionar fácilmente con otro tipo de vasodilatadores que se hayan ingerido. Aunque a priori no parezca gravemente dañino para la salud, existen estudios que han demostrado lo contrario, pues su consumo continuado en el tiempo, además de los posibles riesgos cardiológicos, puede producir daños neuronales. Al respecto, podemos citar la STS 129/2013²⁵, de 20 de febrero, en la cual se expone que, el "popper", puede afectar gravemente a la salud a partir de ciertas dosis, pudiendo provocar aumento de la presión intracraneal o, incluso, un colapso circulatorio que lleve a la muerte del sujeto. Resulta interesante esta sentencia pues nos indica que la dosis considerada como de abuso de esta sustancia está entre los 10 y los 30 ml pero, a pesar de la incapacidad de determinar la cantidad y concentración exactas en el caso concreto, condenan a los responsables por un delito contra la salud pública del Art. 368.1, indicando que se trata de sustancia que causa grave daño a la salud. Teniendo en cuenta que esta calificación realizada por el TS se realiza en base a la incautación de 10 frascos de cristal conteniendo la sustancia "popper", podemos concluir que, en nuestro caso, también nos encontramos con sustancia de grave daño para la salud, pues las autoridades incautan 17 frascos de esta sustancia, bajo el nombre de "Orgasmus".

Por último, hacer una breve reflexión sobre la alegación de Pietro de que las sustancias halladas se utilizan para el consumo compartido en el local. Diversos son los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales acerca de la atipicidad de esta conducta,

²² Orden SAS/2712/2010 (BOE Núm. 255, Sec. I, Pág. 88346/
<http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/21/pdfs/BOE-A-2010-16025.pdf>).

²³ STS 801/2006, de 13 de julio (ARANZADI: RJ 2006\7270).

²⁴ STS 208/2014, de 10 de marzo (ARANZADI: RJ 2014\1701).

²⁵ STS 129/2013, de 20 de febrero (ARANZADI: RJ 2013\2937).

pudiendo citar como ejemplos la SAP Madrid 103/2015²⁶ o la STS 859/2013²⁷. Sin embargo, para que dicho consumo compartido pueda considerarse atípico deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Consumo inmediato de las sustancias, requisito que no se cumple pues las tienen almacenadas bajo llave y el propio acusado relata que las va suministrando cada cierto tiempo.
- Pequeña cantidad, lo que tampoco se cumple pues, como ya hemos justificado, las cantidades halladas sobrepasan lo que la jurisprudencia califica de notoria importancia.
- Consumo en lugar cerrado. Teniendo en cuenta que ellos mismos califican ese lugar como de "local de ocio" se presume el acceso de terceros libremente al establecimiento.
- Condición de adictos de los consumidores. Es un dato que desconocemos pero, en cualquier caso, el acusado no lo alega en su declaración en ningún momento, por lo que debemos darlo por no cumplido.

Llegados a este punto, podemos ya determinar la responsabilidad concreta de los sujetos consultados:

◆ Pietro: responsable penalmente, en calidad de autor, de un delito contra la salud pública previsto en el Art. 370 del CP, además de un delito de pertenencia a organización criminal del Art. 570 bis (por prever una pena mayor que la del Art. 369 bis), produciéndose así un concurso real entre ambos delitos. Se le aplica el Art. 370, correspondiente al tipo superagravado, por concurrir más de tres circunstancias de las previstas en el Art. 369, considerándose por tanto las conductas de extrema gravedad:

- Participación en otras actividades organizadas (Art. 369.2^a), por lo que respecta a la trata de blancas.

- Comisión del delito en lugar abierto al público por un empleado del mismo (Art. 369. 3^a).

- Facilitación de las sustancias a menores de dieciocho años (Art. 369. 4^a), pues el propio acusado relata a la Policía que suministra las sustancias a las chicas, sin excluir expresamente a Nicoara, de 17 años de edad.

- Notoria importancia de las cantidades incautadas (Art. 369.5^a) pues, como ya hemos visto, las cantidades halladas en el local sobrepasaban lo que la jurisprudencia ha venido a calificar como de notoria importancia en ambos casos: 0,2 gramos en el caso de la

²⁶ SAP Madrid 103/2015, de 6 de febrero (ARANZADI: JUR 2015\100511), según la cual "(...) la jurisprudencia del TS considera impune el consumo compartido de estupefacientes (...) entre adictos, siempre con carácter gratuito (...) nada valorable como antijurídico tienen estos actos de autoconsumo".

²⁷ STS 859/2013, de 21 de octubre (ARANZADI: RJ 2014\457), que relata la atipicidad del autoconsumo, incluso cuando se produce la venta de la sustancia, en caso de que se trate de una única transacción y de escasa cuantía.

ketamina y entre 10 y 30 ml en el caso del nitrito de amilo (habiendo sentencia condenatoria por incautación de 10 frascos de dicha sustancia sin constar cantidad ni concentración exactas de la misma).

La aplicación del Art. 570 bis, referente a la pertenencia a una organización criminal, la entendemos justificada en base a lo dispuesto por EXPÓSITO LÓPEZ, A.²⁸ que, respecto a pertenencia a estas organizaciones, establece que el TS se ha pronunciado en varias ocasiones en lo que respecta a la interpretación de los requisitos exigidos. En este sentido, respecto a la estabilidad, se ha venido enunciando por el Tribunal que basta con que sea la mínima necesaria para la comisión de los fines delictivos previstos. En lo que respecta al reparto de tareas, como ya hemos dicho, basta con que se observe una distribución de roles (Pietro vende, Tatiana recoge las ganancias,...), sin que se exija ya la necesidad de jerarquía entre los componentes de la misma. Y, por último, esta autora relata que basta con que se produzca una realización incidental de estos hechos en el marco de este delito, sin que necesariamente tenga que suponer la actividad principal de la organización para considerarla como tal (en el caso de que entendamos que, en nuestro caso, la actividad principal es la explotación sexual de mujeres).

- ◆ Tatiana: responsable penalmente de un delito contra la salud pública, previsto en el Art. 370 CP, con la agravante de pertenencia a organización criminal del Art. 369 bis. Siguiendo lo dispuesto en la Circular 3/2011²⁹, de la Fiscalía General del Estado, la aplicación de estos dos artículos en concurso real supondría una pena desmedida, por lo que la corriente mayoritaria opta por la absorción del Art. 370 por el 369 bis, al entender que el desvalor de la conducta del primero queda suficientemente sancionado con la pena agravada por pertenencia a organización criminal. La procedencia de aplicación del Art. 370 a Tatiana, además de por la concurrencia de más de tres circunstancias de las enumeradas en el Art. 369, viene dada por recaer en ella la condición de encargada de la organización, teniendo en cuenta que "encargada", según la STS 312/2011³⁰ de 29 de abril, es la persona que dirige el negocio en representación del dueño (los socios, Alberto y Santiago). Además, la justificación de su participación en el delito la podemos encontrar en la STS 213/2012³¹, de 22 de marzo. Dicha sentencia dispone, respecto a la participación en este tipo de delitos, que "*(...) en los casos de complejidad ejecutiva, mediante actuaciones imputables a múltiples sujetos, la autoría no se desvanece por la circunstancia de la diversidad de funciones que esos plurales sujetos asumen en el programa delictivo (...)*", y concluye: "*(...) si se alcanza la consumación, se alcanzará para todos. Hayan tenido o no una detentación física de la droga*".

²⁸ EXPÓSITO LÓPEZ, A.: "El delito de tráfico de drogas", *Revista de Derecho UNED*, nº10, 2012, pág.99.

²⁹ Vid. Supra (nota nº 20).

³⁰ STS 312/2011, de 29 de abril (ARANZADI: RJ 2011\4272).

³¹ STS 213/2012, de 22 de marzo (ARANZADI: RJ 2012\5315).

- ◆ Zulaika: responsable penalmente de un delito contra la salud pública del Art. 370 CP y de un delito de pertenencia a organización criminal previsto como agravante en el Art. 369 bis, produciéndose la misma absorción por éste último antes mencionada. La participación en el delito viene justificada, de nuevo, por lo dispuesto en la STS 213/2012. Y, aunque su participación parezca residual, no podemos dejar de lado lo dispuesto en la citada STS 213/2012³², según la cual "*(...) la autoría no se desvanece por la circunstancia de la diversidad de funciones que esos plurales sujetos asumen en el programa delictivo (...)*". Por tanto, debemos entender que Zulaika tiene el mismo grado de responsabilidad que se le imputa a Pietro, a pesar de que éste sea el que efectivamente suministre las sustancias y Zulaika sea una mera conocedora de este hecho, atendiendo a que en el supuesto se nos dice que es la encargada del cobro de los servicios sexuales y que, en una ocasión, un cliente pagó con droga.

³² Vid. supra (nota nº 31).

III. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN RELACIÓN A LA GESTIÓN DE LAS GANANCIAS DE "PLENILUNIO"

Nos encontramos en este punto ante la posible concurrencia de un delito de defraudación tributaria junto a un delito de blanqueo de capitales. Pero, antes de resolver dicha cuestión, cabe hacer una serie de reflexiones acerca de puntos controvertidos en estas materias.

III.I. El delito contra la Hacienda Pública

Primeramente nos encontramos ante un supuesto delito de defraudación tributaria, debiendo analizar todos sus puntos para comprobar si nuestro supuesto encaja o no en la conducta tipificada. Nuestro CP lo regula en sus artículos 305 y ss., enunciando el primero de ellos, tras la reforma operada por la L.O. 7/2012 en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, que cometerá delito contra la Hacienda Pública *"el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal (...), eludiendo el pago de tributos, (...), siempre que la cuantía de la cuota defraudada (...) exceda de 120.000 euros (...)"*. Además, continúa estableciendo agravación de la pena prevista en caso de que se verifique la utilización de persona interpuesta para ocultar la identidad del verdadero obligado tributario o que la defraudación sea de especial gravedad atendiendo a su cuantía o a la existencia de una posible organización (afectando ésta a varios deudores tributarios).

Es precisamente la cuantía de la defraudación lo que diferencia entre la comisión de un delito o de una mera infracción tributaria, correspondiente al ámbito del Derecho Administrativo. Como bien dice MTEZ.-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO³³, la diferenciación entre una y otra figura está basada simplemente en una causa de política legislativa, por lo que podría variar en cualquier momento. Por tanto, para poder afirmar que nos encontramos ante la comisión de un delito de fraude fiscal, es necesario que el obligado defraude una cantidad de como mínimo 120.000 euros, como requisito objetivo para la concurrencia de delito. Debemos indicar, sin embargo, que no es suficiente con dicho elemento, exigiendo la concurrencia de un elemento intencional para hablar de delito pues, en otro caso, se estaría imponiendo una pena de prisión por deudas, lo que sería contrario al principio de legalidad de los Estados sociales y democráticos de Derecho, como es el caso del Estado español (COLINA RAMÍREZ, E.I.³⁴). En este sentido, la STS 801/2008³⁵, de 26 de noviembre, establece la exigencia del elemento subjetivo consistente en que *"el autor haya obrado con ánimo defraudatorio, esto es, en la conciencia clara y precisa del deber de pagar y la voluntad de infringir ese deber (...)"*. En la línea de lo que hemos expuesto, continúa *" (...) no basta el mero impago de las cuotas, (...) requiere, además, un elemento de mendacidad (...)"*. Y concluye *" (...) la responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación*

³³ MTEZ. ARRIETA-GÓMEZ DE PRADO, I.: *El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

³⁴ COLINA RAMÍREZ, E.I.: *La defraudación tributaria en el Código Penal español: análisis jurídico-dogmático dl Art. 305 CP*, Bosch Penal, Barcelona, 2010.

³⁵ STS 801/2008, de 26 de noviembre (ARANZADI: RJ 2008\6963).

de las bases tributarias". Por tanto, como sostiene la doctrina mayoritaria, para que podamos hablar de "defraudación" (activa) es necesaria la causación de un perjuicio patrimonial utilizando el engaño, siendo este último elemento esencial pues, sin engaño, la conducta sería atípica. Sin embargo, no todo engaño es suficiente para poder hablar de la concurrencia de un delito, sino que se exige que sea idóneo para conducir a la Administración Tributaria a error.

En lo referente a las posibles modalidades comisivas, en nuestro supuesto nos encontramos ante una elusión de pago del tributo, cuya definición consiste en evitar o hacer vana una determinada situación (obligación, en este caso) por medio de artificio. Por tanto, no estaría cometiendo un delito de fraude fiscal quien reconoce y liquida su deuda tributaria, aunque luego incumpla su pago, sino que será necesario, para que encaje en la conducta típica, que oculte la totalidad o parte de sus ingresos a la Administración Tributaria. Cabe reseñar en este punto que no se debe confundir este delito con el fraude de ley tributaria, ya que éste consiste también en una elusión de impuestos pero no media engaño por lo que, al no concurrir el elemento subjetivo, no es penalmente punible. Atendiendo a lo dispuesto por el Art. 7.2 CC, el fraude de ley es aquel acto que sobrepasa manifiestamente los límites normales de ejercicio de un derecho, con perjuicio para tercero, mientras que el delito fiscal es una transgresión de lo permitido por la norma y está, por lo tanto, fuera de la legalidad

Por lo que respecta al bien jurídico protegido, nos remitimos al contenido del Art. 31.1 de nuestra CE, que incluye el justo reparto de la carga tributaria. Existen varias posibilidades, entre ellas la fe pública, el deber de lealtad, la función del tributo en un Estado de Derecho (prestaciones patrimoniales de carácter público por los particulares), aunque ha prevalecido como bien jurídico a proteger con la tipificación de este delito la protección de la Hacienda Pública, desde un punto de vista económico y de interés del Estado. Se protege, por tanto, la recaudación de ingresos necesarios para su inversión en gasto público.

Así mismo, a efectos de resolución del presente informe, no debemos dejar de lado que nos encontramos ante una norma penal en blanco que debe ser, por tanto, completada mediante la remisión a otras normas, en especial a la Ley General Tributaria (LGT), así como a la ley de cada impuesto, en este caso la del Impuesto de Sociedades (TRLIS).

III.II. El delito de blanqueo de capitales

Por otro lado, aparece la posibilidad de comisión de un delito de blanqueo de capitales posterior, debiendo también en este caso analizar sus límites para acreditar su concordancia con nuestro supuesto.

La reforma de nuestro CP en el año 2010, con la promulgación de la L.O. 5/2010, supone un aporte decisivo en esta materia, ya que introduce importantes cambios, tanto de redacción como de contenido. El delito de blanqueo no aparecía como tal en nuestro texto penal, sino que la conducta típica de dicho delito se encuadraba bajo el título que llevaba por rúbrica "De la receptación y otros delitos afines", correspondiente al Capítulo XIV, del Título XIII del Libro II del CP. Obedece la reforma, en parte, a los compromisos internacionales asumidos por España que, si bien no obligan, sí recomiendan la punición de este tipo de prácticas. Entre ellos: el Convenio de Estrasburgo (Art. 6.2, apartado b), el Convenio de Varsovia (Art. 9.2,

apartado b) y las Convenciones de Palermo (Art. 6.2, apartado e) y Mérida (Art. 23.2, apartado e). Entre otras novedades, se introduce un cambio de denominación para dicho capítulo, haciendo constar expresamente la palabra "blanqueo" en su enunciado. La conducta típica de dicho delito ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde su consideración como encubrimiento hasta su más reciente definición, como blanqueo de capital. Éste consiste en introducir en el sistema financiero ganancias o productos obtenidos ilícitamente (fase de colocación), borrar cualquier posible conexión de dichos productos con su origen ilícito (fase de difuminación o estratificación) y devolver dichos elementos a su propietario, reintroduciéndolos en la economía real una vez que se ha perdido todo rastro de su origen (fase de integración).

Su regulación está contenida en los Arts. 298 y ss. del CP, siendo el Art. 301 el que define la conducta típica, que será cometida por "*el que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito (...)*". También en este delito prevé el CP una posibilidad de agravación para el caso de que el objeto proceda de determinadas conductas delictivas, entre otras el tráfico de drogas (párrafo segundo del Art. 301.1), así como para el caso de que los responsables del delito antecedente pertenezcan a una organización criminal (Art. 302).

Atendiendo a la definición de blanqueo como el conjunto de mecanismos orientados a dar apariencia de legitimidad a bienes o activos de origen delictivo, podemos concluir que son dos los requisitos para verificar la concurrencia de este delito:

- La comisión previa de un acto delictivo, que no un delito. En este sentido, la reforma de 2010 amplió el posible origen del objeto material del delito indicando que no es necesario que se trate de un delito como tal penado, sino que basta con la procedencia de una actividad de tipo delictivo, ampliando el abanico de posibilidades con este sustantivo mucho más genérico. Se trata del delito antecedente, imprescindible para que podamos hablar de delito de blanqueo, que ha planteado no pocas controversias y cuyos extremos analizaremos más adelante.

- La obtención de beneficios financieros derivados de dicha actuación delictiva precedente con el objetivo de eliminar la posibilidad de determinar su origen ilícito para, seguidamente, confundirlo con las operaciones mercantiles y/o financieras legales.

Respecto al bien jurídico que pretende protegerse con la tipificación de este delito, ha evolucionado a lo largo del tiempo. Si bien en sus inicios, cuando estaba casi siempre ligado al tráfico de drogas, se hablaba de protección de la salud pública (línea rápidamente rechazada), desde su concepción como encubrimiento del delito previo pasa a considerarse el bien protegido el buen funcionamiento de la Administración de Justicia (en la investigación de conductas criminales). Sin embargo, en la actualidad, y dada su ubicación dentro del CP, la doctrina mayoritaria acepta que el bien jurídico afectado por el blanqueo de capitales es el orden socioeconómico o, más concretamente, elementos del mismo, tales como "*(...) el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas (...)*

que pueden menoscabar el sistema económico, y que afectan también al buen funcionamiento del mercado (...) " (STS 279/2013³⁶, de 6 de marzo).

El objeto del delito de blanqueo, como ya hemos dicho, debe ser el resultado o producto de una actividad delictiva previa. Es la interpretación de los límites de dicha actividad previa la que más controversias ha suscitado. Se ha producido una evolución temporal respecto a sus características ya que, si bien el CP de 1995 antes de la reforma requería que se tratase de un delito "grave", la Ley 19/2003 pasó a eliminar dicho adjetivo para admitir que se tratase de delitos que tuviesen prevista una pena superior a los tres años de prisión. Se amplía la noción con la Ley 15/2003, que indica que el delito precedente al de blanqueo puede ser cualquier delito, independientemente de que se catalogue como grave o no.

Pero, si ha habido un cambio significativo, éste ha sido el que se ha producido a consecuencia de la reforma del CP del año 2010 a través de la L.O. 5/2010. Además de introducirse nuevas conductas típicas ("poseer" y "utilizar"), se establece, como ya hemos dicho, que no tiene por qué ser la conducta precedente estrictamente un delito, sino de modo más genérico una actividad de tipo delictivo o ilícita, como tampoco es necesario que sea cometida por tercero, pudiendo el autor de blanqueo ser también autor o partícipe del delito precedente. Se trata de lo que se conoce con el nombre de "autoblanqueo" y que, hasta la reforma del año 2010, estaba expresamente excluido del delito de receptación ya que, precisamente, una condición esencial era que el autor del delito no hubiese participado en el delito anterior del cual derivaban los efectos de aquel. Este requisito se venía exigiendo por la creencia extendida de que, si se trataba del mismo sujeto y el mismo objeto, no se cometía un nuevo delito, sino simplemente la consumación del resultado de la conducta inicial. Sin embargo, dicho argumento ya ha sido rebatido por la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, FARALDO CABANA, P.³⁷, justifica la concepción del autoblanqueo como delito autónomo, y no como un mero encubrimiento del delito previo, fundamentalmente a través de tres argumentos:

- El delito de blanqueo es un delito pluriofensivo que afecta a distintos bienes jurídicos, a su vez no necesariamente coincidentes con el delito precedente, que son tanto el orden socioeconómico como los intereses de la Administración de Justicia.
- El delito precedente no absorbe el desvalor de la conducta de blanqueo ya que, si bien la receptación si está limitada a una pena menor o igual a la de su delito antecedente, el blanqueo puede tener una pena distinta y proteger bienes jurídicos distintos, lo que refuerza su carácter independiente.
- El autoblanqueo se justifica en que no se excluía expresamente, en el caso del blanqueo (Art. 301 CP) la posibilidad de que su autor lo fuese también del delito antecedente y, aunque

³⁶ STS 279/2013, de 6 de marzo (ARANZADI: RJ 2013\4643).

³⁷ FARALDO CABANA, P.: "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales",

tampoco se enunciaba de forma expresa, se podría entender como una "puerta abierta" del legislador.

Por tanto ya sabemos que el objeto debe proceder de una actividad delictiva previa como, por ejemplo, el tráfico de drogas. Pero, ¿puede entenderse la cuota derivada de delito contra la Hacienda Pública como objeto del delito de blanqueo si éste es posterior a aquel? Es decir: ¿puede el delito de fraude fiscal ser el antecedente del delito de blanqueo? Muchas son también las voces detractoras de esta postura, basándose en el argumento de que la cuota tributaria no se genera con el delito fiscal, sino que ya estaba en el patrimonio del deudor y, por tanto, no tiene un origen delictivo. Sin embargo, tal y como recoge MTEZ-ARRIETA³⁸, la Ley 10/2010 es la primera que menciona la cuota defraudada como posible objeto del delito de blanqueo aunque, matiza, esto no quiere decir que solo puedan entenderse como objeto del delito de blanqueo las cuotas defraudadas posteriores a la entrada en vigor de dicha ley, ya que lo único que hace la Ley 10/2010 es aclarar algo que ya estaba recogido en la ley: que el objeto del delito de blanqueo puede proceder de cualquier tipo de delito, lo que incluye al delito fiscal. Así mismo dispone que el delito fiscal puede ser perfectamente un antecedente del delito de blanqueo, tratándose de dos delitos conexos pero autónomos en la medida en que protegen bienes jurídicos distintos (STS 279/2013³⁹) pues, mientras el delito fiscal vulnera la obligación de tributar y los intereses de la Hacienda Pública, el de blanqueo atenta contra el orden socioeconómico y la Administración de Justicia. En la misma línea se manifiesta el TS en el Acuerdo del Pleno de su Sala IIª de 18 de julio de 2006⁴⁰, cuando dispone que la verificación de concurrencia del Art. 301 CP no excluye el concurso real con el delito previo, en este caso con el delito de fraude fiscal.

Pero, no solo plantea dudas la cuota defraudada como objeto del delito de blanqueo, sino incluso si puede existir delito de fraude fiscal respecto a unas ganancias derivadas de un hecho ilícito: en este caso, procedentes del tráfico de droga y la explotación sexual de mujeres. Existen todo tipo de posturas:

- Las que están a favor de la posibilidad de su imputación, basándose en que en otro caso se estaría castigando más al sujeto que no declara unas ganancias a Hacienda obtenidas lícitamente que al que las obtiene ilícitamente. Además dicha postura está en consonancia con el Art. 31.1 CE, según el cual todos (sin hacer ningún tipo de exclusión expresa en el enunciado) están obligados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (...) mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad. Se consagra en dicho artículo el principio de neutralidad de la contribución pública.

- Las que están en contra, en la medida en que entienden que el objeto del delito fiscal será el previsto por la ley, y la ley no va a contemplar en ningún caso un objeto ilícito, pues en otro caso el Estado estaría siendo partícipe del delito. Así mismo, los simpatizantes de dicha

³⁸ Vid .supra (nota nº 36)

³⁹ Vid. supra (nota nº 33)

⁴⁰ En FARALDO CABANA, P. (...)

postura entienden que la obligación de declarar a la Hacienda Pública la obtención de ganancias ilícitas vulneraría su derecho constitucional a no declarar contra sí mismos

- Las posturas intermedias entienden que, en principio, aunque no se pudiese entender como objeto de un delito fiscal el rendimiento de una actividad ilícita, no ocurrirá lo mismo con el producto derivado de dicho rendimiento. En cualquier caso habría que estar a lo dispuesto en el hecho imponible de cada tributo.

MUÑOZ CASALTA, V⁴¹., al establecer que entiende que no hay ninguna duda de que constituye objeto susceptible de blanqueo aquel rendimiento con origen en una actividad delictiva (en este caso el tráfico de drogas y lo obtenido por los servicios sexuales del club) porque éste no estaba antes en el patrimonio del deudor, permite concluir que el origen delictivo de las cantidades defraudadas no excluyen el delito fiscal. En cualquier caso, si atendemos a la línea doctrinal que apuesta por acudir al contenido del hecho imponible de cada tributo, llegaríamos a la misma conclusión, ya que el hecho imponible del IS consiste en la obtención de renta por el sujeto pasivo, independientemente de su fuente u origen (Art. 4 TRLIS).

Por tanto, en base a lo expuesto, la procedencia ilícita del capital no declarado no excluye la imputación del delito fiscal que, además, no encuentra traba legal alguna para constituir el delito precedente al de blanqueo de capitales. Y, además, el delito de blanqueo tiene autonomía respecto al delito precedente, incluso aunque este sea un delito de fraude fiscal, por lo que no deberá entenderse en ningún caso como encubrimiento del delito inicial o consumación de su resultado.

Por último, antes de proceder a la imputación concreta de los delitos a cada uno de los responsables, debemos hacer una breve reflexión acerca de la posible prescripción de los delitos mencionados. El delito de defraudación tributaria tiene previsto, en la LGT (Art. 66), un plazo de prescripción de cuatro años, mientras que el CP habla de 5 años. Tal y como expone COLINA RAMÍREZ, E.I.⁴²., debemos atender al plazo de prescripción previsto en la ley penal pues, en caso contrario, estaríamos permitiendo que una ley tributaria limitase el *ius puniendi* de la Administración de Justicia. Pero, además, no podemos olvidar su conexión en nuestro supuesto con el delito de blanqueo de capitales. En este caso, y al hilo de lo dispuesto por el Art. 131.5 del CP, cuando se produce conexidad entre dos delitos, la prescripción de ambos es la del plazo fijado para el delito más grave (en este caso, el de blanqueo, que prevé un plazo de 10 años) y que, en cualquier caso, comienza a contar desde el cese de la actividad ilícita. Por tanto, dado lo que se desprende de lo relatado en el supuesto, podemos concluir que no se ha producido prescripción de los delitos por no haber cesado su comisión en el momento de inicio del procedimiento.

También en este sentido, debemos pronunciarnos respecto a la cuota defraudada en el año 2009. Además de que, como ya hemos expuesto, la mención expresa de la cuota tributaria

⁴¹ MUÑOZ CASALTA, V.: “El delito fiscal como antecedente al delito de blanqueo de capitales”, *El jurista*, 16 de junio de 2015 (www.eljurista.eu).

⁴² COLINA RAMÍREZ, E.I.: “La defraudación tributaria (...)”.

como objeto de blanqueo de la Ley 10/2010 no implica el que antes no lo fuera ya (solo viene a aclarar que el concepto "procedencia de cualquier actividad criminal" también incluye al delito fiscal), la ley aplicable respecto de la defraudación en dicho año sería la vigente en el momento en que se desarrolla la última acción por entender que nos encontramos ante un delito fiscal continuado, desde 2009 hasta 2012 (ya que en 2013 no cometen delito fiscal, sino infracción tributaria, por ser la cantidad no declarada inferior a los 120.000 euros).

III.III. Responsabilidad de los sujetos consultados

Procedemos pues a establecer la responsabilidad penal de cada uno de los sujetos consultados:

- ◆ Tatiana: partícipe, en calidad de cómplice, de 4 delitos contra la Hacienda Pública del Art. 305 bis CP (introducido por la L.O. 7/2012 de reforma el Código Penal), por concurrir las circunstancias referidas en sus apartados b) y c) : comisión de la defraudación en el seno de una organización criminal (dedicada a la explotación sexual de mujeres y el tráfico de drogas) y por la utilización de persona jurídica interpuesta para ocultar o dificultar la identidad del obligado tributario y responsable, en este caso, del delito. También habla el apartado c) del uso de paraísos fiscales con estos fines. Cabe aquí mencionar la desviación de capitales a un banco en Gibraltar, dada la consideración de este territorio como paraíso fiscal (aunque existe toda una polémica en torno a esta calificación), debiendo reseñar que no existe en España un delito de evasión de capitales, sino que rige el principio de libre circulación del capital. Es decir: no es delito desviar y mantener en dichos territorios el capital, sino el hecho de que éste sea defraudado a la Hacienda Pública. Por tanto, dada la inexistencia de esta figura en nuestra legislación penal, por lo que respecta a este punto simplemente podemos señalar que es una prueba evidente de la comisión de los delitos aquí relatados, pues cumple el objetivo de ocultar a la Administración Tributaria y de Justicia un capital no declarado y, además, blanqueado, pero no supone en ningún caso la imputación de un nuevo delito que entre en concurso con los aquí examinados.

La participación en calidad de "cómplice" se justifica en lo aseverado por COLINA RAMÍREZ, E.I.⁴³, que entiende a estos sujetos como aquellos que apoyan dolosamente a otra en un hecho antijurídico. Por tanto, en palabras del autor, se limita a favorecer un hecho ajeno, pero no colabora en él de manera imprescindible, aunque sí se exige su cooperación en él (antes o después de su ejecución). Si seguimos esta línea argumental, podríamos entender que también es responsable de un delito de blanqueo de capitales, previsto en el Art. 301 CP, en grado de complicidad, pues será "cómplice" por el mero hecho de favorecer un delito ajeno, sin que sea necesaria su participación directa en él.

- ◆ Alberto y Santiago (socios): responsables de 4 delitos contra la Hacienda Pública, del Art. 305 bis CP aplicados en su mitad superior por las causas arriba citadas, en calidad de autores mediatos, pues emplean una sociedad interpuesta (NA&MA) para ocultar su identidad, como titulares de los ingresos, a las Administraciones Tributaria y de Justicia

⁴³ COLINA RAMÍREZ, E.I. (...), cit., pp. 183-188.

y, además, el delito afecta a más de un obligado tributario. La justificación del grado de participación aplicado, autores, lo encontramos en la SAP Barcelona 248/2015⁴⁴, de 12 de marzo, la cual dispone "*por lo que respecta a la autoría, cuando nos encontramos, como en el presente caso, ante obligaciones tributarias con cargo a personas jurídicas (ya que, atendiendo al listado de sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades, recogidos en la Ley del Impuesto de Sociedades, el obligado tributario es la persona jurídica) que adoptan la forma de sociedades, la responsabilidad penal de las personas físicas se vehicula a través del artículo 31 CP, que permite atribuirle al que actúe como administrador de hecho o de derecho*". Pero, tal y como continúa diciendo la sentencia, dicha autoría no se presume sino que debe demostrarse el ejercicio efectivo de dicha administración, "*esto es, la asunción de una función de protección del bien jurídico, el dominio sobre el mismo y la realización de una conducta que, en caso de concurrir la cualidad personal exigida por el tipo, sea constitutiva de delito*". Además, son también autores de un delito de blanqueo de capitales (que en su tipo básico se recoge en el Art. 301 CP) procediendo en este caso la aplicación del Art. 302 que implica la imposición de la pena superior en grado. Dicho artículo prevé esta agravación para los jefes o administradores de las organizaciones dedicadas a los delitos mencionados en el artículo anterior (Art. 301), entre ellos el tráfico de drogas. Teniendo en cuenta que lo que dispone el Art. 301 para agravar la pena es, simplemente, que los bienes "tengan su origen" en un delito como el tráfico de droga, a pesar de que el delito inmediatamente precedente sea el delito fiscal, podemos dar como válida la aplicación de tal agravante pues, en origen, los bienes objeto de blanqueo y, previamente, objeto de delito fiscal procedían, en parte, del tráfico de este tipo de sustancias.

- ◆ Xaime: partícipe de 4 delitos contra la Hacienda Pública. Sin embargo, respecto al grado de participación, debemos señalar que cabrían dos opciones atendiendo a que no se especifica en el supuesto si la intervención del abogado es anterior o posterior a la comisión de la defraudación. En caso de que les recomiende la desviación de los fondos a Gibraltar antes de que sea obligatoria su declaración, actuaría en calidad de cooperador necesario pues, atendiendo a lo dispuesto por COLINA RAMÍREZ, E.I.⁴⁵, es "cooperador necesario" aquel sujeto sin cuya ayuda no puede concretarse el delito ya que, su actividad asesora dolosa, refuerza la conducta delictiva de su asesorado. En este sentido, la STS 1231/99⁴⁶, de 26 de julio, alega que la cooperación necesaria aporta conocimientos sin los cuales no se podría haber cometido el delito. Los requisitos para que resulte responsable son, en primer lugar, que su conducta integre el resultado antijurídico y, en segundo lugar, que el autor resulte penalizado, pues si no existe delito tampoco puede existir participación del asesor fiscal. Además, la causa de que el abogado asesor fiscal se entienda como cooperador y nunca como autor del delito, viene dada por la concepción del delito fiscal como delito especial, de forma que solo puede ser autor del

⁴⁴ SAP Barcelona 248/2015, de 12 de marzo (ARANZADI: ARP\2015\366).

⁴⁵ Vid. supra (nota nº 43).

⁴⁶ STS 1231/1999, de 26 de julio (ARANZADI: RJ 1999\6685).

mismo el sujeto que, a su vez, es obligado tributario. En este sentido, ADAME MTEZ⁴⁷, J.D., expone que *"el asesor fiscal extraneus que se limita a llevar a cabo actos de simple asesoramiento no puede ser autor idóneo del delito de defraudación tributaria (...) si lo entendemos como un delito de infracción de un deber (...), ya que no existe ningún título por el cual se puedan transferir los deberes tributarios (...)".* Sin embargo, si el asesoramiento se produce una vez que ya se ha defraudado a la Hacienda Pública, sería partícipe en calidad de encubridor, pues simplemente colabora a la ocultación de los efectos del delito, sin ser su conducta necesaria para cometer la conducta típica: elusión del pago del tributo. Por lo que respecta al delito de blanqueo, y atendiendo a la literalidad del precepto en el que se regula (Art. 301), se desprende que comete la conducta típica no solo quien oculta el origen ilícito de los bienes, sino quien *"realice cualquier otro acto (...) para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (...)".* Por tanto, teniendo en cuenta que es el asesor fiscal quien aconseja la desviación de estos capitales defraudados y blanqueados a un banco en Gibraltar por su opacidad y la dificultad de investigación de las autoridades, podemos entender que es, junto a Alberto y Santiago, coautor de un delito de blanqueo de capitales del Art. 301 CP.

III.IV. Viabilidad de aplicación del Art. 310 CP

Por último, hacer una breve reseña respecto de la procedencia de aplicación del Art. 310 CP, referente a la posible comisión de un delito contable. Parece que las conductas aquí descritas encajan con la conducta típica regulada en dicho artículo, en la medida en que el empresario introduce datos ficticios que ocultan la verdadera situación de la empresa. Sin embargo, siguiendo la doctrina sentada por la STS de 31 de octubre de 1992⁴⁸, cuando dicho delito aparece aparejado a un delito fiscal no puede juzgarse como delito autónomo, sino que estas conductas vienen considerándose actos preparatorios del delito contra la Hacienda Pública que, por lo tanto, absorbe el delito del Art. 310 CP.

⁴⁷ ADAME MTEZ, F.D.: *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, Ed. Comares, Granada, 2010.

⁴⁸ STS 2401/1992, de 31 de octubre (ARANZADI: RJ 1992\8629).

IV. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES Y/O TRIBUTARIAS DE LA SOCIEDAD "NA&MA S.L."

IV.I. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española

Tradicionalmente, en España, se venía enunciando como principio fundamental el "*societas delinquere non potest*" en la medida en que, atendiendo a los fundamentos de nuestro Derecho Penal, una persona jurídica, en la medida que es un ente ficticio dotado de personalidad, no podía ser sujeto activo de un delito al no tener capacidad de acción, culpabilidad o comprensión del alcance de sus actuaciones (comportamiento doloso). Estos son los argumentos que, en contra de la posibilidad de reconocer responsabilidad penal a tales entes, recoge BOLDOVA PASAMAR, M.A. en su artículo "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española"⁴⁹. Sin embargo, también recoge una serie de argumentos a favor, entre los que destacan los siguientes:

- En el ámbito del Derecho Administrativo se recogen sanciones aplicables a las personas jurídicas, sin que ello suponga ningún tipo de dificultad conceptual o aplicativa, lo que justifica la viabilidad de atribución de responsabilidad en el orden jurisdiccional penal.
- Las personas jurídicas son titulares de un amplio catálogo de derechos y deberes, por lo que no parece que deba existir impedimento para que sean penalmente responsables, es decir: para que se les puedan atribuir deberes jurídico-penales.
- La necesidad de establecer una situación de igualdad entre la persona física y la jurídica, de forma que ésta última debe responder por sus actuaciones ilícitas igual que lo hace la primera.
- Por último, y quizá la causa más relevante de la reforma del año 2010, la necesidad de combatir las dificultades de imputación penal de responsabilidad a las personas físicas que se encuentran "tras" la estructura de la persona jurídica, cuya identidad escapa muchas veces al conocimiento de la Administración de Justicia. Con la reforma del CP en el año 2010, y la introducción del Art. 31 bis, la persona jurídica responde independientemente de quien sea el verdadero autor material del delito y aunque éste no se pueda individualizar, bajo el requisito de que éste haya cometido o haya tenido que cometer necesariamente el delito (por la imposibilidad de actuación material de la persona jurídica y en base a las competencias y facultades dentro del ente jurídico de dicho sujeto físico). Es decir: no se atribuye a la persona jurídica una responsabilidad directa en sentido estricto, sino una responsabilidad "por transferencia", en la medida en que asume, de forma solidaria, la responsabilidad atribuible a la persona física autora del delito.

⁴⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, Santiago de Compostela.

IV. II. Análisis del Art. 31 bis CP

Atendiendo específicamente al modelo español, tras la reforma operada por L.O. 5/2010, que introduce por vez primera en la ley española la posibilidad de que las personas jurídicas sean penalmente responsables, son varios los requisitos que establece el ya mencionado Art. 31 bis CP para que dicha atribución sea posible. Siguiendo la literalidad del artículo, "*las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*" Por tanto es necesario, en primer lugar, que se actúe en su nombre o por su cuenta y, además, que se actúe en su provecho. Este punto es importante, ya que, en caso de que la persona física que se oculta tras la persona jurídica para cometer un delito actúe en su propio beneficio o, incluso, en perjuicio de la sociedad, no existirá en modo alguno responsabilidad penal para ésta última. Y, en segundo lugar, es necesario que quien cometa el delito sea el administrador de la sociedad, o cualquier otro que ostente poder de representación, o bien un empleado de la misma, siempre y cuando sus superiores no hubiesen ejercido el debido control sobre las actuaciones de dicho subordinado, lo que implica que, en cualquier caso, se exige responsabilidad de los administradores, directa o indirecta.

Pero, respecto a dicha responsabilidad de las personas físicas que controlan a la persona jurídica, es muy importante destacar lo que dispone el mismo artículo en su apartado segundo, cuando dice: "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*". Dicho apartado es de vital importancia pues de su interpretación se extrae que, aunque no se pudiese exigir responsabilidad a la persona física (exención de responsabilidad, ocultación a la Justicia, fallecimiento, identidad desconocida,...), la persona jurídica respondería igualmente. El único presupuesto exigible es, como ya hemos dicho, que la persona física haya cometido o haya tenido que cometer el delito, por lo que la mera sospecha es válida y suficiente para imputar responsabilidad transferida a la persona jurídica (BOLDOVA PASAMAR, M.A.).⁵⁰

En lo que se refiere al grado de participación en el delito, la doctrina no es unánime⁵¹ y, mientras unos piensan que sólo cabe una forma de participación impropia, sin caber en ningún caso la autoría directa o mediata (BOLDOVA PASAMAR, SILVA SANCHEZ, J.), otros admiten cualquier forma de participación delictiva o autoría (GOMEZ TOMILLO, M., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.).

⁵⁰ Vid. supra (nota nº 49).

⁵¹ En BOLDOVA PASAMAR, M.A. (...).

IV.III. Responsabilidad penal de NA&MA S.L

Debemos partir, en todos los casos, de la base de lo arriba expuesto: es necesario que la persona física que actúa tras ella (administrador, persona con poder de representación o empleado) haya cometido el delito, de forma clara o por deducción.

- ◆ Respecto a la explotación sexual de las mujeres rumanas, resulta de aplicación el apartado séptimo del Art. 177 bis CP, en la medida en que los socios participan en la comisión del delito de trata a tenor de lo dispuesto en el apartado seis del mismo artículo, en el cual se prevé la pena para los jefes o administradores de las organizaciones dedicadas a este tipo de actividades. La pena que va a sufrir la persona jurídica por este delito es multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido y, tal y como dispone el mismo artículo, podrían aplicarse, siempre de forma accesoria, las penas previstas en el apartado siete del Art. 33 CP, letras b) a g): disolución. suspensión de la actividad (máximo 5 años), clausura de locales y establecimientos (máximo 5 años), prohibición de realizar la misma actividad en el futuro, inhabilitaciones para obtención de ayudas públicas y beneficios fiscales o de la Seguridad Social, así como para contratar en el sector público (máximo 15 años) o intervención judicial para proteger los derechos de los trabajadores y acreedores por el tiempo necesario (sin exceder los 5 años). Además, será también responsable de un delito de prostitución coactiva previsto para las personas jurídicas en el Art. 189, ya que los socios realizan la conducta prevista en el Art. 188 de lucrarse con la explotación de la prostitución ajena. La pena aplicable es la enunciada en el apartado b), en la medida en que esta es la que se aplica cuando la pena para la persona física es de más de dos años, sin llegar a cinco años y, en este caso, la pena en abstracto del tipo básico es de 2 a 4 años, aplicándose en su mitad superior ante la concurrencia de ciertas agravantes pero, en ningún caso es mayor a 4 años. Por tanto, se le aplica una multa del doble al cuádruple de lo obtenido en la comisión del delito o bien las penas del apartado 7 del Art. 33 antes citadas.
- ◆ Por lo que se refiere a las sustancias halladas en el local por los funcionarios de Policía, que resultaron ser nitrito de amilo y ketamina, es de aplicación el Art. 369 bis CP, que prevé la pena aplicable a la persona jurídica si la persona física que actúa tras ella comete este tipo de delito. En nuestro caso, a Alberto y Santiago les resulta de aplicación el Art. 370 CP, por cuanto son los jefes y/o administradores de la organización criminal dedicada a este tipo de actividad, lo que posibilita la atribución de responsabilidad penal a NA&MA S.L. En este caso, la pena a aplicar sería la prevista en el apartado a) del Art. 369 bis, consistente en multa de dos a cinco años o del triple al quíntuple del valor de la droga (si dicha cantidad fuese más elevada), por preverse pena para las personas físicas mayor a cinco años (la pena del tipo básico es de 3 a 6 años y, la prevista en el Art. 370 para los jefes de la organización, es la superior a ésta en uno o dos grados), así como, en su caso, las citadas penas del Art. 33.7 CP.
- ◆ Por último, respecto a los delitos aparejados a la gestión económica del club "Plenilunio", resulta de aplicación el Art. 310 bis CP, en la medida en que los socios son responsables de los delitos contra la Hacienda Pública previstos en el Art. 305 bis CP, introducido por

la reforma del año 2012, por pertenencia a organización criminal de la que derivan los efectos del delito de fraude y uso de sociedades tapadera, así como desviación de fondos a paraísos fiscales. Cabe en este punto precisar, ya que podría dar lugar a duda, en qué medida está justificado que dicho delito se comete en provecho de la sociedad aquí juzgada. Esto es así ya que, a tenor de lo dispuesto en el Art. 7 de la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS), la obligada tributaria es la propia persona jurídica por lo que, eludir el pago del tributo, redundaría en beneficio económico para la misma. La pena aplicable por tal delito sería la prevista en el apartado b), multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, por preverse en el caso de personas físicas una pena que supera los 5 años (la pena en abstracto va de los 2 a los 6 años de prisión), como también es posible la aplicación por los Tribunales de las penas recogidas en los apartados b) a g) del Art. 33.7 del CP. Así mismo, por lo que se refiere al blanqueo de capitales, resulta de aplicación el apartado segundo del Art. 302, por ser los socios autores de un delito de blanqueo de capitales cometido bajo la cobertura de esta sociedad, con lo que se posibilita que responda penalmente junto a ellos. En este caso, la pena a aplicar consiste en multa de dos a cinco años, al tener el delito de la persona física una pena superior a los 5 años (va de los 6 meses a los 6 años y, en caso de agravarse, podría incrementarse dicho límite hasta en un grado, lo que sobrepasa absolutamente los 5 años), pudiendo asimismo aplicarse las penas del apartado 7 del Art. 33 CP.

IV.IV. Responsabilidad tributaria de NA&MA S.L.

Para dar solución a esta cuestión debemos acudir a las disposiciones de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que regula la responsabilidad tributaria en sus Arts. 41 a 43. Por supuesto, el sujeto pasivo del impuesto impagado es responsable tributario y deudor pero, además, el Art. 41 permite añadir a la lista de responsables a otros sujetos que, subsidiaria o solidariamente, respondan de tales obligaciones tributarias junto al deudor principal (en este caso, NA&MA S.L.), debiendo partir de la idea de que, salvo que se disponga lo contrario, dicha responsabilidad de los sujetos no obligados al pago del tributo será subsidiaria. Es decir: sólo se les podría exigir el cumplimiento de las obligaciones inherentes a dicha responsabilidad tributaria en caso de insolvencia del deudor principal del impuesto.

El Art. 42, concretamente, recoge los supuestos de responsabilidad solidaria, enunciado del cual se extrae que efectivamente existe una responsabilidad tributaria, además de la penal, del sujeto pasivo del impuesto, que en este caso es NA&MA S.L. por tratarse del Impuesto de Sociedades (IS). Su apartado primero dice así: " *1. Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: a) Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción*". Y continúa el artículo disponiendo, en su apartado segundo, que " *2. También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, del de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades: a) Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión*

de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria". Esto concuerda con lo expresado por la mayoría de la doctrina, favorable a la extensión de responsabilidad tributaria a los administradores cuando se haya cometido un hecho ilícito y en caso de que éstos hayan tomado parte en su realización. En nuestro supuesto, al coincidir la actuación de Alberto y Santiago con las conductas típicas descritas en tal artículo, podríamos afirmar que existe responsabilidad tributaria solidaria de los mismos junto a la sociedad NA&MA S.L., pudiendo exigírseles el pago del importe de la deuda tributaria, aun cuando la sociedad fuera solvente pues, en los casos de responsabilidad solidaria, el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores. El contenido de esta responsabilidad, como se desprende del artículo, es el pago de la deuda tributaria pendiente y, según continúa, "alcanza también a las sanciones". Pero, respecto a esta cuestión, debemos atender a la literalidad del Art. 180.1 de la LGT, el cual dispone que en caso de que la defraudación se entienda como delito contra la Hacienda Pública, no cabrá la imposición de sanciones administrativas. Por tanto, en este caso, aunque podría abarcarlas, no podemos aplicar las infracciones previstas en los Arts. 178 y ss. de dicha ley.

Para el caso de que la sociedad fuese insolvente, el Art. 43 propone la solución de la responsabilidad subsidiaria, en sustitución del deudor principal, de ciertos sujetos, entre ellos "*(...) los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que (...) hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones*". Cabe señalar que, el mismo artículo, indica que dicha responsabilidad cabrá sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero del Art. 42. De dicha afirmación se desprende que la responsabilidad solidaria no excluye la subsidiaria con lo que, en caso de no ser posible la primera, se recurriría a la segunda, sustituyendo los administradores a los deudores principales en las obligaciones derivadas de la responsabilidad tributaria.

V. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE DECLARAR A "NA&MA S.L." SOCIEDAD NULA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE

V. I. El contrato de sociedad

La doctrina ha venido definiendo a las sociedades como el producto de contratos de carácter asociativo. Dichos contratos se definen en el Art. 1665 del Código Civil (CC), el cual dispone que se trata de " (...) un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con el ánimo de partir entre sí las ganancias".

Los elementos esenciales que se exigen para la validez de dicho contrato de sociedad son los elementos generales de cualquier contrato, establecidos en el Art. 1261 CC: consentimiento, objeto y causa. El consentimiento se refiere a la voluntad manifestada por los contratantes que, en palabras del Art. 1262 CC, consiste en el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa objeto del contrato y la causa que lo constituye. Por otro lado, en lo que respecta al objeto del contrato, el Art. 1271 CC establece que podrán serlo " (...) todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres (...)". Así mismo, en los artículos siguientes se determina que debe ser un objeto posible, cierto y determinado o, al menos, determinable. Se trata, en definitiva, de la concreción de la finalidad genérica del contrato, al desvelar las específicas actividades empresariales o económicas que se realizarán para alcanzar el pretendido fin⁵². Por último, en lo que respecta a la causa, se refiere a la finalidad perseguida con la adopción del contrato de sociedad, disponiendo el Art. 1275 CC que, aquellos contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Se entiende por causa ilícita, a tenor del mismo artículo, la que se opone a las leyes o a la moral, es decir: no es necesario que en todo caso que la causa sea constitutiva de delito o falta, sino que será igualmente ilícita, a la luz de lo dispuesto en nuestro CC, cuando sea contraria a las buenas costumbres generalmente aceptadas.

Cabe señalar en este punto que el contrato de sociedad existe en caso de concurrir los citados elementos, aun cuando las partes no sean conscientes de ello o no hayan calificado la operación jurídica como "contrato"⁵³.

V. II. Vicios en el contrato que pueden dar lugar a la nulidad del mismo

Comenzando por el análisis de la validez del consentimiento, el Art. 1265 CC establece que éste será nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo. El error, para ser invalidante, tiene que recaer sobre el objeto del contrato o sus condiciones principales, atendiendo a lo dispuesto en el Art. 1266 CC. En cuanto a la violencia e intimidación, se refieren a la coerción física o psicológica de un contratante sobre el otro para la aceptación del contrato, entendiéndose que se produce ésta última cuando se infunde un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o su patrimonio, así como en el de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Por último el dolo consiste en la utilización de

⁵² MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (dir.) / APARICIO, M.L. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Civitas, Navarra, 2012, pág. 342.

⁵³ MENÉNDEZ, A. (...)

maniobras por parte de un contratante sin las cuales el otro no hubiera prestado su consentimiento a la celebración del contrato. Entendemos que este vicio, basado en la invalidez del consentimiento de los contratantes, no existe, pues ambos socios parecen, a la luz de lo expuesto en el caso, plenamente conscientes de la celebración del contrato de sociedad y libres en la manifestación de la voluntad de constituir la sociedad.

En lo que respecta al objeto, atendiendo a que debe tratarse de un objeto posible, cierto y determinado, entendemos cumplido el requisito de validez. Sin embargo, el Art. 1271 CC dispone que el objeto lo será cualquier cosa que esté en el comercio de los hombres y debemos entender que, los objetos de carácter delictivo, no pueden o en ningún caso deben encontrarse en el tráfico. En este sentido, el Art. 1666 CC, establece que la sociedad debe tener un objeto lícito, lo cual no se cumple en nuestro caso, atendiendo a que el objeto real de la sociedad es la gestión de actividades de explotación sexual y de tráfico de drogas.

La causa o finalidad del contrato será nula, según el tenor literal del Art. 1276 CC cuando se exprese en el contrato una causa falsa, lo que ocurre en nuestro supuesto pues los estatutos sociales hacen constar un objeto social ficticio al introducir en su concepto "gestión de locales de ocio", cuando realmente se trata de la gestión de un local destinado a la realización de actividades delictivas, como son la explotación sexual de mujeres y el tráfico de sustancias prohibidas. Así mismo, como ya hemos expuesto, el Art. 1275 del mismo texto legal establece que los contratos con causa ilícita son aquellos que se oponen a la ley, lo que se producirá cuando la causa sea constitutiva de delito, como ocurre en el presente supuesto.

Debemos indicar que, atendiendo a las exigencias de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), no se indica el tipo de administración escogida cuando para las Sociedades Limitadas (SL) se prevén varias posibilidades y que tampoco se indica, en lo referente a las participaciones sociales, su número, valor individual y numeración, tal y como exigen los Arts. 22.2 y 23 de dicha ley, respectivamente.

V.III. Nulidad de la sociedad NA&MA S.L.

La LSC recoge en su Art. 56 las causas de nulidad de las sociedades, siendo éstas las siguientes:

- a) Por no concurrir la voluntad efectiva de, al menos, dos socios en caso de pluralidad de éstos, como es nuestro caso. Al respecto ya hemos expuesto que entendemos que éste requisito sí se cumple por concluirse, a la luz de lo dispuesto en el supuesto, que existe un consentimiento manifestado de forma consciente y volitiva.
- b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores. No disponemos de éste dato, por lo que entendemos que no puede ser alegado como causa de nulidad.
- c) Por no expresarse, en la escritura de constitución, las aportaciones de los socios. Es un dato que también desconocemos, pues sólo se nos facilita el porcentaje de participación que sobre el total del capital tiene cada uno.

d) Por no expresarse la denominación de la sociedad en los estatutos. Desconocemos si se ha hecho constar en los estatutos, pero sí cuenta con una denominación, que es "NA&MA", SL.

e) Por no expresarse en los estatutos sociales el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público. Este es el punto conflictivo pues, si bien en los estatutos se ha expresado que el objeto social consiste en "la gestión de locales de ocio", como ya hemos dicho, en realidad se dedica a la gestión de actividades ilegales, al desarrollarse en el interior de dichos locales actos de tipo delictivo, como son la explotación de la prostitución ajena y el tráfico de droga. Dichas actividades están fuera de lo que es válido en el comercio de los hombres, es decir, en el tráfico mercantil y, por lo tanto, quedan fuera de la validez del objeto del contrato de sociedad.

f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social, dato que también desconocemos y que, por tanto, no podemos alegar como causa de nulidad.

A pesar de que el CC regula la nulidad de los contratos en sus Arts. 1300 y ss., pudiendo ocurrir que se regulase alguna otra causa distinta a las mencionadas, no debemos dejar de lado lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo de la LSC, por el cual *"fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación"*. Por tanto, atendiendo al principio general del Derecho por el cual la ley especial excluye a la ley general, debemos ceñirnos a las causas enumeradas en la LSC, aplicándose las normas del CC sólo de manera supletoria.

En conclusión, entendemos que, en base a lo dispuesto en la LSC, podemos declarar nula a esta sociedad en base a la concurrencia de la circunstancia del apartado e) de su Art. 56, al ser ilícito el objeto de la mencionada sociedad. En este sentido, parte de la doctrina asume la "teoría de la sociedad de hecho", según la cual no se ejerce una acción de nulidad al uso, sino que la nulidad tiene efectos *ex nunc* (desde ahora, no desde siempre). Esta fórmula permite que no queden sin efecto las operaciones realizadas por dicha sociedad, especialmente aquellas que hayan generado derechos a favor de terceros. En este sentido, el apartado segundo del Art. 57 de dicha ley afirma que la nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o créditos de la sociedad respecto a terceros y viceversa.

La concurrencia de una causa de nulidad es causa de disolución, lo que abre la liquidación de la sociedad, proceso al final del cual se sustraería a la misma del tráfico.

VI. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE REGISTRAR LA MARCA "PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES" EN LA CLASE 43

VI.I. La clasificación de las marcas en relación a su objeto

La clasificación basada en el objeto sobre el cual recae la marca, consiste en la división entre marcas empleadas para la diferenciación de bienes y marcas para la diferenciación de servicios. La consultada CLASE 43 está incluida dentro de la Clasificación de Niza⁵⁴ que, desde el 1 de enero de 2012, viene aplicándose en su 10ª edición por la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), a nivel comunitario. Se trata de una clasificación internacional de marcas en atención a su objeto cuyo origen se encuentra en un tratado multilateral administrado por la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y firmado en el año 1957. El referido texto indica en que clase debe encuadrarse cada producto o servicio, contando en la actualidad con un total de 45 clases diferentes: 34 para productos y 11 para servicios. La utilidad de recurrir a la Clasificación de Niza reside en la obtención de una importante simplificación en esta materia, en la medida en que todos los productos y servicios se clasifican atendiendo a los mismos criterios en todos los países miembro del acuerdo.

VI.II. La CLASE 43

Según lo dispuesto en la 10ª edición de la referida Clasificación de Niza, actualización que se viene aplicando desde el 1 de enero de 2012, la presente clase tiene por objeto el registro, de forma genérica, de todo tipo de servicios de restauración, así como servicios que ofrezcan hospedaje temporal. Se ofrece una descripción más detallada al respecto en el mismo cuadro clasificatorio, disponiendo que dichos servicios incluyen:

- Con respecto a la restauración, servicios de preparación de alimentos y bebidas para consumo por personas o establecimientos.
- En lo referente al hospedaje, servicios de alojamiento, albergue o abastecimiento de comida ofrecidos por hoteles, hostales, pensiones o cualesquiera otros que tengan la característica de ofrecer un hospedaje de tipo temporal. Concretamente incluye servicios de reserva de alojamiento de viajes (a través de agencias o corredores) o residencias de animales.

Se detalla a continuación un listado de servicios que específicamente están excluidos:

- Alquiler de inmuebles en caso de que se persiga un fin de ocupación de tipo permanente, que encajarían en la CLASE 36.
- Organización de viajes por agencias de turismo, servicio que se clasificaría en la CLASE 39.
- Servicios de conservación de alimentos y bebidas, que habrían de solicitarse para la CLASE 40.

⁵⁴ Clasificación de Niza, recogida en la página web de la Oficina Española de Patentes y Marcas: <http://tramites.oepm.es/clinmar/euroclassNiza/inicio.action>

- Discotecas, las cuales se encuadran en la CLASE 41.
- Internados, que del mismo modo están destinados a la CLASE 41.
- Y, por último, casas de reposo y convalecencia, registrables en la CLASE 44.

Indagando en los registros hechos en la mencionada clase, hemos encontrado algunos en concepto de "bar", "pub" y "motel" o "pensión". Por tanto, en condiciones normales, las características del local podrían encajar en dichos conceptos, haciéndolo susceptible, igual que lo fueron éstos, de ser registrado en dicha clase. Esto se fundamenta en que, atendiendo a lo que se desprende del supuesto, se trata de un establecimiento que ofrece bebidas a sus clientes (lo que encaja con las competencias propias de un bar u otro local de restauración) y cuenta con habitaciones en las cuales, en términos objetivos, se efectúa un hospedaje temporal por el cual se paga un precio, independientemente de las concretas actividades que dentro de tales habitáculos se realicen. No se trata de un supuesto que encaje a la perfección en los casos enumerados arriba, pero tampoco está entre los supuestos excluidos pues, si puede generar dudas el concepto "discoteca", no es Plenilunio un local con estas características.

Sin embargo, el contenido de las clases indica, específicamente, que deben ser servicios destinados a tales fines y en nuestro caso, a pesar de que se facilite alguno de los servicios enumerados en la clase (tal como el servicio de restauración, al contar con una barra de bar), no se trata en modo alguno de la verdadera finalidad del local en cuestión. Además, en cualquier caso, la CLASE 43 está pensada para servicios de restauración consistentes en la "preparación" o "abastecimiento" de comidas o bebidas y, en este caso, se produce un mero suministro al consumidor final.

VI. III. La imposibilidad de registrar "Pequeñas Sumisas Ardientes": prohibiciones absolutas

Analizadas las características del local y el objeto de su actividad, de cara a valorar la procedencia de clasificación en la CLASE 43, pasaremos al análisis de la propia marca que se pretende registrar. En este sentido, la Ley de Marcas recoge una serie de prohibiciones de registro para aquellas marcas que presenten rasgos atentatorios bien contra los intereses generales y públicos, bien contra los intereses privados de terceros. Se trata, respectivamente, de las prohibiciones absolutas y relativas siendo la diferencia entre ambas, tal y como hemos advertido, que mientras que las primeras adolecen de algún vicio intrínseco por el cual en sí misma no es registrable la marca, las segundas suponen la existencia de un signo válido aunque no disponible por ser usado con anterioridad por tercero.

Dado que no se nos ofrece información acerca de ningún tipo de disputa con terceros, entendemos que la única posibilidad que cabe es que la marca en cuestión incurra en una de las prohibiciones absolutas enumeradas en la ley. Su aplicación debe realizarse, como ha indicado el TS, de forma restrictiva en cuanto son limitativas de derechos de su solicitante, utilizándose como factores de valoración la estructura denominativa y gráfica (denegándose su registro en caso de que, por ejemplo, de dicho análisis se extrajese que se provoca un

atentado contra la dignidad), la naturaleza del servicio para el que se solicita y la sensibilidad del consumidor medio al que se dirige. Se recogen en el apartado primero del Art. 5 de la mencionada ley, destacando en nuestro caso las prohibiciones citadas en el apartado f) de dicho artículo: por contrariedad con la ley, el orden público o las buenas costumbres.

- La contrariedad con la ley se produce cuando no está permitido el registro porque así lo establezca una disposición especial con rango de ley.

- La contrariedad con el orden público, por su parte, se verifica cuando el signo que pretende inscribirse como marca atenta contra los principios sociales, políticos o jurídicos de la sociedad o la cultura imperante; en definitiva, cuando la marca supone un atentado contra los valores constitucionales establecidos.

- Por último, la contrariedad con respecto a las buenas costumbres requiere que la marca suponga un atentado contra los valores morales, dice el texto, "*exigible y exigido en la convivencia entre personas honesta*". Como se observa, es un presupuesto de difícil concreción objetiva, pues la valoración de tal ataque a la moralidad casi siempre tiene un trasfondo subjetivo y personal.

De lo expuesto podemos extraer que, el caso que más encaja con nuestra marca, es el de contrariedad con el orden público, en la medida en que, por ejemplo, se ha prohibido el registro de marcas con una denominación referente a organizaciones criminales, xenófoba o racista, antidemocrática o, como podemos concluir que ocurre en nuestro caso, sexista, con alegación de la citada contrariedad con el orden público⁵⁵. En este sentido, resulta ilustrativa la denegación de registro a la marca "Secreto de Separadas Viciosas", pudiendo establecer una cierta analogía con nuestro caso por cuanto su contenido adolece de un cierto carácter vejatorio para la mujer. Otro caso que cabe mencionar es el de la denegación por la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) del registro de la marca "Screw You", expresión vulgar que podría traducirse por "copular".

En lo que respecta a los factores antes enumerados como patrón utilizado para valorar la procedencia de la prohibición, del análisis denominativo podemos concluir que es atentatorio contra la dignidad, especialmente la femenina. Y, en lo que respecta al tipo de servicio y consumidor al que se dirige, aunque pudiera parecer que no existe incumplimiento, diversas sentencias han denegado la inscripción alegando que, si bien es cierto que la sensibilidad del consumidor medio de dicho producto no tiene por qué verse afectada, el producto no guarda las cautelas suficientes para escapar del alcance del público general, por lo que debe realizarse la valoración de la ofensa a la sociedad en su conjunto y no a ese concreto grupo⁵⁶.

⁵⁵ Página web de la OEPM: Guía de examen de prohibiciones de registro: prohibiciones absolutas ([prohibiciones absolutas](#)).

⁵⁶ STJCE, en el caso Cortés del Valle vs. OAMI (ARANZADI: TJCE\2012\48), en base a la concurrencia del requisito del Art. 7.1 f) del Reglamento 207/2009, referente a prohibiciones absolutas de registro de marcas comunitarias.

VI. IV. Conclusión

Pero, en cualquier caso, más allá de que la marca incurra en prohibiciones registrales previstas en la ley, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el Art. 3 de la Ley de Marcas, referente a la legitimación para solicitar el registro de una marca. Según este artículo, los sujetos legitimados para solicitar la inscripción de una marca son " (...) *las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y las personas naturales o jurídicas extranjeras que residan habitualmente o tengan un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en territorio español (...)*". Aplicándolo a nuestro supuesto, NA&MA S.L., es una persona jurídica con residencia en España (Calle Real, A Coruña) pero, respecto a la posesión de un establecimiento efectivo y serio, si bien no se especifica en la ley lo que se entiende por tal, suponemos que en ningún caso entra en dicha calificación un local dedicado a la realización de actividades ilícitas. Por tanto, de esta análisis podemos extraer la conclusión de que NA&MA S.L. no puede registrar la marca "Pequeñas Sumisas Ardientes" (supuesto que se le denegaría a cualquier solicitante), pero tampoco cualquier otra marca válida, por no cumplir la mencionada sociedad los requisitos de legitimación.

VII. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE UNA SOCIEDAD COMPETIDORA EJERCITE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA "NA&MA" S.L.

VII. I. Concepto de competencia desleal y finalidad de su regulación

La competencia desleal, atendiendo a lo dispuesto por la cláusula general prohibitiva contenida en la Ley de Competencia Desleal (LCD), incluye todo acto contrario objetivamente a las exigencias de la buena fe. Implica el abuso por parte de los operadores económicos del derecho de libertad de empresa, recogido en el Art. 38 de nuestra CE, e incluye cualquier tipo de conducta contraria a la buena fe, independientemente de si es culposa o no. El alcance de dicho concepto viene referido en el párrafo segundo del apartado primero del Art. 1 de la mencionada ley, en el que se establece que implica un incumplimiento de los principios del ordenamiento jurídico mediante, fundamentalmente, la falta de la debida diligencia profesional, conforme a los usos honestos del mercado. Se entiende que se habrá carecido de dicha diligencia cuando se distorsione de modo significativo el comportamiento del consumidor medio. Por tanto, son necesarios dos requisitos fundamentales para poder hablar de competencia desleal:

- La falta de diligencia empresarial o profesional, atendiendo a los usos del mercado.
- La causación de una distorsión significativa, relevante, en el comportamiento del consumidor medio con tales prácticas.

De dicho concepto podemos extraer que, la finalidad de la regulación de este tipo de conductas, es la protección de los intereses de todos aquellos que participan en el mercado, para lo cual las normas prohíben las prácticas calificadas de competencia desleal, especificándose que, entre ellas, se incluye también la publicidad ilícita.

VII.II. Ámbito de aplicación de la LCD

Debemos partir de la idea de que, en lo que respecta al ámbito de aplicación de esta ley, nos encontramos con dos categorías: el ámbito objetivo y el subjetivo.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo, regulado en el Art. 2.1 de la LCD, la ley dispone que deben ser actos (que reúnan las características arriba citadas) realizados en el mercado y con fines concurrenciales. Pero, ¿cómo debemos interpretar estos límites? La doctrina ha venido definiendo los fines concurrenciales como aquellos que resultan idóneos para promover la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, siendo la valoración de dicha idoneidad en gran medida de carácter subjetivo. Y, en lo que respecta al mercado, como bien expone SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE⁵⁷, la doctrina ha venido aceptando un concepto amplio del mismo, en la medida en que el TS, siguiendo lo dispuesto en el preámbulo de la LCD, ha establecido que cualquier acto que tenga una trascendencia externa puede entenderse realizado en el mercado⁵⁸, incluso aunque su incidencia alcance a un muy

⁵⁷ SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J.: “La ampliación del concepto de competencia desleal”, *El Derecho Mercantil en los umbrales del S. XXI*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 391- 399.

⁵⁸ En este sentido, la STS 720/2010, de 22 de noviembre (ARANZADI: RJ 2011\561).

reducido número de consumidores. Las Audiencias Provinciales, sin poner muchos límites al concepto, han especificado que entienden por "mercado" el espacio en el cual se toman las decisiones económicas y en el que intervienen aquellos que realizan cualquier tipo de acto que incida de forma real o potencial en el mencionado espacio. Hay otra línea que estipula que "mercado" es cualquier espacio regulado por normas.

En lo que respecta al ámbito subjetivo, a los sujetos afectados por dicha ley, el apartado primero del Art. 3 de la LCD incluye no solo a los empresarios sino, de un modo amplio y genérico, a los operadores económicos, que son empresarios, profesionales o cualesquiera otras personas, físicas o jurídicas, siempre bajo el requisito de que participen en el mercado con posibilidad de incidir sobre el mismo. En este sentido, la STS 720/2010, de 22 de noviembre, cuando habla de la necesidad de que los elementos del caso concreto cumplan las exigencias dispuestas en el Art. 3, referente al ámbito subjetivo, da una idea de lo que se entiende por sujeto pasivo y activo de tales conductas: el sujeto activo, atendiendo al tenor literal de la sentencia, es " (...) *cualquier persona que lo haya realizado u ordenado* (el acto de competencia desleal) *o cooperado en su realización* (...) " y, el sujeto pasivo, es aquella persona " (...) *cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados* (...) ". Si atendemos a lo dispuesto en el artículo primero del Código de Comercio (C.Com), se entiende por comerciante o persona dedicada al comercio y que actúa, por tanto, en el mercado, tanto a la persona física que tiene capacidad legal y se dedica a ello habitualmente, como a la persona jurídica dedicada a actuar en el mercado o, en palabras del referido texto legal, "*las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código* ", como es el caso de la SL.

Además, como también dispone la citada sentencia, cabe precisar que no exige la ley que exista una relación de competitividad, ni directa ni indirecta, entre los sujetos en cuestión, sino que basta con que uno de ellos realice estas conductas en perjuicio del otro o de los consumidores.

VII. III. Acciones de competencia desleal: legitimación

Los artículos 33 y 34 de la LCD recogen, respectivamente, la legitimación activa y pasiva en lo referente al ejercicio de acciones relativas a competencia desleal, las cuales se enumeran en el Art. 32 de la misma ley.

En lo referente a la legitimación activa, o a los sujetos legitimados para interponer las acciones, alcanza, como norma general, a cualquier persona que participe en el mercado y cuyos intereses económicos resulten efectivamente perjudicados o meramente amenazados. Pero, además, hay ciertas acciones con una legitimación específica: así, frente a la publicidad ilícita, están legitimadas todas las personas físicas o jurídicas afectadas o, en general, las que ostentasen un interés legítimo mientras que, en la acción de enriquecimiento injusto, por ejemplo, sólo cabe el ejercicio por el titular de derecho de exclusiva que haya sido violado.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, el Art. 34 dispone que estas acciones podrán dirigirse contra cualquier persona que, como ya hemos dicho, haya realizado o dirigido el acto o bien, simplemente, el que haya cooperado en su ejecución. Como se observa, el

contenido de dicho artículo es tremendamente amplio pues, si bien en el caso de los sujetos legitimados activamente se requiere que participen en el mercado y sufran perjuicio en sus intereses, en el caso de los sujetos pasivos de la acción no parece imponerse restricción de ningún tipo.

VII. IV. Aplicación al caso de NA&MA S.L.

En condiciones normales, podríamos decir que, la competidora que pretende entablar acciones contra la sociedad NA&MA S.L. por razones de competencia desleal, podría alegar la comisión por ésta de algunas de las conductas típicas recogidas en la LCD. Por ejemplo, en lo referente a prácticas desleales contra el consumidor, el mencionado competidor podría alegar que NA&MA genera la impresión de ofrecer un servicio comercializable de forma legal en la medida en que dicho servicio se presta en un establecimiento aparentemente normal y abierto al público, el cual, a simple vista, podría parecer un local que encaja en el concepto de "pub". Así mismo, podría el denunciante alegar la realización de actos de confusión ya que, atendiendo a los signos distintivos, puede resultar complejo determinar la procedencia del servicio o la identidad del empresario y de otros elementos, en la medida en que el nombre "Plenilunio", que entendemos aparece en su rótulo de establecimiento, no revela en ningún sentido el tipo de actividad que en su interior se lleva a cabo. Por otro lado, pudiera encajar también en el supuesto, como argumento a alegar por el sujeto pasivo afectado, la comisión de actos de violación de normas consistentes en la "contratación" de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo por NA&MA (entendiendo que nos encontrásemos en un supuesto normal). Por último, y dado que ya advertimos que en la competencia desleal se incluía cualquier acto susceptible de ser calificado como publicidad ilícita, podría la actora alegar el cumplimiento de las condiciones exigidas en el primer apartado del Art. 3 de la Ley General de Publicidad, consistente en actividades publicitarias que atenten contra la dignidad humana y, específicamente, aquellas que presenten una imagen de la mujer vejatoria o denigrante, como ocurriría en el caso de que llegasen a inscribir la marca solicitada: "Pequeñas Sumisas Calientes".

Pero no podemos, sin embargo, obviar las especiales características de nuestro caso y las cualidades de las partes. Como hemos visto, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado en dar nociones amplias tanto del concepto "mercado" como de los sujetos legitimados, partiendo de que se establece en la ley que lo serán cualesquiera personas, físicas o jurídicas, que intervengan en el mercado y, respectivamente, participen en la realización de tales actos o se vean afectados por los mismos. Sin embargo, entendemos que, por muy extensiva que pueda ser la interpretación al respecto, debemos movernos siempre en los márgenes de la legalidad por lo que, cuando la jurisprudencia habla de "cualquier acto con trascendencia externa", no debemos entender incluidos aquí los actos delictivos e ilegales y, del mismo modo, cuando en el concepto de sujeto legitimado se enuncia "cualquier persona", entender que la ley, a pesar de no excluírlos expresamente, no se refiere en ningún caso a sujetos que desarrollen actividades ilícitas. Además, en cualquier caso, aunque se entendiese que el concepto "cualquier persona" alcanza a tales sujetos, no nos encontramos en condiciones de afirmar, en el caso del sujeto actor, que éste actúa en el mercado, pues en realidad su actuación se realiza dentro del llamado "mercado negro" que está fuera de toda regulación

legal (lo que se extrae de la afirmación en el enunciado de nuestro supuesto de que se trata de una sociedad dedicada a similar "género de comercio"), ni podemos entender la eventual competencia desleal como causante de un perjuicio económico, en la medida en que se dejarían de percibir unos beneficios económicos cuya obtención es ilegal.

Por último, respecto a la precisión que se hace acerca de que la sociedad demandante cumple con sus obligaciones fiscales, no otorga dicha circunstancia legitimación respecto al ejercicio de este tipo de acción pues, partiendo de que se dedica a similar "género de comercio" lo que nos aporta este dato es una confirmación de que dicha empresa no comete delito contra la Hacienda Pública, pero, en teoría, sí se dedica a otro tipo de delitos cometidos por NA&MA S.L., tales como la explotación de la prostitución ajena y/o el tráfico de drogas.

VIII. DICTAMEN SOBRE DIVERSAS CUESTIONES PROCESALES

VIII.I. Órganos jurisdiccionales competentes para la investigación y el posterior proceso

Atendiendo a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim), la competencia de un Tribunal u otro se verifica en base al cumplimiento de tres circunstancias: la posesión de competencia objetiva, de competencia funcional y de competencia territorial.

Para determinar qué órgano tiene competencia objetiva, en caso de que no se verifique ninguna especialidad respecto al sujeto imputado (ej. menor) o a la materia (ej. causas que van a la Audiencia Nacional), como ocurre en nuestro caso, determinaremos el Tribunal objetivamente competente atendiendo a la gravedad de la pena prevista para el delito: en caso de preverse una pena no superior (menor o igual) a 5 años, la causa se seguirá ante el Juzgado de lo Penal mientras que, en los casos de pena prevista superior a 5 años, conocerá de la causa la Audiencia Provincial. Debemos precisar en este punto que se toma como referencia la pena en abstracto, es decir: la pena prevista por el legislador y no la pena concreta que se aplica en la práctica. En lo referente a la competencia funcional, concepto que hace referencia a qué órgano es competente en cada fase del proceso, respecto a la investigación de la causa, la norma general es que sean competentes los Juzgados de Instrucción, tanto si la causa continúa ante el Juzgado de lo Penal como si lo hace ante la Audiencia Provincial. La única especialidad existente (dejando a salvo los Juzgados de Violencia Contra la Mujer que, en este caso, no nos incumben) es la investigación por los Juzgados Centrales de Instrucción si la causa debe seguirse ante la Audiencia Nacional. Por último, la competencia se concreta a favor de un determinado órgano tomando en consideración la competencia territorial que, salvo las competencias subsidiarias previstas en el Art. 15 de la LeCrim, se resolverá a favor del tribunal objetiva y funcionalmente competente que esté ubicado en el lugar donde se hayan cometido los hechos, siguiendo la regla *forum commissi delicti*. Sólo en caso de desconocerse este dato se recurriría a las mencionadas competencias territoriales subsidiarias.

En nuestro caso concreto, la competencia territorial corresponde en todo caso a los tribunales competentes, objetiva y funcionalmente, de la ciudad de A Coruña, por ser el lugar de comisión de los delitos. Por lo que respecta a dicha competencia objetiva y funcional, si bien la regla general es que cada delito tenga su individual proceso, el Art. 300 de la LeCrim prevé la excepción de acumular en un único proceso el enjuiciamiento de varios delitos entre los cuales se demuestre conexión, no sólo por razones de economía procesal, sino especialmente para evitar sentencias contradictorias o porque, dada esa conexión, sea necesario el enjuiciamiento conjunto de las causas. En este caso, para poder fundamentar la acumulación del total de las conductas en un solo procedimiento, debemos acudir al argumento de la conexión subjetiva previsto en el Art. 17 de la LeCrim. Se produce ésta cuando se cometen varios delitos en lugares y momentos distintos y por distintas personas, existiendo previo acuerdo para ello, pues entendemos que nos encontramos ante una trama delictiva común, donde todos los imputados pertenecen o de algún modo colaboran con la organización criminal en el seno de la cual se perpetran los distintos delitos analizados en este trabajo.

Como ejemplo, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 30/2015⁵⁹ en la que se juzga en un mismo proceso a múltiples sujetos por un amplio catálogo de delitos, entre los que se encuentran las amenazas, la posesión de armas de fuego o el blanqueo.

En base a todo ello, concluimos que será competente para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial de A Coruña pues, cuando se produce acumulación, la competencia se resuelve a favor del Tribunal competente para el delito con pena más grave que, en este caso, es superior a 5 años de prisión (sería la trata de seres humanos, con una pena máxima prevista de 8 años de prisión). La competencia para la investigación corresponderá a uno de los Juzgados de Instrucción de la misma ciudad.

VIII.II. Detención en Rumanía de Romelia

Para dar respuesta a esta cuestión debemos acudir a la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea ya que, como sabemos, Rumanía es Estado miembro (EM) desde el año 2007. La promulgación de esta ley persiguió el objetivo de configurar en España el llamado “espacio único penal europeo”, de tal modo que cualquier EM pudiese solicitar la detención y entrega de un imputado a otro EM (con fundamento en la L.O. 6/2014) y que todo EM reconociese lo antecedentes y las resoluciones penales firmes de otro Estado respecto a un determinado sujeto (con base en la L.O. 7/2014), como si dichas circunstancias se hubieran producido dentro de un mismo marco nacional. La promulgación de la mencionada ley 23/2014 deroga la hasta ese momento vigente en esta materia: la Ley 3/2003, de 14 de marzo, de la orden europea de detención y entrega. Es precisamente dicha orden uno de los instrumentos de mutuo reconocimiento introducidos por la nueva ley y el que nos interesa en este caso.

La orden europea de detención y entrega es, siguiendo lo dispuesto en el Art. 34 de la mencionada ley, una resolución judicial solicitando la detención y entrega de un sujeto ubicado en otro EM, con el objetivo de ejercitar contra él acciones penales, requiriéndolo por tanto para su enjuiciamiento o bien, para el cumplimiento en el país emisor (en este caso España) de una condena, según lo dispuesto en el Art. 37 de la misma ley. La autoridad nacional competente a tal efecto es, según dispone el apartado primero del Art. 35, el juez o Tribunal que conozca de la causa que, en nuestro caso, es la Audiencia Provincial de A Coruña.

Los requisitos exigidos legalmente para su emisión, en caso de que el país emisor sea España (como ocurre en este caso) son, siguiendo lo dispuesto por el Art. 39 de la misma ley:

- Que además de los requisitos de esta ley, concurren los requisitos de la LeCrim para decretar prisión provisional ara dicho sujeto. El requisito establecido en esta ley (Art. 47) consiste en que el delito imputado tenga prevista en España una pena de, como mínimo, un año. Respecto a los requisitos de la LeCrim, que en materia de prisión provisional se recogen en su Art. 503, son: que el delito se cometa de forma organizada (en otro caso se le aplicaría el límite de que tenga prevista una pena de por

⁵⁹ SAN 30/2015, de 29 de abril (ARANZADI: JUR 2015\117844).

lo menos 2 años), que haya motivos suficientes para sostener la creencia de que dicha persona es responsable penalmente y, finalmente, que la prisión provisional persiga el objetivo de asegurar la comparecencia en juicio (ante riesgo de fuga), proteger los bienes jurídicos de la víctima o evitar la comisión de nuevos hechos delictivos por el imputado.

- Que no sea posible sustituir o suspender la pena de prisión, pues solo en ese caso se habilita a las autoridades judiciales a emitir la mencionada orden respecto a otro EM.
- Y, por último, que el Ministerio Fiscal o, en su caso, la acusación particular interesen la emisión de la orden por el juez pues, siguiendo el tenor de este artículo, sólo en ese caso estará habilitado el juez para tal acción.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que, tal y como se prevé en el Art. 48 de la ley, Rumanía podría negarse a ejecutar la orden dictada por España si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- El delito goza de amnistía en Rumanía o Rumania no tiene edad para ser responsable penalmente según el Derecho Interno de dicho país.
- En caso de que la autoridad judicial rumana competente tenga conocimiento de que la pena ya ha sido ejecutada o está en proceso de ejecución en un Estado comunitario, o bien que ya no es posible ejecutarla porque haya prescrito, conforme al Derecho interno del EM que la ha condenado.

VIII. III. Posibles medidas cautelares a tomar sobre “NA&MA” S.L.

La posibilidad de aplicar a esta sociedad, en cuanto S.L., medidas cautelares se confirma en la medida en que, desde la reforma introducida por la L.O. 5/2010, estos entes son susceptibles de ostentar responsabilidad penal. Por tanto, al igual que se prevé para las personas físicas, las personas jurídicas podrán ser objeto de la aplicación por la autoridad judicial de medidas cautelares.

Dichas medidas se recogen, en general, en el Art. 13 de la LeCrim, que expone lo siguiente: *“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas (...)”*. Pero, en lo que se refiere a las sociedades en concreto, habrá que estar a lo dispuesto en el Art. 544 quáter de la misma ley el cual, en su apartado primero, dirige a la L.O. 10/1995, del CP, estableciendo que son las allí previstas las únicas medidas que pueden tomarse contra la sociedad antes de su enjuiciamiento. En este sentido, El Art. 33.7 del referido texto legal, presenta un amplio catálogo de posibles penas aplicables a las personas jurídicas, de las cuales hay tres que pueden también aplicarse como medida cautelar, tal y como precisa el segundo párrafo del apartado primero cuando dice: *“la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida*

cautelar durante la instrucción de la causa”. Por tanto, son tres las medidas cautelares que podrán tomarse contra NA&MA:

- La clausura temporal, por un máximo de cinco años, de sus locales: Plenilunio y el restaurante llamado Luna del Principito.
- La suspensión de sus actividades sociales.
- Intervención judicial con el objetivo de proteger los intereses de los trabajadores y/o acreedores de la sociedad, por el tiempo que sea necesario aunque, en todo caso, sin exceder los cinco años. En este caso procedería solamente respecto a los intereses de terceros afectados, pues NA&MA no cuenta con trabajadores en su haber.

VIII. IV. Posibilidad de intervenir las comunicaciones de la sociedad

De nuevo, en la línea de lo que hemos argumentado para la adopción de medidas cautelares sobre NA&MA, desde que la reforma del año 2010 introdujo la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, están plenamente justificadas todas aquellas actuaciones que la autoridad judicial, en el seno de la investigación criminal, deba adoptar para alcanzar una resolución, siempre dentro de lo que la ley permite.

Por tanto, habrá que estar a lo dispuesto en el Art. 579 de la LeCrim que, si bien hasta el año 2010 se refería únicamente a las personas físicas, desde la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, es de aplicación también a las personas jurídicas y según el cual *“podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen (...)”* siempre y cuando, tal y como continúa el artículo, *“(...) hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”*. Por tanto, dicha intervención ha de estar suficientemente motivada, basando dicha motivación en la presencia de indicios, no bastando las meras sospechas para adoptar este tipo de medida. Así mismo, el artículo permite adoptar, bajo las mismas circunstancias, la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Pero, además de la intervención (que incluye acciones como la detención, la apertura y el examen del contenido de dichas comunicaciones), el mismo artículo prevé también, en último lugar, la mera observación de dichas comunicaciones, aunque con límites: *“el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”*. Como se observa, el artículo introduce un elemento de analogía al final, cuando establece que, además de las citadas, podrán observarse cualesquiera otras de las que se sirvan para la comisión de los delitos investigados. Además, se tasa el plazo de duración de la medida legalmente, estableciendo como norma general un máximo de 3 meses, aunque pueda ser prorrogado.

Cabe en este punto afirmar que, a pesar de la aparente contradicción que pueda observarse, lo dispuesto en el Art. 579 de la LeCrim no vulnera el derecho fundamental previsto en el Art. 18 de nuestra CE, donde se recoge el derecho al secreto en las comunicaciones. Esto es así ya

que, como el propio artículo constitucional indica, existe una excepción a la inviolabilidad de dicho secreto: “(...) *salvo resolución judicial*”. Por tanto, la autoridad competente a tal efecto podrá decretar dicha intervención a pesar de lo dispuesto en la CE pero, dada la existencia de tal derecho fundamental, deberá respetar unos estrictos límites. Destacamos en este sentido la sentencia del TS, de 12 de marzo de 2004⁶⁰, por resumir los requisitos que debe cumplir esta medida en todo caso, de los cuales destacan:

- Exclusividad jurisdiccional, siendo la autoridad judicial la única competente a tal efecto.
- Excepcionalidad: no se emplea para investigar cualquier tipo de delito, sino sólo ciertos delitos graves y de trascendencia social y, además, sólo se emplea en caso de existir otro medio menos gravoso.
- Proporcionalidad: tiene que ver, además de con su aplicación restringida a ciertos tipos delictivos, con la necesaria limitación temporal de la medida que, si bien es prorrogable no ha de ser indefinida ni excesiva. El problema en este punto se plantea al no existir en la ley un número máximo de prórrogas posible.
- Debe dictarse en el marco de un procedimiento penal ya existente, y nunca antes de que este se inicie. Este requisito viene dada porque la finalidad de la medida ha de ser siempre probatoria, en el sentido de averiguar los hechos y a sus responsables, y nada puede probarse antes del inicio del proceso.
- Motivación suficiente del auto que decreta la adopción de la medida, debiendo darse una explicación razonada y razonable de su utilidad, con fundamento en la ley y los principios constitucionales, y relatarse así mismo los objetivos indicios con los que se cuenta. Por tanto, la decisión siempre deberá estar basada en indicios y no en meras sospechas sin fundamento, entendiéndose cumplido tal requisito cuando se tenga noticia racional del hecho delictivo y de la probabilidad de su existencia.

Por tanto, la conclusión a la que llegamos es que, si bien la ley autoriza al juez o Tribunal a tomar este tipo de medida, su adopción deberá estar siempre ampliamente justificada y deberá, en todo caso, respetar los límites fijados en la ley e interpretados por la jurisprudencia.

VIII.V. Investigación de las cuentas gibraltareñas

Partimos de la idea, ya expuesta en otro punto del trabajo, de que en España no existe en la actualidad un delito de evasión de capitales. Sacar dinero del país es lícito y está regulado en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior. Por tanto, el objetivo de dicha investigación será el hallazgo de pruebas en los datos bancarios en cuestión, que acrediten la comisión del delito de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública española.

El Art. 1 de dicha ley enuncia el objeto de la ley: regular el régimen de transacciones económicas con el exterior e introducir ciertas medidas para prevenir el blanqueo de capitales, lo que convierte a dicha ley en el instrumento jurídico perfecto para dar solución a

⁶⁰ STS 322/2004, de 12 de marzo (ARANZADI: RJ 2004\3404).

esta cuestión. El mismo artículo establece, como ya hemos advertido, que las transacciones monetarias con el exterior están permitidas y son libres. Sin embargo, se imponen ciertas restricciones a tales operaciones, generando su incumplimiento la comisión de infracciones que la misma ley recoge en su Art.8. A efectos del presente caso, resultan relevantes las infracciones leves recogidas en el apartado cuarto de dicho artículo, específicamente la del apartado b): “ *La falta de declaración de operaciones cuya cuantía no supere 6.000.000 de euros, así como la falta de veracidad, la omisión o inexactitud en los datos de las declaraciones que no superen dicha cuantía*”, atendiendo a las cantidades desviadas al banco gibraltareño, así como la falta de veracidad en los datos registrados (por ejemplo, el dinero que se factura en concepto de “comida” y que, realmente, proviene de los servicios sexuales o la venta de drogas).

A consecuencia de tal infracción, el Art. 12 de la misma ley dispone que “*los órganos competentes de las Administraciones públicas, así como los dependientes de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias llevarán a cabo, a petición del órgano instructor o por propia iniciativa, las actuaciones de investigación que resulten adecuadas para el esclarecimiento de los hechos que pudieren ser constitutivos de las infracciones tipificadas en esta ley*”. De manera que, tal y como se desprende de la literalidad del artículo, el juez instructor de la causa podrá investigar el contenido de dichas cuentas a través de los órganos competentes de la Administración Pública o de los dependientes de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

Cabe citar otra vía de investigación prevista en la ya mencionada Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales entre países miembro. En sus Art. 186 y ss. regula una de las figuras de mutuo reconocimiento que, bajo determinadas circunstancias, podría resultar útil en este caso: el exhorto europeo de obtención de pruebas. Sin embargo, tal y como dispone el apartado segundo del Art. 188, en caso de investigación de cuentas bancarias, la autoridad judicial española sólo podrá obtener dicha prueba por este medio en caso de que exista una previa investigación de la autoridad judicial gibraltareña, por medio de la cual ésta haya obtenido dichas pruebas y las tenga en su haber. Sin embargo, no permite la ley, utilizando esta acción, solicitar a la autoridad gibraltareña la investigación de tales cuentas. Dado que en el enunciado del supuesto no se nos facilita esta información, entendemos que no ocurre pero, en caso de que se hubiese producido la mencionada investigación por el Tribunal gibraltareño, el juez español podría investigar el contenido de las cuentas de NA&MA haciendo uso de este recurso.

VIII. VI. Representación de la sociedad en juicio

Esta cuestión encuentra respuesta en la Ley de Sociedades de Capital, concretamente en el Capítulo IV del Título VI, referente a la administración de la sociedad.

En este sentido, el Art. 233 de la citada ley, se otorga poder a los administradores de la sociedad para representarla en juicio. Tal y como el propio precepto indica, la forma en que dichos administradores ejercen el poder de representación es la indicada en los estatutos sociales de la mencionada sociedad. Sin embargo, hay una serie de normas legales, recogidas en el apartado segundo de este artículo, que en todo caso deben observar. Debemos indicar en este punto que, tomando como base el apartado tercero del Art. 210 de la misma ley, la S.L. puede optar por cualquiera de las posibles formas de administración, quedando al arbitrio de la junta de socios. Pero, dado que en nuestro caso no se especifica el concreto modo de administración de NA&MA, debemos contar con las posibilidades siguientes:

- En caso de administrador único, corresponde a éste necesariamente, por no haber otro sujeto con capacidad para tal función.
- En caso de administradores solidarios, recae el poder sobre cada uno de ellos, pudiendo actuar en representación de la sociedad individualmente, sin perjuicio de que, con efecto meramente interno, se decida un reparto de tareas.

No citamos las posibilidades de Consejo de Administración ni de administradores mancomunados, pues exigen la concurrencia de más de dos administradores y, en este caso, si bien no se especifica cuantos administradores son, sólo se menciona a los dos socios. En este punto, simplemente recordar que, como ya hemos dicho, la ley solo establece que no es necesario ser socio para ser administrador, pero no que se entenderá como administradores a los socios. Cualquiera de ellos, o ambos, podrán ser administradores, sin ser relevante en tal cuestión que uno de ellos tenga más participaciones que el otro, pudiendo por tanto ejercer el poder de representación en juicio de NA&MA S.L.

Por último, los Arts. 234 y 235 del mencionado texto legal hacen unas precisiones finales: e poder de representación no puede limitarse (cualquier restricción, aunque inscrita, se reputaría como nula) y se extiende a todo el contenido del objeto social. Además, cuando la Administración no es colegiada (como suponemos ocurre en el caso), las notificaciones pueden remitirse a cualquiera de los administradores.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ADAME MTEZ, F.D.: *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, Ed. Comares, Granada, 2010.

CHICO DE LA CÁMARA: *El delito de defraudación tributaria tras la reforma del CP por la L.O. 5/2010: reflexiones, críticas y propuestas de “lege ferenda”*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2012.

COLINA RAMÍREZ, E.I.: *La defraudación tributaria en el Código Penal español: análisis jurídico-dogmático dl Art. 305 CP*, Bosch Penal, Barcelona, 2010.

GARCÍA GIL, A.M. y VARGAS LÓPEZ, M.: *Explotación sexual de las mujeres: trata, prostitución y ahora... ¿qué hacemos?*, XXVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas, León, 2014.

MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (dir.) y APARICIO, M.L. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Civitas, Navarra, 2012.

MTEZ. ARRIETA-MÁRQUEZ DE PRADO, I.: *El autoblanqueo: el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Ed. Comares, Granada, 2012.

Revistas Jurídicas:

BOLDOVA PASAMAR, M.A.: "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, Santiago de Compostela.

EXPÓSITO LÓPEZ, A.: "El delito de tráfico de drogas", *Revista de Derecho UNED*, nº10, 2012, Madrid.

FARALDO CABANA, P.: "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, Santiago de Compostela.

GAVILÁN RUBIO, N.: "La cooperación judicial y policial europea. La orden de detención y entrega", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, Madrid.

MARTOS NÚÑEZ, J.A.: "El delito de trata de seres humanos: análisis el Art. 177 bis del CP", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, Santiago de Compostela.

MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, Santiago de Compostela.

MOLINA PÉREZ, T.: “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXVIII, 2005, Madrid.

MUÑOZ CASALTA, V.: “El delito fiscal como antecedente al delito de blanqueo de capitales”, *El jurista*, 16 de junio de 2015 (www.eljurista.eu).

REY HUIDOBRO, L.F.: “La reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº8, 2010, Pamplona. (ARANZADI: BIB 2010\2246).

SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, J.: “La ampliación del concepto de competencia desleal”, *El Derecho Mercantil en los umbrales del S. XXI*, Ed. Marcial Pons, 2010, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *AFDUDC*, nº 14, 2010.

ANEXO I. SUPUESTO PRÁCTICO

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

Supuesto

El día 13 de mayo de 2014 comparece en dependencias policiales María D., ciudadana rumana, declarando que:

-En 2010, encontrándose en Rumanía, una amiga suya llamada Romelia le ofreció trabajar limpiando un restaurante en España propiedad de una tía de la mencionada Romelia, llamada Tatiana.

-Habiendo aceptado el trabajo, Romelia le compró un billete de autobús, llegando el 29 de marzo de 2010 a Coruña, en cuya estación de autobuses fue recogida por Tatiana, quien la llevó a un club llamado Plenilunio.

-Una vez en dicho club, Tatiana le informó de que realmente había sido trasladada desde Rumanía para ejercer la prostitución y que debía empezar a trabajar esa misma noche para saldar la deuda que había contraído.

-Acto seguido, Tatiana le facilitó ropa de trabajo y le dio instrucciones sobre cómo llevarlo a cabo, insistiéndole, entre otras cosas, en que si algún cliente demandaba servicios sin utilización de preservativo, ella debía aceptar.

Así, Tatiana informó a María de que el horario de trabajo sería de 17:30 a 04:00 y que durante ese tiempo no podía abandonar la sala del local, salvo para subir con clientes a las habitaciones. Asimismo, María debía pernoctar en el local, prohibiéndole Tatiana salir del local fuera del horario de trabajo sin ir acompañada de Pietro, quien ejercía las funciones de camarero en el local.

-En cuanto a las ganancias, Tatiana informó a María de que el primer servicio sexual que realizase cada noche sería al 100% para los responsables del club y el resto de servicios serían al 50% entre el club y ella.

-Durante los más de cuatro años desde su llegada a España, María se sometió a las condiciones marcadas por Tatiana, explicando que las copas a las que las invitaban los clientes eran abonadas por éstos a Pietro. En cuanto a los servicios sexuales, los clientes los abonaban a la recepcionista, Zulaika, quien al finalizar la noche le entregaba todo el dinero a Tatiana.

Sólo una noche realizó María más de un servicio, pero, en contra de lo que le había sido dicho por Tatiana el primer día, no le hizo entrega a aquélla del 50%, sino que Tatiana se lo quedó, “para ir reduciendo la deuda” que María había contraído al ser trasladada a Coruña.

-Este día 13 de mayo de 2014, María pidió a Tatiana dinero y poder salir para comprar algunas piezas de lencería que le había pedido un cliente. Tatiana accedió, pero diciéndole que sólo podría ir si lo hacía acompañada de Pietro.

-Pietro acompañó a María a una tienda de ropa interior del centro de la ciudad. Una vez allí, el hombre le dijo que fuese comprando, que él iba a hacer un par de recados y que volvería en media hora. Fue ése el momento que María aprovechó para contarle su situación a las dependientas del local, llamando éstas a la policía.

Tras la declaración de María, las fuerzas policiales se trasladan a Plenilunio y detienen a Tatiana, Zulaika y Pietro, comprobando, además, que en el local hay otras siete mujeres,

todas ellas de nacionalidad rumana, incluyendo Nicoara, de 17 años de edad. Preguntados por la situación de esta chica, los tres afirman desconocer su minoría de edad, si bien Zulaika, en la oficina que servía de recepción, tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicoara, en el que consta claramente su fecha de nacimiento.

Asimismo, se encuentra en la oficina que utilizaba Tatiana, una especie de libro registrando la entrada de las mujeres al local, constando que todas ellas, a excepción de María (cuya fecha de entrada es, efectivamente, marzo de 2010), han llegado de Rumanía entre 2012 y 2014.

Preguntada al respecto, Tatiana sostiene que las mujeres eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y de que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía, que corría a cargo de la sociedad que gestiona el local (Na&Ma S. L.), añadiendo que ella se limita a cumplir instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M. y Santiago N. Lo mismo indican tanto Pietro, quien alega ser un simple camarero, como Zulaika, quien dice que su función era exclusivamente la de controlar la entrada de hombres al local y guardar en depósito el dinero que éstos entregaban a cambio de los servicios sexuales de las mujeres.

Inspeccionado el local, la policía observa que las ventanas de las habitaciones de las mujeres tienen rejas, si bien Tatiana afirma que ello es debido exclusivamente al miedo a un posible robo en el local, que las mujeres podían salir del local fuera de su horario de trabajo y que el hecho de ir siempre acompañadas de Pietro era “por su propia seguridad”, dado que las mujeres apenas saben hablar español.

Examinada con detalle la barra del bar, se observa por los agentes actuantes que hay un armario bajo llave. Abierto éste por Pietro, descubren:

-En primer lugar, 17 frasquitos etiquetados bajo nombre “Orgasmus” y “Liquid Gold”. Preguntado por ellos, Pietro afirma que se trata de *popper*, un excitante sexual que él mismo adquiere a través de internet en una tienda *on line* polaca, para vendérsela a los clientes que lo soliciten. Analizado con posterioridad, se determina que se trata de nitrito de amilo.

-En segundo lugar, una bolsa de plástico conteniendo pastillas que suman un total de 7 gramos de una sustancia que, posteriormente analizada, resulta ser hidrocloreto de ketamina. Preguntado por ella, Pietro afirma que un cliente que no tenía dinero suficiente para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y él mismo las consumen en el local. Asimismo, reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

Puestos a disposición judicial tanto Pietro como Tatiana y Zulaika, la investigación se dirigió a la sociedad Na&Ma S. L., propietaria del local. Dicha sociedad, con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año.

La citada entidad cuenta desde su nacimiento con dos socios, Santiago N, quien es titular del 51% de las participaciones en que se divide el capital social y Alberto M., titular del 49% de las participaciones.

En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.

La gran mayoría del dinero proveniente de Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública: Tatiana lo llevaba en metálico una vez al mes a la sede de Na&Ma S. L. y se lo entregaba en mano a ambos socios, quienes la recompensaban con un 10% de las cantidades. Otra parte sustancial de las ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas en el mencionado restaurante “Luna del Principito”.

En caso de haber declarado las cuantías, la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias:

Ejercicio 2009: 156.000 euros

Ejercicio 2010: 161.000 euros

Ejercicio 2011: 170.000 euros

Ejercicio 2012: 125.000 euros

Ejercicio 2013: 119.000 euros

Todas estas cantidades defraudadas se encuentran depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008. La idea de desviar estos fondos a Gibraltar fue dada a Alberto y Santiago por el abogado de la sociedad, Xaime P., quien les garantizó la opacidad de las cuentas gibraltareñas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial.

Cuestiones

- 1.-** Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución por parte de las ocho mujeres rumanas.
- 2.-** Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.
- 3.-** Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.
- 4.-** Dictamen sobre las posibles responsabilidades tributarias y/o penales en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S. L. por los hechos narrados en el supuesto.
- 5.-** Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.
- 6.-** Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.
- 7.** Dictamen sobre la posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&Ma, S. L.

8. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿y del posterior proceso? ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia? ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia? ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad? ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña? ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?

**ANEXO II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL FENÓMENO DE TRATA DE
SERES HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y
COMUNITARIA**

Es menester exponer, respecto al fenómeno de la trata de seres humanos, cuál ha sido su evolución, así como las referencias que a este respecto ha hecho la comunidad internacional.

Se considera la nueva esclavitud del S.XXI, lo que ha suscitado el interés de los Estados, a todos los niveles (internacional, comunitario y nacional o regional), de ofrecer posibles soluciones al fenómeno desde, entre otros, un punto de vista jurídico-político.

En lo referente al ámbito internacional, destacamos en primer lugar el *Acuerdo para la Represión del Tráfico de Mujeres* firmado en París, el 8 de mayo de 1904 y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949. Éste fue uno de los primeros textos elaborados en esta materia. Además, es de vital importancia la mención de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH), firmada en París el 10 de diciembre de 1948. Se trata de un texto declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tuvo como pretexto los crímenes cometidos en el marco de la IIª Guerra Mundial. A los efectos del presente trabajo, resulta de relevancia su Art. 3 y, más concretamente, su Art. 4, los cuales rezan lo siguiente:

Art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Esto es así dado que la trata de mujeres con fines de explotación sexual supone una privación de la libertad de la víctima, no solo física, sino también moral. Además, como ya hemos dicho, se considera una forma de esclavitud contemporánea, la cual se condena en el Art. 4 del mencionado texto cuando dice que se prohíbe la esclavitud "en todas sus formas", de las cuales la esclavitud sexual sería una de ellas. Por tanto, observamos como ya desde inicios del S.XX la protección de los derechos de los seres humanos es una preocupación patente en el ámbito internacional, lo que lleva a la promulgación de textos en los cuales se proclama la existencia de ciertos derechos fundamentales e inherentes al ser humano por el hecho de serlo.

Sin embargo, el tratamiento de este fenómeno experimenta un avance muy significativo cuando las Naciones Unidas se hacen conscientes de la realidad del problema, y no descartan el abordarlo desde una perspectiva de género. Así nace la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* o, más comúnmente, conocida como CEDAW, de 18 de diciembre de 1979. Este texto concibe la trata con fines de explotación sexual, concretamente, como un atentado violento contra los derechos del género femenino, definiéndolo en su Art. 6 como sigue:

"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer".

Pero, si hay un texto especialmente destacable de los promulgados a lo largo del S. XX, ese es el Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así

como sus Protocolos. Dicho convenio es más comúnmente conocido como Convenio de Palermo, ratificado por España y que entró en vigor en nuestro país el 29 de septiembre de 2003⁶¹. La relevancia de este texto viene dada porque aborda la trata de personas como un delito cometido en el marco de la delincuencia organizada, dando una definición de la misma en su Art. 2, párrafo a: “ *por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”*

Anexo a este, se promulga el conocido como Protocolo de Palermo, oficialmente llamado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. No por ser un protocolo anexo a un convenio carece de relevancia, pues es éste en realidad el documento que en la práctica se utiliza para la lucha efectiva contra la trata de personas, en la medida en que contiene una concepción de trata que no se limita sólo a aquella que tiene una finalidad de explotación sexual, sino también las otras dos modalidades existentes: explotación laboral y extracción de órganos. Recoge literalmente la definición que sigue, entendiendo por trata de personas: *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”*

De dicha definición pueden extraerse tres elementos fundamentales para poder asegurar que, en efecto, un determinado supuesto encaja en el concepto de trata de personas:

- La acción del autor, que puede consistir en captación, transporte, traslado, acogida o recepción de la víctima. Se entiende cumplida la acción típica cuando el autor de dicho delito realice cualquiera de éstos comportamientos o varios de ellos.
- Se requiere el empleo en dicho comportamiento de amenazas, coacciones, fraude, engaño, rapto, abuso de una situación de superioridad... Es decir, cualquier actuación que implique forzar a la víctima, física y/o psicológicamente, independientemente de que preste su consentimiento o no. Sin embargo, cabe destacar que, en caso de que las víctimas sean menores de edad, este requisito no es necesario para cumplir con la tipicidad del delito.

⁶¹Instrumento de ratificación del Convenio de Palermo por España, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 1 de septiembre del año 2003; <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18040>

- Finalmente, se exige que la finalidad de dicho comportamiento sea la explotación del sujeto pasivo. Dicha explotación, como ya hemos dicho, puede ser laboral, consistente en la extracción de sus órganos o, como resulta de interés para el presente estudio, sexual.

Por lo que respecta a las referencias a esta realidad desde el ámbito europeo, debemos comenzar por referirnos al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia el 16 de abril de 2005, aunque más comúnmente conocido como Convenio de Varsovia. Partiendo de las premisas recogidas en su preámbulo, tales como que la trata de seres humanos es un atentado contra la integridad y dignidad humanas o que desemboca en situaciones de esclavitud, define en su Art. 4, apartado a), lo que a efectos del mencionado texto se entiende por trata de seres humanos, estableciendo que "*designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptó, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación (...)*" y exigiendo, como requisitos mínimos, que dicha explotación implique "*(...) explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*". Destaca en este texto la repetida mención al principio de no discriminación, en el sentido de proteger a las víctimas de este delito independientemente de su sexo (tanto a mujeres como a hombres), raza, religión o cualquier otro aspecto personal del sujeto.

Por último, en el ámbito normativo comunitario, no podemos olvidar la importancia que reviste la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que tampoco descuida este asunto, ya que en su Art. 5 enuncia la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado, realidades afines a la que es objeto del presente estudio, estableciendo expresamente en su apartado tercero la prohibición de la trata de seres humanos. También en este sentido podemos referirnos a su Art. 3, el cual recoge el derecho a la integridad tanto física como psíquica de la persona, en la medida en que, indirectamente, la trata de seres humanos es un atentado contra dicho bien jurídico.

**ANEXO III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PENALIZACIÓN DE LAS
CONDUCTAS DE TRÁFICO DE DROGAS**

El consumo e intercambio de sustancias nocivas para la salud es casi tan antiguo como el hombre, pero no así su penalización. Las leyes comienzan a recoger esta figura y a sancionarla desde que la sociedad es consciente de su nocividad para la salud y el peligro que entraña el consentimiento de este tipo de prácticas.

En lo que respecta a España, aparecen vestigios de sanción ya desde la época visigoda. En este sentido, el Liber Judiciorum recoge en alguna de sus leyes la condena al suministro de cualquier tipo de hierbas o sustancias que puedan resultar nocivas o pongan en peligro la salud. Así mismo, el Fuero Real recoge una prohibición para actuar como testigos a aquellos que suministren "yervas a otros para los facer mal".

Sin embargo, la primera codificación de este tipo de normas sancionadoras la encontramos en el año 1822, con el primero de los Códigos Penales españoles, que tipifica la figura en su Art. 366, estableciendo la prohibición de venta en las boticas de venenos o drogas que puedan resultar o efectivamente resulten dañinos para la salud. En el mismo sentido se pronuncian los posteriores Códigos, de 1848 y 1850, tipificando este tipo de prácticas bajo la rúbrica "De la expedición y venta de sustancias nocivas", dentro del título dedicado a "Delitos contra la salud pública". En el marco del CP de 1850, se dicta un Real Decreto (RD), con fecha de 18 de abril de 1860, que publica las Ordenanzas de Farmacia y, posteriormente, una reforma al Código que afecta a los Arts. 351 y 353. Con dicha reforma se penalizan la elaboración de sustancias nocivas y el despacho de medicamentos que no cumplan con las formalidades exigidas por la ley, respectivamente.

Podemos observar que, hasta este momento, las conductas penalizadas giran en torno al ejercicio profesional fraudulento de farmacéuticos y boticarios. Así mismo, el interés por penalizar este tipo de conductas viene dado por el ingente consumo de opio en la época.

Con la entrada en el S. XX, la tipificación deja de centrarse únicamente en el suministro ilegal en este tipo de establecimientos, extendiendo así su marco de aplicación. El CP de 1928 recoge la figura en sus Arts. 557 y 558 bajo el título de "Elaboración y comercio ilegal de productos químicos y drogas tóxicas", siendo complementado por los Reales Decretos Leyes de 30 de abril y 13 de noviembre del mismo año, los cuales recogen, respectivamente, la potestad restrictiva del Estado y un enunciado de sustancias consideradas destructivas (entre otras, el opio, la coca y el cáñamo indio, así como sus derivados). Observamos en este punto que se produce un cambio semántico, ya que deja de hablarse de "hierbas" o "venenos", para comenzar a penalizar las conductas que giran en torno a "drogas tóxicas". Tampoco el CP de 1932 olvida esta figura, recogida en sus Arts. 346 y ss., así como el CP de 1944, el cual introduce la novedad de recoger una agravación de la pena en caso de que la conducta implique el trato con drogas tóxicas o estupefacientes.

Pero, si tenemos que destacar un momento significativo en la tipificación de este tipo de prácticas, éste es el de la reforma operada en el año 1971, por la Ley 44/1971, de 15 de diciembre. La importancia viene dada porque, a través de dicho texto legal, pretende adaptarse la legislación española a los textos internacionales de los cuales España entra a formar parte, entre ellos la Convención de Nueva York de 30 de marzo de 1961 (ratificada

por España el 1 de marzo de 1966). Se produce con dicha reforma una individualización de este tipo de delito, el cual recoge en el Art. 344 del CP, colocándolo en el Capítulo II del Título V del Libro II de dicho CP. La importancia de dicha reforma viene dada, como hemos dicho, por la adaptación de la legislación española al marco normativo internacional, aun cuando la droga no era todavía un problema penal de demasiada relevancia en España en ese momento, tal y como se dispone en la Exposición de Motivos de la citada ley: " (...) *aunque el problema de los estupefacientes no ha adquirido en España la extensión e intensidad que presenta en algunas naciones extranjeras, (...) la peligrosidad del mismo impide quedar al margen de la grave preocupación general que viene produciendo (...)* ". El siguiente de los Códigos es el CP de 1983, en el que destaca una doble reforma: si bien en junio de ese año se suavizan las penas previstas en el Art. 344, la L.O. 1/1988, de 24 de marzo, introduce un endurecimiento de las penas a través de la inclusión en el Código del Art. 344 bis, apartados a), b), c), d) y f).

Y, por último, aparece el actual CP, el del año 1995, promulgado por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre. La penalización de la conducta cambia de ubicación pero no así su contenido pues, el nuevo Art. 368, es una copia del antiguo Art. 344. Se mantiene además, como explica MOLINA PÉREZ, T.⁶², el sistema de incriminación "en cascada", buscando la penalización de todas las fases del tráfico ilegal, para evitar así la impunidad de aquellos que intervienen en el proceso sin formar parte directa de él o sin participar en la fase nuclear del mismo (el momento del tráfico propiamente dicho), castigándose así conductas tales como la elaboración, el cultivo, la tenencia (preordenada al tráfico) o, incluso, la provocación o proposición de su realización.

Por último, no podemos dejar de destacar las novedades introducidas por la L.O. 5/2010, de 22 de junio (entrando en vigor el 23 de diciembre del mismo año), que reforma el actual CP de 1995, teniendo en cuenta que es este nuevo contenido el que resulta de aplicación al presente supuesto, como después veremos. Dicha reforma puede resumirse, fundamentalmente, en una disminución de las penas previstas para tales delitos, sin retocar apenas el contenido de los artículos en los que se regulan los delitos contra la salud pública:

- En lo que respecta al Art. 368, que recoge el tipo básico, se produce una disminución del intervalo de penalidad ya que, si antes se preveía una pena privativa de libertad que podía oscilar entre los tres y los nueve años, ahora se establece un nuevo máximo de 6 años. Además, destaca la introducción de un nuevo apartado que recoge un supuesto de atenuación de la pena del tipo básico, a discrecionalidad de los Tribunales, atendiendo a la escasa entidad de los hechos y las circunstancias personales del culpable, conceptos que serán analizados más adelante al hilo de la jurisprudencia.

- Respecto al Art. 369, tipo agravado, se produce inevitablemente una disminución de la pena imponible, ya que ésta se calcula sobre la prevista para el tipo básico. Así, la nueva pena agravada oscila entre los 6 años y un día y los 9 años.

⁶² MOLINA PÉREZ, T.: "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXVIII, 2005, pp. 93-116.

- Por último, en referencia al tipo superagravado previsto en el Art. 370, se produce la misma consecuencia que en el artículo anterior: las penas disminuyen. Así, pena superior en grado va desde los 6 años y un día hasta los 9 años y, la superior en dos grados, puede suponer una condena de 9 años y un día o llegar hasta los 13 años y 6 meses.

Dicha reforma tiene como causa impulsora el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en el cual se reflexionaba sobre la necesidad de modular las penas previstas para estos delitos, introduciendo penas rebajadas y tipos atenuados, en la medida en que, para aquellos casos más graves, ya existían las figuras agravadas y superagravadas de los Arts. 369 y 370, de manera que no se ponía en riesgo la efectiva respuesta penal a estos delitos. Se pretende cumplir así el principio general del Derecho Penal de proporcionalidad de las penas.

**ANEXO IV. DE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS
DIVERSAS REFORMAS DEL AÑO 2015**

La reforma de la L.O. 10/1995, del Código Penal, introducida por la L.O. 1/2015, de 20 de marzo

Aunque al momento de concluir la redacción de este trabajo todavía no operaban las reformas que a continuación veremos, su entrada en vigor el 1 de julio de este año nos obliga a mencionarlás.

El primero de los dictámenes hacía referencia a los delitos cometidos en torno a la **explotación sexual de las mujeres rumanas**, aplicando los artículos siguientes:

- Por la trata de seres humanos, resultaba de aplicación el Art. 177 bis del CP. Éste ha sufrido modificaciones en sus apartados primero y cuarto, introduciéndose nuevas modalidades comisivas (“*mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima*”, así como la transferencia de control sobre las víctimas) y suprimiéndose otras (ya no se incluye la conducta “alojar”, aunque esto no afectaría en nuestro caso a la responsabilidad penal de los sujetos, pues seguirían cometiendo las conductas típicas de captación, traslado y recepción). Además, se han incluido nuevas finalidades típicas: la explotación para que cometan delitos y la coacción a celebrar matrimonios forzados. Por lo que respecta al apartado cuarto, referente a supuestos en los cuales cabe la imposición de la pena superior en grado, basta con la puesta en peligro de la víctima (sin que se exija que sea de un modo grave), especificándose que dicho peligro debe afectar a los bienes jurídicos vida o integridad física o psíquica. Además, se añade una nueva causa de vulnerabilidad: el estado gestacional en que se encuentre la víctima.
- Por la explotación sexual propiamente dicha, aplicábamos el Art.188 del CP, referente a la determinación a la prostitución o prostitución coactiva. Ahora, con la L.O. 1/2015, la conducta típica relatada en dicho artículo se traslada al Art. 187 del mismo texto legal. Se introduce como novedad, para evitar la impunidad de los responsables, la especificación de lo que se entiende por explotación: cuando la víctima sea vulnerable por su situación personal o económica y cuando se impongan en el ejercicio de la prostitución condiciones gravosas, abusivas o desproporcionadas.

El segundo de los dictámenes hacía referencia a las posibles responsabilidades por las **sustancias** halladas en el local. Los artículos referentes a la posesión y tráfico de drogas y otras sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas (Arts. 368, 369 y 370 CP) no han sufrido modificaciones con la nueva ley. Y, respecto al Art. 570 bis, referente a la pertenencia a organización criminal y cuya aplicación también entendimos correcta, la única modificación introducida ha sido la supresión del enunciado “*así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*” pues, como es sabido, la L.O. 1/2015 transforma las faltas en delitos menos graves. Sin embargo, dada la inobservancia de la comisión de faltas en nuestro caso, esta reforma no presenta relevancia para el presente supuesto.

En el tercer dictamen se nos consulta la responsabilidad derivada de la gestión de las ganancias de Plenilunio, ante lo que entendimos cumplida la comisión de varios **delitos contra la Hacienda Pública** y de **blanqueo de capitales**. En este sentido aplicamos, respectivamente, los Arts. 305 y 301 del CP. La L.O. 1/2015 no introduce, sin embargo, cambios en éstos, por lo que nos remitimos a lo dispuesto en el correspondiente dictamen.

Por último, en cuanto a los dictámenes en los cuales resultaba de aplicación el CP, el cuarto de ellos se refería a las **responsabilidades** en las que incurría la **persona jurídica** “NA&MA” S.L. Y, en este punto, sí que se ha producido una amplia reforma pues, además de modificarse el Art. 31 bis, único existente hasta el momento que regulase de modo genérico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han introducido tres nuevos artículos: el 31 ter, quáter y quinquies. Una de las novedades más importantes es que se suprime el término “administradores” para crear un concepto de responsable mucho más genérico, cuando ahora atribuye dicha responsabilidad a *“sus representantes legales o (...) aquellos que (...) están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*. Con esta nueva redacción tendríamos solucionadas las dudas en torno a la imputación de Alberto y Santiago pues, aunque son socios, no se nos especifica que sean administradores. Así mismo, otra novedad relevante y que, en caso de acreditarse los correspondientes requisitos pudiera ser de aplicación a NA&MA por ser beneficiosa para la misma, es la inclusión de causas de exención o atenuación de la pena aplicable a la persona jurídica. Sin embargo, no se nos especifica en el supuesto que el órgano de administración de NA&MA haya desarrollado ningún tipo de plan de prevención de los delitos cometidos por la misma, por lo cual no aplicaríamos tal novedad a pesar de lo beneficioso que podría resultar para la presente persona jurídica que podría liberarse de su responsabilidad penal o, en su caso, beneficiarse de una disminución de su pena. No resulta novedoso, en cambio, el contenido del nuevo Art. 31 ter, que recoge unos enunciados antes incluidos en el Art. 31 bis: la necesidad, para imputar responsabilidad a la persona jurídica, de constatar que efectiva o necesariamente el autor material del delito es una de las personas físicas que están tras ella. Lo mismo ocurre con el nuevo Art. 31 quáter, que recoge las causas de atenuación de la pena de la persona jurídica antes contenidas en el apartado cuarto del Art. 31 bis pero que, sin embargo, no resultaban de aplicación en nuestro caso. Y, respecto al Art. 31 quinquies, de nuevo es un contenido antes ubicado en el apartado quinto del Art. 31 bis y que, en el mismo sentido que el artículo anterior, no resultaba de aplicación a nuestro supuesto.

Como se puede observar, siendo ésta la tónica general de la reforma, se ha producido un cambio de redacción resultando ésta mucho más detallada y minuciosa y, en consecuencia, más gravosa en general para los posibles responsables del delito pues, si antes podían evitar su responsabilidad por estas conductas haciendo una interpretación a su favor de aquellos límites más indefinidos, con la reforma introducida por la L.O. 1/2015 resulta mucho más complicado escapar de la acción de la Justicia. Sin embargo, atendiendo al principio penal de retroactividad favorable al reo, no sería posible aplicar en

nuestro caso aquellas reformas que resulten más gravosas para los culpables que, al hilo de lo expuesto, son la mayoría de ellas.

Otros textos legales reformados en el año 2015

En nuestro caso, además del Código Penal, hemos recurrido a la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual también se ha modificado a través de la L.O. 5/2015, de 27 de abril. Sin embargo, dicha reforma tiene por objeto la transposición de las Directivas 2010/64/UE y 2012/13/UE relativas al derecho a la interpretación y a la traducción y al derecho a la información en los procesos penales, respectivamente. Por tanto, dado que éstas son cuestiones que no afectan a nuestro supuesto, no resulta relevante para el caso dicha reforma pues, los artículos aquí empleados (Arts. 15, 17, 300, 544 quáter y 579) no sufren modificación alguna.

Así mismo, otra ley que sufre modificación y que resulta de aplicación en nuestro supuesto es la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales dentro de la UE. Consiste dicha reforma en la adición a la mencionada ley de la Disposición adicional cuarta, referente a la ejecución de resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de terceros Estados no miembros. Pero, dado que la aplicación de dicha ley a nuestro caso tiene que ver con la orden europea de detención y entrega y, en cualquier caso, se suscita entre España y Rumanía (Estados miembro), de nuevo no resulta de aplicación a nuestro supuesto la mencionada reforma.

ANEXO V. CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

- ❖ Respecto a la **explotación sexual** de mujeres, los sujetos serán responsables penalmente de ocho delitos de prostitución coactiva, contemplados en el Art. 188 del CP, además de otros tantos delitos de trata de seres humanos, del Art. 177 bis del CP a pesar de entrar éste en vigor después de haber comenzado la actividad delictiva, pues el supuesto encaja en los requisitos para calificarlo como delito continuado. No podemos aplicar el delito de tráfico de personas a nivel internacional pues, como hemos dicho antes, la doctrina del TS ha suprimido la aplicación del Art. 318 bis en caso de estar el origen de la conducta delictiva en Rumanía. Así mismo, parece acreditada la comisión de sendos delitos de detención ilegal, de los Arts. 163.3 y 165 del CP. Además, en el caso concreto de Nicoara, dada su minoría de edad, nos encontraríamos ante un supuesto agravado de trata de seres humanos de los recogidos en el apartado cuarto del mencionado artículo, lo que implicaría la imposición a los responsables de la pena superior en grado.

Respecto a los grados de participación de cada uno:

- **Alberto, Santiago y Tatiana** se consideran coautores de los mencionados delitos.
- **Romelia y Pietro** actúan en calidad de cooperadores necesarios.
- **Zulaika** es mera cómplice.

- ❖ Desde el 21 de octubre de 2010, la ketamina entra a formar parte del Real Decreto (RD) 2819/1977, que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos por lo que, la inclusión de la ketamina en dicho listado, supone su consideración como **droga**. En base a la jurisprudencia citada, concluimos que se trata de una cantidad de notoria importancia. Respecto al nitrato de amilo o “popper”, la jurisprudencia lo ha calificado como de sustancia de grave daño a la salud y, así mismo, la STS 129/2013, ante la incautación de 10 frascos, declara cantidad de notoria importancia, por lo que aplicamos tal conclusión a nuestro caso por analogía.

En consecuencia, la responsabilidad penal de los sujetos es la siguiente:

- **Pietro**, responsable penalmente de un delito contra la salud pública del Ar. 370 CP (por concurrir más de tres circunstancias de las previstas en el Art. 369 CP) en concurso real con un delito de pertenencia a organización criminal, del Art. 570 CP.
- **Tatiana y Zulaika**: responsables penalmente de un delito del Art. 369 bis, que recoge la agravación de pertenencia a organización criminal y que absorbe al Art. 370 CP por ser su pena suficiente para abarcar el desvalor de la conducta en él descrita.

El grado de participación es el mismo para los tres sujetos pues, según la STS 213/2012⁶³, " (...) *la autoría no se desvanece por la circunstancia de la diversidad de funciones que esos plurales sujetos asumen en el programa delictivo (...)*".

- ❖ Respecto a los delitos cometidos en relación con la **gestión de las ganancias** de Plenilunio:
 - **Tatiana**: partícipe, en calidad de cómplice, de 4 delitos contra la Hacienda Pública del Art. 305 bis CP (introducido por la L.O. 7/2012 de reforma el Código Penal), por concurrir las circunstancias referidas en sus apartados b) y c): comisión de la defraudación en el seno de una organización criminal (dedicada a la explotación sexual de mujeres y el tráfico de drogas) y por la utilización de persona jurídica interpuesta para ocultar o dificultar la identidad del obligado tributario. También es responsable de un delito de blanqueo de capitales, previsto en el Art. 301 CP, en grado de complicidad, pues será "cómplice" por el mero hecho de favorecer un delito ajeno.
 - **Alberto y Santiago** (socios): responsables de 4 delitos contra la Hacienda Pública, del Art. 305 bis CP aplicados en su mitad superior, en calidad de autores mediatos. Además, son también autores de un delito de blanqueo de capitales, procediendo en este caso la aplicación del Art. 302 que implica la imposición de la pena superior en grado por ser los jefes o administradores de las organizaciones dedicadas a los delitos mencionados.
 - **Xaime**: partícipe de 4 delitos contra la Hacienda Pública. Respecto al grado de participación, debemos señalar que cabrían dos opciones: si hace la recomendación antes de la defraudación será cooperador necesario; en otro caso, será encubridor.

- ❖ Respecto a las responsabilidades penales de **NA&MA S.L.**:
 - En lo referente a la explotación sexual de las mujeres rumanas, resulta de aplicación el apartado séptimo del Art. 177 bis CP, en la medida en que los socios participan en la comisión del delito de trata y, por el mismo motivo, de un delito de prostitución coactiva del Art. 189 CP.
 - En relación al tráfico de droga: la pena a aplicar sería la prevista en el apartado a) del Art. 369 bis.
 - Por último, respecto a los delitos aparejados a la gestión económica del club "Plenilunio", resulta de aplicación el Art. 310 bis CP y, por lo que se refiere al blanqueo de capitales, el apartado segundo del Art. 302, por ser los socios autores de un delito de blanqueo de capitales cometido bajo la cobertura de esta sociedad. La responsabilidad tributaria de la sociedad se desprende de la aplicación del Art. 42 de la LGT.

⁶³ Vid. supra (nota nº 31).

- ❖ Atendiendo a lo dispuesto en la LSC, podemos declarar **nula** a esta sociedad en base a la concurrencia de la circunstancia del apartado e) de su Art. 56, al ser ilícito el objeto de la mencionada sociedad.

- ❖ Más allá de que la **marca** incurra en prohibiciones registrales previstas en la ley, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el Art. 3 de la Ley de Marcas, referente a la legitimación para solicitar el registro de una marca. Según este artículo, los sujetos legitimados para solicitar la inscripción de una marca son " (...) *las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y las personas naturales o jurídicas extranjeras que residan habitualmente o tengan un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en territorio español (...)*", lo que no se cumple en nuestro supuesto, pues el referido establecimiento tiene la finalidad de albergar la explotación de la prostitución ajena y el tráfico de droga.

- ❖ En condiciones normales, podríamos decir que, la competidora que pretende entablar acciones contra la sociedad NA&MA S.L. por razones de **competencia desleal**, podría alegar la comisión por ésta de algunas de las conductas típicas recogidas en la LCD. Sin embargo, el ámbito de aplicación se restringe a los sujetos que actúan en el mercado, por lo que no podemos entender incluidas a las sociedades del tipo de NA&MA en dicho ámbito de aplicación, ya que éstas tienen como objeto la realización de actividades ilegales y están, por tanto, fuera de dicho mercado. La precisión de que la sociedad actora cumple con sus obligaciones fiscales es prueba de la no comisión por ésta de delitos de defraudación fiscal, pero no es causa de legitimación para emprender las acciones previstas en la LCD.

- ❖ Por último, respecto a las diversas **cuestiones procesales** planteadas:
 - Será competente para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial de A Coruña pues, cuando se produce acumulación, la competencia se resuelve a favor del Tribunal competente para el delito con pena más grave. La competencia para la investigación corresponderá a uno de los Juzgados de Instrucción de la misma ciudad.
 - La detención en Rumanía de Romelia se articula a través de la orden europea de detención y entrega, prevista en los Arts. 34 y ss. de la Ley 23/2014.
 - Las medidas cautelares que pueden tomarse respecto a la sociedad son las recogidas en el Art. 544 quáter de la LeCrim: clausura temporal de sus establecimientos, suspensión de actividades e intervención judicial.
 - La intervención de las comunicaciones es posible aplicando lo dispuesto en el Art. 579 de la LeCrim, no entrando éste en conflicto con el derecho al secreto de las comunicaciones (Art. 18 CE) por la cláusula excepcional prevista en el mismo artículo: "*salvo autorización judicial*".

- La investigación de las cuentas gibraltareñas es posible aplicando lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley 19/2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, tomando como fundamento la infracción prevista en el Art. 8 de la misma ley.
- La representación de la sociedad en juicio corresponderá a los administradores de la misma y se articulará tal y como disponen los Arts. 233, 234 y 235 de la LSC.

